DIRECTOR: ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN
Magistrado

Nº58

Revista de Derecho de Familia

© 2013 Thomson Reuters (Legal) Limited

Lex Nova, S.A.U.
Edificio Lex Nova
General Solchaga, 3. 47008 Valladolid
T +034 983 457038 · F +034 983 457224
E-mail: clientes@lexnova.es
www.lexnova.es
www.thomsonreuters.com
Impresión
Rodona Industria Gráfica, S.L.
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 Pamplona

Depósito Legal: VA. 803-1998
ISSN 1139-5168
Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General de Thomson Reuters Lex Nova
Daniel Tejada Benavides

Esta revista ha sido coordinada por Antonio Javier Pérez Martín, con la colaboración de Lex Family, SL; y por Roberto Alonso y Jaime Barbero, del Departamento de Producción Editorial de Lex Nova.

La Editorial, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Esta revista no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, ni prestarse, alquilarse o cederse su uso de cualquier otra forma, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Lex Nova no asume responsabilidad alguna consecuente de la utilización o invocación de la información contenida en esta publicación.

Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Thomson Reuters y y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters.

Lex Nova es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited.

Esta revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología, entre otros; por ello, se encuentra integrada en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos:

El texto de las resoluciones jurisprudenciales citadas o reproducidas en esta obra tiene como fuente los documentos oficiales distribuidos por el CENDOJ. Esta publicación se limita a transcribirlos total o parcialmente, respetando la literalidad y sentido de los documentos originales.

LA VERSIÓN ON LINE DE ESTA COLECCIÓN, QUE HA SIDO SELECCIONADA POR EL CGPJ PARA SU UTILIZACIÓN POR LOS MIEMBROS DE LA CARRERA JUDICIAL, PUEDE CONSULTARSE EN **PORTALJURIDICO.LEXNOVA.ES**

LEX NOVA

THOMSON REUTERS

DIRECTOR

ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN

Magistrado

¿EL HIJO ESTUDIA O TRABAJA? NO SE SABE

Como es evidente, la pensión alimenticia de los hijos no tiene carácter vitalicio, y por ello el legislador ha previsto unas causas de extinción, bien porque el hijo obtenga ingresos, haya finalizado su periodo de formación y esté en condiciones de acceder a algún puesto de trabajo, o porque la necesidad de alimentos provenga de su mala conducta, de falta de aplicación al trabajo, o dedicación a los estudios.

Cuando el padre ha perdido toda relación con los hijos mayores de edad y desconoce si están estudiando, trabajando, o ni una cosa ni otra, se pregunta si tiene que seguir pagando la pensión indefinidamente. Si todos residen en la misma ciudad, igual puede obtener algún tipo de información de la situación del hijo por amigos o por otros parientes, pero cuando ni siquiera se sabe dónde reside resulta complicado conocer algún dato para evaluar si el hijo tiene o no derecho a seguir cobrando la pensión.

El Código Civil de Cataluña señala en su art. 237-9.2 que «El alimentado debe comunicar al alimentante las modificaciones de circunstancias que determinen la reducción o supresión de los alimentos tan pronto como se produzcan», por tanto, en principio, un simple requerimiento del padre debería bastar para conocer la situación académica o laboral del hijo, aunque bien es cierto que nada se dice en el texto legal sobre la sanción que puede tener el hijo si no da cumplimiento a esta obligación. Sin embargo, ni en el Código Civil ni en el resto de legislaciones autonómicas encontramos un precepto similar.

Si el padre acude a su abogado con la finalidad de que presente una demanda de modificación de medidas para reducir la cuantía de la pensión o para extinguirla, el abogado rápidamente le informará que para ello será necesario contar con información precisa de la situación actual del hijo, pues presentar una demanda presumiendo que el hijo ya es independiente económicamente; que ha finalizado su periodo de formación y está en disposición de trabajar, o que sigue en primero de carrera después de cuatro años en la universidad, es muy arriesgado, si luego en el periodo de prueba no se acredita suficientemente la certeza de estas presunciones.

Una solución a este problema es acudir a las diligencias preliminares para obtener la información que se necesita antes de presentar la demanda de modificación de medidas, pero claro, podremos encontrarnos con que el Juzgado donde debe presentarse la petición de diligencias preliminares mantenga un criterio restrictivo en esta materia e inadmita nuestra petición.

Para evitar estas contingencias, cuando se tramita el procedimiento de divorcio, algunos solicitan que, como pronunciamiento de la sentencia, se establezca la obligación del hijo mayor, o en su caso del progenitor con el que este convive, de informar periódicamente de la situación académica o laboral del hijo. La AP de Valencia, Sec. 10.ª, en su Sentencia de 23 de junio de 2010 analizó un supuesto en el que el padre solicitaba que se incluyese dentro de los pronunciamientos de la sentencia la obligación de la madre de

informarle periódicamente de la nómina y de la vida laboral del hijo, desestimándose la petición con la siguiente argumentación: «Por lo que se refiere a la petición interesada por el actor es lo cierto que el mismo puede conocer la verdadera situación del hijo a través de las diligencias preliminares de tanta utilización en los procesos de familia, por lo que debe mantenerse la resolución de instancia en este punto sin perjuicio de la utilización de dichas diligencias por el progenitor». Sin embargo, esta misma petición se hizo en el caso enjuiciado por la AP de A Coruña, Sec. 6.ª, en su Sentencia de 19 de mayo de 2011 y se accedió a ella: «La pensión alimenticia concedida a favor de la hija menor del matrimonio se mantiene estableciendo como límite temporal el tiempo durante el cual la hija esté cursando estudios y hasta que encuentre trabajo, si bien no más allá del plazo de un año desde que finalice los estudios. El esposo alega que entiende que este límite no es adecuado en la medida en que depende de factores aleatorios y manipulables, solicitando que en todo caso se fije un límite temporal sin supeditarlo a ningún otro requisito. Se comparte ese criterio. Y a fin de evitar posibles abusos, salvaguardando el legítimo derecho de lograr una buena formación, se acuerda que al finalizar cada curso deberán ser entregadas en el juzgado las notas de Lorena y la matrícula del curso sucesivo, con la finalidad de que D. Leovigildo pueda valorar su rendimiento académico y en su caso instar la modificación de medidas, si lo estima oportuno».

¿Se vulnera algún principio del ordenamiento jurídico si se obliga a quien recibe una pensión alimenticia a informar de su situación académica o laboral? Parece que no. Lo único que se vulnera es el principio de buena fe en el ejercicio de los derechos cuando se quiere seguir recibiendo una pensión alimenticia sin concurrir ya la necesidad, o cuando, a través de la opacidad que permite la ley de protección de datos, el hijo quiere perpetuarse en la cómoda situación de no estudiar ni trabajar y vivir a costa del padre con el que, además, no quiere tener la más mínima relación.

ÍNDICE GENERAL

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

DILIGENCIAS PREVIAS PRELIMINARES AL PROCESO DE LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Antonio Javier Pérez Martín y Laura Pérez Rufián 25

DE LOS MATRIMONIOS SIMULADOS Y SUS EFECTOS ADMINISTRATIVOS. LEGISLACIÓN EUROPEA

Íñigo Mateo y Villa 45

CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO EN RELACIÓN CON LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Belén Casado Casado 83

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Guarda y custodia 105

La exigencia legal, contenida en el art. 92.8 del CC, de informe favorable del Ministerio Fiscal, carece de razonabilidad y proporcionalidad, al otorgar un «poder de veto» al Ministerio Fiscal que limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 de la CE reserva con carácter exclusivo a los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial.

Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 185/2012, de 17 de octubre 105

Filiación 109

Tras declararse la filiación paterna no matrimonial, la madre solicita que el orden de los apellidos sea primero el materno y segundo el paterno. Desestimada la petición, recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional pero se inadmite el recurso al no justificar la especial trascendencia constitucional del recurso.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Recurso 176/2012, de 15 de octubre 109

Página

TRIBUNAL SUPREMO

Patria potestad 114

Aunque hubo un inicial desapego, pasividad e indiferencia del padre del que ya ha salido, no se advierte peligro, perjuicio o perturbación para la hija que justifique la privación de la patria potestad, si bien provisionalmente se atribuye la custodia a los abuelos maternos hasta tanto se restablezca la relación paterno-filial.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2012 114

No se priva al padre de la patria potestad toda vez que éste, una vez disipadas las dudas sobre su paternidad tras la práctica de la prueba biológica a la que se prestó voluntariamente, no se opuso a la pretensión formulada de contrario.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2012 117

Guarda y custodia 119

Todo régimen de custodia tiene sus ventajas e inconvenientes, no pudiéndose dar primacía a ninguno de ellos pues el modelo más adecuado es el que mejor se adapte al menor y a su interés.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de enero de 2012 119

Pensión compensatoria 122

Aunque el matrimonio solo duró cuatro años, se reconoce a la esposa una pensión compensatoria hasta que encuentre un trabajo, no considerando el Tribunal Supremo que el establecimiento de esta condición vulnere ningún precepto legal ni la jurisprudencia de la Sala.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de enero de 2012 122

Se extingue la pensión compensatoria habida cuenta que la ex esposa se encuentra en situación de excedencia voluntaria en su trabajo de enfermera, no siendo obstáculo que lleve más de diecisiete años retirada de su actividad laboral.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de enero de 2012 126

Aunque al parecer no se produjo una convivencia continuada bajo el mismo techo, se habían producido continuas permanencias y/o visitas de uno en el domicilio del otro, encuentros de manera pública en compañía del tercero en su vehículo y en diversos establecimientos hosteleros de la ciudad y sus alrededores. Este tipo de convivencia debe considerarse como vida marital y da lugar a la extinción de la pensión compensatoria.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de febrero de 2012 131

Filiación 134

Se desestima la reclamación de maternidad instada por la compañera sentimental de la madre respecto de una menor nacida por técnicas de reproducción asistida durante el periodo de convivencia.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de enero de 2012 134

Página

El inicio del plazo a efectos de caducidad de la acción de impugnación de la filiación paterna matrimonial debe situarse en el momento en el que la madre comunica por un mensaje de móvil que su ex marido no era el padre y que se hiciese las pruebas de paternidad.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de febrero de 2012 137

Vivienda familiar 139

Habiéndose atribuido en la Sentencia de separación el uso de la vivienda familiar al esposo en función de que en ella tenía instalado el despacho profesional, siendo éste la única fuente de recursos para la familia, se estima acción de división de cosa común ejercitada por la madre pero respetando aquel uso.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de febrero de 2012 139

Regímenes económicos matrimoniales 142

No se declara la nulidad de las capitulaciones matrimoniales solicitada por la ex esposa en base a que se otorgaron en fraude de acreedores, pues estos tienen sus propios medios para remediar los hipotéticos perjuicios, sin que les fuera necesaria la actuación del cónyuge no deudor para lograr la protección de sus créditos. Por otro lado, no se considera que hubiese simulación para preservar parte del patrimonio.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de marzo de 2012 142

Procedimientos de protección de menores 148

Se declara la nulidad de la adopción constituida bajo la anterior normativa mediante la cual los abuelos adoptaron como hija suya a una nieta al tratarse de un negocio jurídico simulado cuya única finalidad era evitar los perjuicios sociales que conllevaba que una hija de catorce años diese a luz a un hijo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de enero de 2012 148

A los efectos de la adopción, el padre está incurso en causa de privación de la patria potestad, pues aparte del tardío reconocimiento de la filiación, no se ocupó del hijo desde su nacimiento, ni consta que después de la inscripción de la filiación tomara ninguna medida para hacerse cargo de él.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de febrero de 2012 153

Procede confirmar el acogimiento preadoptivo habida cuenta que la madre biológica ha rechazado las medidas que se han puesto a su disposición para procurar la reintegración familiar, no habiéndose modificado las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de febrero de 2012 157

División de cosa común 160

No existe obstáculo alguno para la división de un inmueble adquirido por ambos cónyuges antes de contraer matrimonio y sobre el que, constante el matrimonio, se constituyó una hipoteca con la finalidad de adquirir otro inmueble.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de febrero de 2012 160

Página

Sucesiones 163

Se desestima la demanda de nulidad de la escritura de compraventa en la que ambos cónyuges, casados en separación de bienes, adquirían un inmueble en *pro indiviso*, ya que hubo una donación por parte del esposo del dinero necesario para que la esposa adquiriese la mitad, siendo aplicable igualmente la doctrina de los actos propios, pues durante los treinta años transcurridos nada reclamó y en el convenio de separación reconoció la titularidad conjunta.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de enero de 2012 163

Nulidad del contrato de compraventa de una finca que forma parte de caudal hereditario concertada por un coheredero antes de la partición, sin que quede incardinada en el supuesto de venta de cosa ajena, dado que se hace como propia y en perjuicio directo de los copropietarios con sanción de nulidad absoluta.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de marzo de 2012 165

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Guarda y custodia 168

Se estima la demanda de modificación de medidas y se acuerda la custodia compartida dado el deseo expresado en tal sentido por los dos hijos sin que constituya obstáculo la distancia que separa la casa del padre del casco urbano donde vive la madre. Es ineficaz el informe pericial emitido en el anterior procedimiento antes de la entrada en vigor de la nueva normativa autonómica.

TSJ de Aragón, Sentencia de 9 de abril de 2012 168

Aunque los hijos, de 12 y 10 años, manifestaron que se llevan bien con ambos progenitores expresaron su deseo de que no se modificase el sistema de custodia materno, por lo que no puede acogerse la custodia compartida solicitada por el padre. El mantenimiento de la custodia materna no vulnera el art. 80.2 del CDFA.

TSJ de Aragón, Sentencia de 5 de julio de 2012 170

Aunque el informe psicosocial se inclinó por la custodia compartida, se desestima la demanda de modificación instada por el padre con base en el resultado de la exploración judicial de la menor que expresó su deseo de seguir como hasta ahora, es decir, bajo la custodia materna.

TSJ de Aragón, Sentencia de 24 de julio de 2012 172

Alimentos 174

Se desestima la demanda de reclamación de alimentos formulada por el hijo mayor, dado que terminó su trabajo por no llegar a un acuerdo económico con el empresario, no porque fuera resuelta unilateralmente la relación laboral por el empleador. Por otro lado, estando en situación de desempleo decidió adquirir un vehículo turismo, con lo cual es notorio que con el precio pagado podría tener cubiertas sus necesidades durante un elevado número de meses.

TSJ de Aragón, Sentencia de 16 de abril de 2012 174

Página

La asistencia de la menor a un colegio privado, unido al hecho de que el padre ha aumentado sus ingresos, justifican que se incremente la pensión alimenticia de 450 a 650 euros sin que se acoja la pretensión de la madre de fijarla en 850 euros, pues la proporción entre el aumento de las necesidades de la hija y los ingresos del padre se respeta, no pudiendo considerarse arbitraria o irracional la nueva pensión.

TSJ de Aragón, Sentencia de 20 de abril de 2012 176

Si el padre percibía 2.300 euros cuando se fijó la pensión alimenticia de los hijos a razón de 320 euros para cada hijo, acreditado que actualmente sus ingresos son solo de 1.300 euros, la pensión debe quedar reducida a 150 euros por hijo.

TSJ de Aragón, Sentencia de 8 de mayo de 2012 178

Se declara extinguida la obligación alimenticia del padre, dado que si bien el hijo finalizó su carrera y actualmente se encuentra realizando un máster con excelente aprovechamiento, debe tenerse en cuenta que tiene 27 años y que el deber de proporcionar formación profesional a los hijos no se prolonga de forma indefinida, sino por el tiempo normalmente requerido para completar dicha formación.

TSJ de Aragón, Sentencia de 9 de mayo de 2012 179

Pactos prematrimoniales 181

Ineficacia del pacto suscrito por los cónyuges antes de contraer matrimonio y en virtud del cual la futura esposa renunciaba de forma expresa e irrevocable a cualquier derecho que pudiera llegar a corresponderle respecto de bienes inmuebles o muebles, pues para su validez hubiese sido necesario el otorgamiento de una escritura pública que garantizase la libre formación de voluntad de los futuros contrayentes. Tras dicha declaración se reconoce en favor de la esposa una indemnización por extinción del régimen de separación de bienes.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 12 de julio de 2012 181

Procedimientos de protección de menores 186

Se estima la impugnación realizada por la madre biológica y se acuerda el retorno del menor junto a aquella, dejando sin efecto el acogimiento preadoptivo dado que ha resultado acreditado que la madre no ha padecido nunca ninguna enfermedad mental, habiendo sido víctima en su día de un error de diagnóstico; al menos desde finales de 2007 ha dado negativo en los diversos controles de detección de sustancias tóxicas a los que se ha sometido, y mantiene una conducta alimentaria correcta; se ha desvinculado absolutamente de su anterior pareja; posee trabajo y vivienda estable.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 7 de mayo de 2012 186

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Patria potestad 191

Se suspende al padre en el ejercicio de la patria potestad dado el incumplimiento grave de su deber de procurar a los hijos una formación integral, porque su conducta,

Página

generadora de un ambiente familiar violento y agresivo, era absolutamente incompatible con el ambiente pacífico de la convivencia familiar normal, necesaria para la adecuada formación y desarrollo psíquico e integral de los menores. En el informe se describían conductas del padre machistas y humillantes hacia su compañera.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 4 de mayo de 2012 191

El padre ha incumplido de manera grave y continuada los deberes inherentes a la patria potestad al haberse desentendido totalmente de su hija menor desde la fecha de su nacimiento, por lo que está justificada la privación de la patria potestad.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2012 192

Se autoriza el cambio de residencia de la madre y el hijo a Chile, su país de origen, dada la situación en la que se encuentra la madre (desempleada y sin ayuda económica del padre) teniendo vivienda propia en dicho país y posibilidades de acceder a un empleo.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2012 193

Guarda y custodia 195

Se estima la demanda de modificación de medidas dado que la alteración sustancial viene determinada por el propio informe pericial y por la edad que actualmente tiene el menor, lo que permite establecer la custodia compartida.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 23 de abril de 2012 195

No se accede a modificar la custodia materna acordada apenas año y medio antes de la presentación de la demanda, cuando se alega para apoyar la custodia compartida exclusivamente la necesidad de reforzar la relación paterno-filial y el hecho de haber firmado aquel acuerdo en un momento de debilidad.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 23 de abril de 2012 195

Se atribuye la custodia al padre al quedar acreditadas las numerosas faltas de asistencia a clase de la menor, los repetidos cambios de domicilio de la madre, el retraso de la menor en su desarrollo académico por no recibir el apoyo requerido de la madre, la vida poco ordenada de la madre o sus comportamientos descuidados, ya que en dos ocasiones dejó de acudir a la cita del Juzgado para el examen de la menor por el equipo técnico.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 10 de mayo de 2012 196

En el año 2007, por razones de conveniencia de la madre dadas sus circunstancias personales (reciente fallecimiento de su marido) y laborales (desempeño de un trabajo que no le permitía ocuparse del menor con la dedicación que exigía el problema de visión que padecía), se decidió por el Juzgado atribuir temporalmente la custodia del menor a los abuelos paternos. Han pasado cuatro años y las circunstancias de la madre y del menor han cambiado, pues ha formado una nueva familia y tiene un trabajo estable, por lo que procede atribuirle la custodia del hijo.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2012 197

Página

La circunstancia de que la menor está próxima a cumplir los seis años y que el Ministerio Fiscal apoya la custodia compartida es motivo para modificar el sistema de custodia vigente, aunque la relación entre los progenitores siga distanciada y no se hablen, ya que lo cierto es que no concurren las tensiones y conflictos de hace unos años. Se establece la guarda y custodia compartida en periodos bimensuales.

AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 15 de mayo de 2012 199

Habiéndose revelado perjudicial para la menor la custodia compartida que pactaron los progenitores en medidas provisionales, se opta por la custodia materna dada la cercanía entre el domicilio de la madre y el centro escolar; el apoyo de la familia extensa; el contar con la infraestructura adecuada y digna para el alojamiento de la menor; y el hecho de que el propio padre viene reconociendo la ausencia de inconveniente serio en la opción de custodia materna.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de mayo de 2012 206

Debe desestimarse la custodia compartida pues el padre, actor en el procedimiento, no solicitó dicho régimen en su demanda, ni tampoco en la posterior ampliación de esta, sino de manera extemporánea en el acto del juicio, tras el contenido del informe elaborado por la Psicóloga.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2012 208

Los progenitores, tras la separación o el divorcio, tienen perfecto derecho a rehacer sus vidas en todos los aspectos, incluido el sentimental. Esa decisión puede agradar más o menos a los hijos pero, por sí sola, nunca puede justificar un cambio de custodia, pues se dejaría en sus manos, injustamente, la capacidad de decisión de los progenitores. Solo si esa nueva relación interfiere negativamente en los hijos podría justificarse un cambio de guarda y custodia.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de junio de 2012 209

La negativa de las hijas al cambio de residencia puede ser lógica al tener que abandonar a sus amigos y su entorno, más aún si se encuentran en plena adolescencia o preadolescencia, pero no puede justificar, por sí sola, la imposibilidad del traslado, dado que los progenitores no pueden ver condicionada su movilidad laboral por la voluntad de los hijos. Por consiguiente no se considera procedente el cambio de custodia acordado por el juzgado de instancia.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de junio de 2012 210

Régimen de visitas 211

En el caso de autos concurren determinadas circunstancias especiales que desaconsejan se lleve a la práctica la comunicación entre abuela-nieto dado el especial clima de conflictividad entre la abuela demandante y los padres naturales del menor (el propio hijo de la actora), que pone en serio riesgo la virtud de la comunicación pretendida.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2012 211

Pretende el padre que se acuerde por la Sala un régimen de seguimiento por entidades públicas del estado de la vivienda que ocupa la madre, para garantizar que las

Página

visitas de la hija no le supongan ningún peligro para su delicado estado de salud, pero no existe una prueba definitiva de que la madre padezca un Síndrome de Acumulación Compulsiva, por lo que no se considera precisa la medida que se interesa, sin perjuicio de que, si se detecta una situación potencialmente perjudicial para la hija discapacitada, pueda acudir el padre o cualquier otra persona a los Servicios Sociales con la finalidad de evitarla.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2012 212

No puede obviarse que es la madre la que ha cambiado de lugar de residencia, de ahí que se estime procedente acordar, que en lo sucesivo, el punto de recogida y entrega de la menor no será el domicilio materno, sino una localidad intermedia entre el domicilio de la madre y del padre.

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2012 213

Se ha producido una modificación desde que se firmó el convenio, como es la jornada de trabajo del padre, que antes era partida y ahora es continua, con un horario de trabajo de 8:30 a 16:30, lo que le permite disponer del tiempo necesario que requiere el cuidado del menor. Por tanto, debe ampliarse el régimen y fijar visitas intersemanales los martes y jueves desde las 17:00 hasta las 20:30 horas.

AP Soria, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de mayo de 2012 214

No es factible la recuperación de los periodos en los que no se llevó a efecto el régimen de visitas dado que entra en colisión y obsta la continuación de la rutina y vida cotidiana a proseguir por el menor y no redunda en su beneficio, sino en un interés exclusivo del padre, en el que no se descarta una intención de revancha, por lo que no es razonable ahora privar a este niño de disfrutar de un completo periodo vacacional con su madre, ampliando de manera excesiva la estancia con el padre.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2012 215

No resulta adecuado ampliar las visitas intersemanales tal y como solicita el padre cuando consta acreditado que las cenas de los miércoles con sus hijas son un encuentro programado que en numerosas ocasiones deja sin efecto por causa de su agenda profesional o social.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 7 de junio de 2012 216

Vivienda familiar 217

Siendo la finalidad tuitiva del art. 96 del CC la de proteger a la parte de la unidad familiar en crisis que se encuentre más desfavorecida, carece de justificación alguna el mantenimiento de dicha especial protección cuando el núcleo familiar a cuyo favor se hizo ese peculiar reconocimiento ha sido sustituido por un nuevo núcleo familiar más amplio en el que se integran de forma y manera continuada y estable otras personas que resultaban ajenas al anterior grupo familiar.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2012 217

Atribuir el uso de la vivienda a la madre y al hijo y el garaje y el trastero al padre del menor podría suponer una fuente inagotable de conflicto entre ellos, vistas las relaciones existentes.

AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de mayo de 2012 218

Página

Aunque la vivienda sea propiedad exclusiva del padre no procede limitar temporalmente el uso que se atribuyó al hijo, sin que sea de aplicación la doctrina contenida en la STS de 29 de marzo de 2011 que contempla un supuesto distinto.

AP León, Sec. 1.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2012 218

La previsión normativa de la Ley 5/2011 es que durante la ocupación de la vivienda se incorporen al patrimonio del cónyuge adjudicatario derechos sobre una vivienda que le faculten para ocuparla como residencia familiar, pero no es el caso de autos, pues la demandada ya era titular (desde el año 1988) de las viviendas que le habían donado sus padres cuando las partes pactaron la atribución del uso de la vivienda familiar para las hijas y el cónyuge custodio.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 7 de junio de 2012 219

Se deja en suspenso la tramitación del juicio verbal de precario al concurrir la excepción de litispendencia en relación con el juicio de divorcio, dado que se trata de una sociedad familiar cuyos únicos socios son la aquí demandada y su esposo, apareciendo como legal representante uno de los hijos del matrimonio.

AP Alicante, Sec. 5.ª, Auto de 13 de junio de 2012 220

Pensión alimenticia 221

El despido no es causa bastante para disminuir la pensión alimenticia habida cuenta que, además de la percepción de la pertinente indemnización, tendrá el correspondiente subsidio de desempleo, lo que, unido a su cualificación, hará que ello sea meramente coyuntural.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 23 de abril de 2012 221

Quien acude reiterada y regularmente a un lugar de trabajo y atiende a la clientela del centro laboral es porque allí desempeña un puesto de trabajo y que esa actividad va acompañada de la correspondiente contraprestación en forma de salario. Del informe del detective se deduce la actividad laboral de la hija y la no formalización de un contrato se convierte en una buena razón para ocultar al padre de manera interesada aquella actividad.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 3 de mayo de 2012 221

Los viajes que realiza el padre constituyen indicios o signos externos que vienen a reforzar su cuestionada falta de capacidad económica para asumir tan esencial obligación alimenticia.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 10 de mayo de 2012 222

La alegada disminución del ingresos del padre que ejerce la actividad de taxista no es acreditada suficientemente, no pudiendo accederse a la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia con base exclusivamente en la crisis económica que padecemos.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2012 223

Es cierto que, con carácter general, debemos admitir la situación de crisis en todos los sectores de la producción, pero ello por sí solo no constituye prueba alguna de

Página

la alteración sustancial de circunstancias, y corresponde al padre probar suficientemente esa minoración en los ingresos.

AP Salamanca, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de mayo de 2012 224

No se ha infringido la doctrina de los actos propios por el hecho de que la madre haya podido admitir transitoriamente el pago de tan sólo 250 euros mensuales como pensión en favor del hijo, sin volver a requerir al actor para el pago de la pensión alimenticia establecida.

AP Salamanca, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de mayo de 2012 225

Es un hecho evidente que el hijo mayor de edad de los litigantes, que en la actualidad cuenta con 20 años, y se encuentra matriculado en 4.º de la ESO, no destaca hasta el momento por ser un buen estudiante, pero precisamente por la edad que tiene y por la circunstancia de que únicamente ha trabajado durante un periodo de 13 días, no puede condicionarse sin más la perdida de la pensión a los resultados académicos del curso escolar.

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de mayo de 2012 227

Aunque el hijo solo cuenta con veinte años de edad no se fija pensión alimenticia a su favor al constar que en los últimos años ha venido desempañando diversos trabajos remunerados y no se encuentra estudiando, siendo indiferente que haya aportado una hoja de preinscripción en un centro de educación de personas adultas, pues puede compatibilizar su actividad laboral con su voluntad de conseguir una preparación académica.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2012 228

Se suspende la obligación del pago de la pensión alimenticia, dado que el padre carece de ingresos y no figura como beneficiario de prestación o subsidio alguno.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2012 229

Aun cuando es cierto que el demandado ha sufrido en su condición de funcionario público las correspondientes reducciones salariales, ni el alcance de esas reducciones, ni su cuantía, impiden que cumpla el deber esencial de prestar alimentos a su hijo que le impone el artículo 143 del CC.

AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de mayo de 2012 229

Debe ser desestimada su pretensión de que se extinga la pensión cuando la hija cuente con 27 años de edad. No está prevista como causa de extinción de la pensión alimenticia en el artículo 152 del Código Civil que el alimentista llegue a una determinada a edad.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2012 230

Pensión compensatoria 231

La limitación temporal de la pensión compensatoria debe vincularse a factores tales como los relativos a una corta duración de la convivencia matrimonial, ausencia de hijos, juventud del beneficiario o expectativas ciertas de incorporarse, a corto o

Página

medio plazo, al mercado de trabajo, en condiciones remunerativas y de estabilidad que, al menos, aproximen su status al disfrutado por el otro consorte.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 8 de mayo de 2012 231

Es cierto que la esposa desde finales de 2010 se incorporó al mercado laboral, conforme acredita su hoja de vida laboral; pero también es cierto que su trabajo es mucho mas limitado en tiempo, cualificación y, especialmente, en salario que el del esposo, por lo que concurre un relevante desequilibrio que justifica la fijación de una pensión compensatoria.

AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2012 232

La esposa va a cumplir 52 años de edad y exclusivamente ha estado trabajando para la casa y para los intereses de su familia durante casi 30 años, lo cual nos puede dar una idea de las serias dificultades que va a tener en el futuro para poder acceder a un puesto de trabajo digno y debidamente remunerado, y mucho más teniendo en cuenta la galopante crisis económica y social que nos invade a todos. Por ello la pensión compensatoria no ha de tener límite temporal alguno.

AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2012 233

En virtud de la liquidación de gananciales llevaba a cabo constante el matrimonio la esposa se hizo con el control y gestión de la empresa, que fue la única fuente de ingresos con los que se sustentó la familia, no siendo por tanto procedente fijar pensión compensatoria a su favor, siendo indiferente que la empresa se califique de mero continente, carente de actividad, pues tales hechos son ajenos a la ruptura matrimonial, y se deben al desacierto en la actuación de la esposa.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2012 235

Al firmar el convenio el esposo conocía que su relación laboral era temporal y no segura y a pesar de ello se acordó el importe de la pensión compensatoria, por lo que la finalización del trabajo no supone una variación que no fuera considerada inicialmente.

AP León, Sec. 1.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2012 236

Cuestiones procesales 237

La aportación o constancia en autos de la legislación extranjera para determinar la ley personal aplicable al divorcio no puede ser suscitada con carácter previo, a modo de requisito de procedibilidad para poder dar curso legal a las actuaciones, ya que se trata de una cuestión que deberá abordarse en el periodo probatorio.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Auto de 17 de abril de 2012 237

Tres años después de suscribirse el convenio regulador se presenta una demanda de modificación solicitando que, junto a la atribución de uso de la vivienda familiar, se incluyan la plaza de aparcamiento y el trastero de los que ya eran titulares en aquella fecha y sobre los que no se hizo pacto expreso. El cauce del proceso de modificación de medidas definitivas no está en absoluto previsto para complementar o corregir los errores en que se hubiera podido incurrir en el previo proceso de separación o divorcio.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 3 de mayo de 2012 237

Página

Una vez admitida a trámite la demanda de fijación de medidas paterno-filiales, el cambio de residencia de la actora y del hijo, no modifica la competencia inicial del juzgado para conocer del procedimiento.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 22 de mayo de 2012 238

La madre reclamó en acción de regreso los alimentos de la hija común devengados desde su nacimiento hasta la fecha en que se declaró la obligación paterna, inadmitiéndose su pretensión con base en el art. 400 de la LEC, que obliga a ejercitar en un solo proceso todas las acciones, cualquiera que sean los hechos y fundamentos que puedan sustentarlas en el momento en que se ejercitan. En el convenio regulador del divorcio pudo la recurrente llegar a un acuerdo sobre el objeto del presente pleito.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 23 de mayo de 2012 239

Ejecución de sentencias 240

Los alimentos no pueden retrotraerse a la fecha de presentación de la demanda, dado que el padre venía cumpliendo sus obligaciones alimenticias.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 19 de abril de 2012 240

Se instó la ejecución de la sentencia pidiendo que se obligara al demandado a otorgar la escritura de donación de la mitad indivisa de la vivienda, pero la Sentencia claramente exige que la obligación de otorgar escritura pública de donación a favor de los hijos nacerá desde el momento en que se haya satisfecho todo el préstamo hipotecario, como se desprende de la locución «hasta su total pago y cancelación», por lo que debe desestimarse la demanda de ejecución.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 2 de mayo de 2012 241

Funda la nulidad el recurrente en el hecho de que la letrado de la ejecutante pertenece al despacho profesional en el que desarrolla su actividad la letrado que asesoró a ambos para la redacción del convenio de mutuo acuerdo, pero no se aprecia efectiva indefensión en la infracción denunciada dada la naturaleza de la pretensión deducida en la demanda de ejecución circunscrita y fundada en el impago de las cantidades según lo pactado por las partes en el convenio regulador posteriormente aprobado en la sentencia de divorcio, ni en este caso concurre infracción tributaria de nulidad por existencia de información privilegiada que pueda haber mermado el derecho de defensa del recurrente causándole efectiva indefensión.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 3 de mayo de 2012 242

Las anomalías conductuales de niños y adolescentes respecto al cumplimiento de las obligaciones que les atañen han de ser tratadas por medio de mecanismos de terapia o mediación, pero no es apropiado delegar la responsabilidad de tales decisiones en el niño o el adolescente. En base a lo anterior no puede en modo alguno el sistema de justicia asentir o acoger tan flagrante incumplimiento de las obligaciones de la hija mientras está bajo la protección de sus padres por ser menor de edad, pues permitir estos impulsos de rechazo hacia el padre o la madre o ceder ante un capricho propio de la pubertad de tanta trascendencia como la eliminación de la figura paterna o materna es incumplir la obligación de transmitir una educación en valores que es responsabilidad primaria de los padres y las madres.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 4 de mayo de 2012 243

Página

Se admite la posibilidad de que en el acto de la vista la parte ejecutante pueda solicitar la ampliación de la reclamación, individualizando el importe de las nuevas cantidades reclamadas en concepto de principal e intereses, siempre que se respeten los principios de audiencia y contradicción.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 8 de mayo de 2012 244

Entiende la madre que es competente para tramitar la ejecución el Juez del domicilio de los menores, dado que los progenitores residen en distintos partidos judiciales, pero tratándose de una demanda de ejecución es de aplicación lo dispuesto en el art. 61 de la LEC, que otorga la competencia al Juez que dictó la sentencia que se trata de ejecutar.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 11 de mayo de 2012 245

La reconciliación no comunicada al Juzgado sí produce efectos entre los cónyuges y ello afecta sin duda a la exigibilidad de la pensión alimenticia fijada en la sentencia de separación. La pensión de alimentos devengada durante el periodo de convivencia en común no es exigible o queda en suspenso en tanto no concurren los presupuestos de la sentencia que la estableció, debiendo entenderse que la estimación de la reclamación efectuada en la presente ejecución en relación a dicho periodo es claramente abusiva y que no puede prosperar, pues ello implicaría una infracción clara de lo dispuesto en el artículo 7 del CC.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 14 de mayo de 2012 246

Solicita la parte ejecutada en su recurso que se desestime la demanda de ejecución que pide la ejecución de la sentencia pues el padre se ha trasladado a vivir a una población que está a 42 km de la localidad en que se halla el colegio del hijo común, por lo que el cumplimiento de la guarda compartida que acordó la sentencia causa un importante trastorno al menor. Dicha pretensión debe desestimarse, pues mientras no se resuelva otra cosa en un procedimiento de modificación de medidas deben cumplirse las medidas que estén vigentes.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto 22 de mayo de 2012 248

En el convenio regulador, al liquidar el único bien propiedad común, el esposo asumió la obligación de cancelar o subrogarse en la posición de la ejecutante en un préstamo hipotecario que gravaba la vivienda familiar. El primer acto que realiza para dar cumplimiento a lo que le competía fue la remisión de un burofax al banco cuando el proceso de ejecución ya se había iniciado, con lo que el deudor viene a reconocer que era perfectamente consciente de que se encontraba en posición contumaz. El hecho de que pagara las cuotas del crédito hipotecario no implicaba la liberación de la responsabilidad de la ejecutante.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 25 de mayo de 2012 249

Regímenes económicos matrimoniales 250

Se desestima la petición realizada por la esposa, ya que la administración judicial sólo es posible como último remedio en orden a evitar la crisis definitiva o la quiebra económica total del patrimonio que se pretende gestionar y siempre que se demuestre que resulta absolutamente inviable mantener la administración a favor

Página

de los órganos de gobierno de las entidades mercantiles, por la razón que fuere, de orden personal, incapacidad profesional, de incapacidad laboral, de mala gestión financiera y económica de las mismas, de ausencia total de diligencia profesional, empresarial y financiera.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 4 de mayo de 2012 250

Cuestiona el esposo la exclusión del activo de las cantidades satisfechas como pensión compensatoria a favor de la esposa, pues entiende que la pensión fijada es un adelanto de la cuota que de la liquidación de gananciales correspondería a la esposa demandante y, por tanto, los importes pagados deben ser incluidos en el activo de la sociedad ganancial. La sociedad de gananciales se disolvió con anterioridad a la declaración de divorcio, luego es imposible que en esta resolución pudiera establecerse una obligación a cargo de la sociedad disuelta.

AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 7 de mayo de 2012 252

No existe prueba alguna en las actuaciones de que la cantidad recibida por el matrimonio lo fuera en concepto de préstamo de la hermana del esposo, máxime cuando se refiere a una cantidad entregada en el año 2001 sin ninguna documentación en que conste el concepto de la entrega, ni sus condiciones, ni tampoco se ha acreditado que en plazo tan largo se haya producido ninguna reclamación de la presunta prestamista ni ningún pago de los litigantes.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2012 253

Pertenecen a la sociedad de gananciales las cantidades percibidas por el ex esposo en concepto de devolución del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas de los años 2008 y 2009, pues esta es solo la entrega de las percibidas por la Administración en cuantía superior a la que corresponde atendidas las circunstancias del declarante, cantidades que previamente se han retenido, y lógicamente de las nóminas del esposo.

AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de mayo de 2012 254

No puede incluirse en el pasivo ningún crédito a favor del cónyuge por el importe de la indemnización recibida por un accidente de circulación, pues al aplicarse a la compra de la vivienda ganancial no hizo declaración expresa de carácter privativo, ni reserva, ni mención al derecho de reembolso.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de mayo de 2012 254

Acreditado que de la cuenta de los padres del esposo se hicieron transferencias a diversas cuentas de entidades prestamistas y que tenían por objeto la cancelación de préstamos contraídos constante la sociedad de gananciales, procede incluir en el pasivo la deuda frente a aquellos, sin que pueda entenderse que existió una donación.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 22 de mayo de 2012 256

No pudiendo integrarse en el activo comunitario las cotizaciones realizadas por cualquiera de los esposos a la Seguridad Social durante la vigencia del matrimonio, la misma suerte han de correr las aportaciones realizadas por el empresario a los

Página

planes de pensiones, pues estos tienen por finalidad complementar la pensión de jubilación a cargo de dicho organismo público.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 22 de mayo de 2012 257

Procedimientos de menores 259

En modo alguno puede ser positivo para la menor el clima de tensión en el que se efectúan las visitas, dado que la situación emocional de la madre biológica es obvio que influye negativamente en la menor.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 22 de mayo de 2012 259

Es irrelevante que la parte recurrente no haya contraído matrimonio con la madre biológica de la adoptanda, de tal modo que si se puede adoptar simultáneamente por quienes integran una pareja unida de forma permanente, se entiende también que es posible la adopción formulada y solicitada por quien constituye la pareja estable y permanente del progenitor biológico, por lo que no se necesita de la propuesta previa de la entidad pública.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 25 de mayo de 2012 260

Filiación 261

Además del pago de daños patrimoniales, se condena a una mujer al abono de 3.000 euros en concepto de daño moral por hacer creer a un hombre que era el padre de su hija cuando en la época de la concepción había mantenido relaciones sexuales con otros varones. No ha quedado acreditada la alegación de la demandada sobre la posibilidad de tener menstruación mientras se encontraba embarazada.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2012 261

Aunque se desestimó la petición de medidas cautelares del artículo 768 de la LEC en la que se solicitó la fijación de una pensión alimenticia mientras se tramitaba el procedimiento de reclamación de paternidad, no debió condenarse en costas a la parte actora.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 29 de mayo de 2012 263

Cuestiones penales 264

En el caso de «los bebés robados», los hechos serían constitutivos de un delito contra el estado civil, favorecido por otros de falsedad documental, todo lo más, y la acción penal habría prescrito hace décadas, sin que se vean visos de ninguna otra infracción, razón por la cual la instrucción ni tan siquiera debió iniciarse.

AP Huelva, Pleno, Auto de 19 de noviembre de 2012 264

JUZGADOS DE 1.ª INSTANCIA

Alimentos 270

Aunque no se incorporaron a un convenio regulador, el Juez da plena validez a los acuerdos que alcanzaron los cónyuges en la mediación previa al divorcio contencioso, y establece en la Sentencia lo que acordaron los cónyuges.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Málaga, Sentencia de 27 de septiembre de 2012 270

Página

En un juicio verbal y ante un Juzgado de Primera Instancia, se estima la petición de la madre y se condena al padre a abonar las pensiones alimenticias que se devengaron desde la fecha de interposición de la demanda hasta que se dictó la sentencia de divorcio, dándose la circunstancia de que previamente reclamó la cantidad por vía de ejecución en el Juzgado de Familia y se desestimó su petición.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de Córdoba, Sentencia de 9 de noviembre de 2012 271

La reducción de la cuantía de la pensión alimenticia se retrotrae a la fecha de presentación de la demanda.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 17 de Sevilla, Sentencia de 16 de noviembre de 2012 273

RESOLUCIONES DE LA DGRN

Convenio regulador 277

El convenio regulador es un instrumento hábil para transmitir a los hijos derechos sobre la vivienda familiar, si bien se precisa que estos acepten la cesión de derechos en documento auténtico.

DGRN, Resolución de 8 de mayo de 2012 277

Vivienda familiar 278

Se revoca la calificación de la Registradora que sostiene que el derecho de uso solo puede inscribirse a nombre del cónyuge con el que convivan los hijos menores, y se admite la inscripción a nombre de los hijos, si bien deben hacerse constar sus circunstancias identificativas.

DGRN, Resolución de 19 de mayo de 2012 278

Regímenes económicos matrimoniales 280

Ineficacia de la confesión de privatividad efectuada por la esposa dado que el inmueble se adquirió por el esposo para la sociedad de gananciales, consta declaración de ambos cónyuges de que la obra nueva se hizo a expensas de la sociedad de gananciales y posteriormente ambos cónyuges constituyeron una hipoteca, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 95.6 del Reglamento Hipotecario.

DGRN, Resolución de 4 de junio de 2012 280

Sucesiones 282

Para interpretar la disposición testamentaria de desheredación de los hijos y de «toda la descendencia de éstos» será necesario determinar los descendientes que tenía el testador al tiempo de otorgar el testamento y la descendencia que existía al tiempo del fallecimiento, comprobándose de esta forma cuáles se ven afectados por la disposición privativa de la legítima.

DGRN, Resolución de 23 de mayo de 2012 282

Página

SECCIÓN PRÁCTICA

PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA TRAMITAR LA ACCIÓN DE ADICIÓN A LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES 289

CASOS PRÁCTICOS 293

TRIBUNA ABIERTA

EL USUFRUCTO UNIVERSAL DEL CÓNYUGE VIUDO EN EL DERECHO SUCESORIO ESPAÑOL: PROBLEMÁTICA SOBRE SU ADMISIBILIDAD

Aurelia María Romero Coloma 303

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

DATOS DE INTERÉS 311

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Patria potestad 317
Guarda y custodia 317
Régimen de visitas 318
Vivienda y ajuar familiar 319
Pensión alimenticia 321
Pensión compensatoria 322
Cuestiones procesales 323
Ejecución de sentencias 324
Regímenes económicos matrimoniales 326
Procedimientos de menores 327
Filiación 327
Uniones de hecho 328
Sucesiones 328
Cuestiones penales 329
Otras cuestiones 329

Revista de

Derecho de Familia

ARTÍCULOS DOCTRINALES

DILIGENCIAS PRELIMINARES PREVIAS AL PROCESO DE LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN
Magistrado
LAURA PÉREZ RUFIÁN
Abogada

RESUMEN

Diligencias preliminares previas al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales

Enfrentarse al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales sin tener un conocimiento exacto de qué bienes integran el activo y qué deudas se incluirán en el pasivo implica comenzar el proceso en una situación de desigualdad que provocará una clara indefensión. Las diligencias preliminares intentan remediar esta situación, pero la práctica judicial ha puesto de manifiesto la existencia de innumerables obstáculos para su aplicación al proceso liquidatorio, obstáculos que se analizan detenidamente en el presente artículo.

Palabras Clave: Regímenes económicos, sociedad de gananciales, liquidación, diligencias preliminares, investigación de bienes.

ABSTRACT

Preliminary proceedings previous to the process of division of marital community property

Dealing with the process of division of marital community property without having a precise knowledge of what properties are included in the assets and what debts will be included in the liabilities implies to begin the process in a situation of inequity that will cause a clear defenselessness. The preliminary proceedings try to remedy this situation, but the real judicial practice has shown the existence of countless barriers for its application to the dividing process, barriers that are analyzed in depth in the current article.

Key Words: Economic systems, community property, settlement, preliminary hearing, investigation of property.

SUMARIO

I. ¿PUEDEN SOLICITARSE DILIGENCIAS PRELIMINARES ANTES DE PRESENTARSE LA SOLICITUD DE FORMACIÓN DE INVENTARIO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES?

1. **La regulación de las diligencias previas no se encuentra ni en el libro IV de la LEC, dedicado a los procesos especiales, ni en el libro I, que regula las disposiciones generales relativas a los juicios civiles.**
2. **Las diligencias preliminares mantienen un sistema de *numerus clausus* que tan sólo permite la adopción de aquellas diligencias expresamente previstas por la ley.**

II. REQUISITOS PARA SOLICITAR LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES.

1. **Legitimación.**
2. **Tipicidad.**

3. **Idoneidad.**
4. **Proporcionalidad.**
5. **Caución.**

III. ¿CONTRA QUIÉN DEBE DIRIGIRSE LA PETICIÓN DE DILIGENCIAS PRELIMINARES?

IV. ¿EN QUÉ MOMENTO PUEDEN SOLICITARSE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES?

V. ¿QUÉ DILIGENCIAS PRELIMINARES PUEDEN SOLICITARSE?

1. **Art. 256.1.1.º Por petición de que la persona a quien se dirigiría la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación, cuyo conocimiento sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad, representación o legitimación.**
2. **Art. 256.1 2.º Mediante solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio.**
3. **Art. 256.1.4.º Por petición de un socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a éstas o al consocio o condueño que los tenga en su poder.**

VI. ¿QUÉ JUZGADO SERÁ COMPETENTE PARA TRAMITAR LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES?

VII. TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES.

VIII. INCUMPLIMIENTO DEL REQUERIMIENTO POR PARTE DEL CÓNYUGE.

Cuando uno de los cónyuges no tiene un conocimiento exacto del patrimonio ganancial se sitúa en clara indefensión respecto al otro, puesto que cuando tenga que formular la propuesta de inventario desconocerá datos básicos y elementales para poder defender sus derechos en la liquidación de la sociedad de gananciales. Esto sucede en la práctica cuando un cónyuge ha estado completamente al margen de la gestión del patrimonio familiar desconociendo qué bienes concretos tiene la sociedad de gananciales.

En principio, esta falta de información la podrá suplir en parte acudiendo a los registros públicos y así podrá obtener del registro de la propiedad datos relativos a los inmuebles que figuran a nombre de ambos cónyuges o solo de uno de ellos. El registro mercantil le facilitará el nombre de las sociedades en las que aparece como socio alguno de los cónyuges y el número de acciones. En la Agencia Tributaria puede solicitar una copia de las declaraciones del IRPF, donde normalmente constan datos de cuentas bancarias o productos financieros, y a continuación dirigirse a las distintas entidades en las que figure como titular o autorizado y solicitar un extracto de la cuenta para analizar los movimientos.

Sin embargo, existen supuestos en los que a pesar de haber realizado las anteriores gestiones se ha obtenido insuficiente información. Baste pensar en situaciones en las que uno de los cónyuges ha montado un entramado societario de difícil seguimiento en el registro mercantil; cuando las cuentas bancarias están a nombre de uno sólo de los cónyuges; cuando por no tener la condición de socio el cónyuge tiene vedado el acceso a las cuentas de la

sociedad; cuando los bienes muebles de cierto valor quedaron en posesión del otro cónyuge... En estos casos, antes de iniciarse la liquidación de la sociedad lo procedente será que el cónyuge que desconoce toda esta información presente unas diligencias preliminares con el objeto de conocer datos precisos para confeccionar la propuesta de inventario del activo y del pasivo de la sociedad.

I. ¿PUEDEN SOLICITARSE DILIGENCIAS PRELIMINARES ANTES DE PRESENTARSE LA SOLICITUD DE FORMACIÓN DE INVENTARIO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES?

No existe un criterio uniforme en las resoluciones de las Audiencias Provinciales en cuanto a la posibilidad de que, antes del inicio del procedimiento de liquidación, puedan utilizarse las diligencias preliminares.

Los obstáculos que suelen argüirse para inadmitir las diligencias preliminares son básicamente dos:

1. La regulación de las diligencias previas no se encuentra ni en el libro IV de la LEC, dedicado a los procesos especiales, ni en el libro I, que regula las disposiciones generales relativas a los juicios civiles

Siguiendo a la magistrada Carmen RODILLA hay que indicar que no constituye un obstáculo la incardinación sistemática de estas actuaciones judiciales dentro del libro II de la LEC referente a los procesos declarativos, que no ha de implicar la correlativa exclusión de sus normas a los denominados procesos especiales, pues de seguirse este criterio no regirían tampoco en la tramitación de los procedimientos previstos en los títulos I y II del libro IV ninguna de las normas generales que en materia de prueba, presentación de documentos o escritos contiene el libro II; y ello porque los juicios contemplados en el libro IV, en clara contraposición a las normas sobre ejecución a las que se refiere el libro III, participan de naturaleza declarativa, aun cuando la resolución que recaiga pueda tener efectos constitutivos en relación con el estado civil y capacidad de las personas. En apoyo de los anteriores argumentos, ha de tenerse en cuenta también que la concreta actuación que se prevé en relación con las facultades que se otorga a los herederos o legatarios en el apdo. 3.º del art. 256.1 sólo puede tener como finalidad preparar un subsiguiente juicio hereditario contemplado también como proceso especial en el libro IV. Además hay que tener en cuenta que el art. 256 de la LEC especifica que todo juicio puede prepararse solicitando diligencias preliminares, expresión que no puede excluir a los procesos especiales regulados en el libro IV.

2. Las diligencias preliminares mantienen un sistema de *numerus clausus* que tan sólo permite la adopción de aquellas diligencias expresamente previstas por la ley

Quienes defienden esta tesis sostienen que es unánime la doctrina al considerar que los supuestos regulados en el artículo 256 han de calificarse como *numerus clausus*, es decir,

sólo pueden solicitarse aquellas que se incluyan en la citada norma, debiendo rechazarse la que no esté contemplada expresamente. El fundamento de ello se encuentra en la seguridad jurídica, evitando que se pueda interesar la práctica de diligencias con fines distintos a los que se han tenido en cuenta por el legislador, conclusión a la que se llega con fundamento en los términos que emplea la citada norma y que expresamente señala la Exposición de Motivos cuando declara: «Sin embargo, la presente Ley se asienta sobre el convencimiento de que caben medidas eficaces para la preparación del proceso. Por un lado, se amplían las diligencias que cabe solicitar, aunque sin llegar al extremo de que sean indeterminadas. Por otra parte, sin incurrir en excesos coercitivos, se prevén, no obstante, respecto de la negativa injustificada, consecuencias prácticas de efectividad muy superior a la responsabilidad por daños y perjuicios». Por tanto, es claro que estamos ante diligencias determinadas, esto es *numerus clausus*, de ahí que a salvo las previstas en el art. 256 que amplían su espectro en relación con el art. 497 LEC anterior, y las que se recojan en las leyes especiales (art. 256 núm. 1.9, antes 7), no caben otras diligencias que no sean las en dicho precepto previstas, a lo que se une que han de tener vinculación y eficacia en relación con el juicio que se pretende preparar, pues conforme al art. 258 LEC el Tribunal al determinar su admisión o no a trámite debe analizar si la diligencia es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue, y si concurren justa causa e interés legítimo.

Para apoyar esta tesis se cita el Auto del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2002: «Interesa destacar que, planteada en la "praxis", si tales diligencias se encuentran o no sujetas a un *numerus clausus*, o sea si sólo pueden pedirse las consignadas expresamente en la ley o pueden pedirse respecto a otros supuestos de análoga finalidad, la solución fue contradictoria, pues mientras que algunas Audiencias Provinciales en sus sentencias siguieron el criterio taxativo, otras las admitieron en supuestos no previstos en la ley, si bien predominó el criterio restrictivo. Tal criterio es el hoy existente en la nueva Ley pues aunque no lo dice expresamente, hay que entenderlo así, porque ha suprimido alguno de la Ley precedente —*ad exemplum*—, la exhibición de títulos en casos de evicción a que se refería el art. 497.4 Leciv/1881, pero ha creado nuevos supuestos, como el núm. 6 del actual art. 256 referido a la defensa de intereses colectivos de consumidores o usuarios. Finalmente, el núm. 7 admite otros supuestos para la protección de determinados derechos previstos en leyes especiales. Por tanto la conclusión, es que sólo pueden considerarse Diligencias Preliminares las establecidas en el art. 256 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil o "las establecidas en las correspondientes leyes especiales", a que se refiere el núm. 7 (hoy 9) de dicho artículo».

La **AP de Valencia, Sec. 7.ª, en su Auto de 20 de septiembre de 2010**, entendió que la sociedad de gananciales no estaba incluida dentro del epígrafe 4 del art. 256 de la LEC pues únicamente se hacía referencia a las relaciones societarias o de comunidad y que, por tanto, no cabía acudir a este precepto para solicitar diligencias preliminares previas al inicio del proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.

Por su parte, la **AP de Guipúzcoa, Sec. 1.ª, en su Auto de 17 de mayo de 2004** hizo una interpretación muy estricta de la normativa legal y desestimó las diligencias preliminares que tenían por objeto conocer los avatares jurídicos de acciones y valores mobiliarios de carácter ganancial con base en la siguiente argumentación: «Las diligencias preliminares postuladas por la representación procesal de D. Jesús Luis no encuentran cobijo en la regulación legal ofrecida por la LEC. Ello por dos motivos fundamentales: a) No encuen-

tran acomodo en el marco legal que se afirma confiere cobertura jurídica a la petición formulada. Se afirma, en escrito por el que se deduce las diligencias preliminares solicitadas, que las mismas resultan amparadas por lo dispuesto en el artículo 256.1 regla séptima de la LEC. Sin embargo, el precepto referido permite la realización de averiguaciones que, para la protección de determinados derechos, prevean las correspondientes leyes especiales. Sin embargo, no existe ninguna norma jurídica con rango de ley que justifique la petición de datos económicos referidos a la composición del patrimonio ganancial para la preparación del juicio de liquidación de la sociedad legal de gananciales; b) La petición no resulta justificada desde la vertiente ofrecida por la necesidad de proceder a elaborar un discurso argumental conciliable con las exigencias de efectividad en la tutela de derechos o intereses legítimos; no se justifica, no obstante las afirmaciones realizadas al efecto, que el cauce judicial sea el único procedimiento hábil para obtener el conocimiento postulado, dado que no se ofrece información verificable que permite concluir que no ha sido posible obtener, de las empresas referidas en el escrito, los datos atinentes a las transacciones de significación económica realizadas por D.ª María Inés».

No obstante, hay que precisar que una cosa es ampliar el catálogo de diligencias preliminares que ha previsto el legislador, lo cual está totalmente prohibido, y otra muy distinta es hacer una interpretación flexible siempre con encaje dentro de la letra y espíritu de la norma y no para modificarla. Así por ejemplo, la **AP de Pontevedra, Sec. 1.ª, en su Auto de 11 de noviembre de 2008** señaló que «la sociedad de gananciales no deja de constituir un tipo singular de comunidad y el ordinal 4.º del apartado 1 del art. 256 LEC no hace distinciones al respecto». También la **AP de Jaén, Sec. 2.ª, en su Auto de 27 de noviembre de 2007** participa de esta tesis: «En relación con la cuestión de si la diligencia contemplada en el núm. 4 del apartado primero del precepto que dice "Por petición de un socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a éstas o al consocio o condueño que los tenga en su poder", puede estimarse aplicable a la sociedad de gananciales, efectivamente habrá que compartir la tesis del recurrente, pues en principio no se aprecia motivo alguno para excluir del precepto a los cónyuges partícipes en la sociedad de gananciales». Al igual que la **AP de Las Palmas, Sec. 5.ª, en su Auto de 2 de septiembre de 2010**: «En el presente procedimiento se persigue con la pretendida exhibición documental tener la certeza de que tales documentos a los que no tiene acceso la solicitante (facturas y acciones de sociedad mercantil) permitirán concretar el activo y pasivo ganancial en la posterior demanda de liquidación de la sociedad de gananciales que la recurrente pretende entablar. Y frente a lo objetado por la iudex a quo en todo caso pueden incardinarse los documentos 1, 2 y 3 solicitados por la actora analógicamente en el número el n.º 4 del apartado primero del precepto que dice "Por petición de un socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a éstas o al consocio o condueño que los tenga en su poder", supuesto que puede estimarse aplicable a la sociedad de gananciales, pues no se aprecia motivo alguno para excluir del precepto a los cónyuges partícipes en la sociedad de gananciales».

Hay que tener presente que las peculiaridades del proceso liquidatorio no facilitan al cónyuge que ha estado apartado de la administración y gestión de los bienes gananciales la investigación sobre las partidas que deben integrar el activo y el pasivo, por lo que en algunos casos la no admisión de las diligencias preliminares pueden motivar que se enfrente al proceso de liquidación teniendo que asumir lo que el otro cónyuge quiera declarar como ganancial.

A veces se cae en el error de considerar que en una sociedad de gananciales en la que todo es común, ambos cónyuges tienen a su disposición toda la información relativa a dicha sociedad, cuando ello no es cierto. En relación con esta cuestión, la **AP de Valladolid, Sec. 1.ª, en su Auto de 21 de enero de 2010** revocó la decisión del juzgado de inadmitir las diligencias preliminares: «La resolución recurrida, no aprecia justificación ni justa causa en la solicitud, en base a considerar que se trata el caso de una sociedad de gananciales en la que conforme a la legislación vigente se hacen comunes por ambos las ganancias y beneficios obtenidos indistintamente, estando entonces en disposición el solicitante de obtener toda la información de los bienes que la integran. Pero tales argumentaciones para denegar la solicitud, no parecen suficientes ante los fundamentos del propio solicitante, toda vez que, según manifiesta y en principio (no conocemos la versión de D.ª Adelaida), interesa exhibición de documentación sobre diversos documentos, sobre diversas viviendas, que se predican de carácter ganancial, sobre adquisición de mobiliario, adquisición de diversos electrodomésticos, mobiliario, préstamos bancarios suscritos en el ámbito familiar, rentas de alquileres, valores mobiliarios y de depósitos y cuentas bancarias,... a los efectos de preparar una ulterior demanda sobre liquidación de sociedad de gananciales, disuelta como consecuencia de su divorcio decretado judicialmente en fecha de 27-1-08, sobre los que manifiesta no estar en disposición de conocerlos, por encontrarse en posesión de su ex esposa y resultar de interés ante la necesaria formación de inventario para la pertinente liquidación. Por ello, resulta que la solicitud, reúne, *prima facie*, los requisitos legales para su despacho: adecuación a la finalidad perseguida para con las mismas, justa causa e interés legítimo en el peticionario, sin perjuicio, de que, para en su caso, se preste la caución a que haya lugar». Y es que, como señala la **AP de Castellón, Sec. 3.ª en su Auto de 8 de abril de 2004**, «El planteamiento con las debidas garantías del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales exige inexcusablemente el conocimiento lo más preciso posible del activo y del pasivo de la sociedad, y para ello, sin duda alguna, se hace necesario conocer los movimientos y las cuentas bancarias que tienen carácter ganancial, así como las operaciones bancarias y financieras realizadas con dinero ganancial, y aún los productos de la sociedad, a cuyo fin en definitiva tienden la mayor parte de las diligencias solicitadas. A tal planteamiento no puede oponerse el hecho de que exista un procedimiento específico que tiene como finalidad la referida liquidación, pues precisamente con la práctica de las diligencias solicitadas se pretende un más cabal y mejor conocimiento de aquello que habrá de ser objeto de liquidación y que no sean eludidos bienes que deben integrarse en el patrimonio ganancial o incluso que no se incluyan como tales aquéllos que no pueden merecer tal consideración, evitándose así incluso contiendas adicionales a las que pudiera resultar previsible que se suscitaran».

II. REQUISITOS PARA SOLICITAR LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES

Las diligencias preliminares se encuentran reguladas en los arts. 256 a 263 de la LEC pudiendo inferirse de dichos preceptos los siguientes requisitos:

1. Legitimación

La pretensión debe ser promovida por quien tenga interés legítimo para obtener el conocimiento que se pretende (art. 258.1 LEC).

La **AP de Pontevedra, Sec. 1.ª, en su Auto de 11 de noviembre de 2008** analizó un supuesto en el que la esposa instó las diligencias preliminares aduciendo que carecía del más mínimo conocimiento de las actuaciones patrimoniales llevadas a cabo por su esposo desde el año 1981, fecha de la separación, llegando a la conclusión que debía inadmitirse la petición con base en la siguiente argumentación: «En el caso examinado concurren otras razones que conllevan a confirmar la decisión denegatoria a la práctica de las diligencias preliminares interesadas, cuales las de carecer de una delimitación temporal e incluso estar planteadas al momento actual, lo que hace pierdan toda eficacia, teniendo en cuenta la indicación en el escrito de interposición de recurso de apelación de que la fecha de separación de los esposos se remonta al año 1981 (y que en el inicial escrito de solicitud de diligencias preliminares parece datarse aún mucho antes, concretamente al año 1975). Y ello en atención a la doctrina jurisprudencial imperante acerca de que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia conyugal, lo que determina que los cónyuges pierdan sus derechos a reclamarse como gananciales bienes adquiridos por éstos después del cese efectivo de la convivencia, siempre que ello obedezca a una separación fáctica (no a una interrupción de la convivencia) seria y prolongada, y siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia, ya que entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe, con manifiesto abuso de derecho, al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos (pudiendo citarse en tal sentido las sentencias del TS, de fechas 27-1-1998, 11-10-1999, 26-4-2000 y 23-2-2007)».

La **AP de Madrid, Sec. 22.ª, en su auto de 4 de marzo de 2011** confirmó la inadmisión a trámite de unas diligencias preliminares, si bien por un motivo especial, pues se solicitaban respecto de unos bienes que se designaron en el inventario que presentó y respecto de los cuales no se hizo pronunciamiento en la sentencia, ni se mencionaron en el posterior procedimiento de adición de bienes que presentó: «La parte hoy recurrente en su momento tomó la decisión de no llevar al proceso declarativo las pretensiones correspondientes a estas partidas, conocidas ya en ese momento por la hoy apelante, de modo que dicha decisión libremente y conscientemente adoptada no permite ahora justificar la estimación de la demanda en el trámite del procedimiento sobre diligencias preliminares regulado en el artículo 256 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y partiendo de la base de que no se puede considerar que las partidas fueron ocultadas, o desconocidas por la entonces demandada, ni al momento de tramitar la ejecución 548/91, ni en el proceso declarativo de mayor cuantía 1215/99, no es procedente instar del demandado que aporte documentos, o información bancaria de una antigüedad superior a los veinte años, todo lo cual determina la desestimación del recurso».

2. Tipicidad

Las únicas diligencias postulables serán las que encuentren cobijo en alguno de los presupuestos previstos por el legislador en el artículo 256.1 de la LEC; por ello el legislador ofrece una descripción casuística de las diligencias que pueden postularse como preparación de un juicio.

3. Idoneidad

Las diligencias solicitadas deben ser idóneas para la finalidad pretendida; así, el artículo 258.1 exige que el tribunal compruebe si la diligencia solicitada es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue. Precisamente por ello, resulta necesario hacer constar con claridad en la solicitud qué procedimiento es el que va a interponerse tras la práctica de las diligencias preliminares. Como de forma reiterada señalan las Audiencias Provinciales (AP Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 5.ª, Auto de 26 de julio del 2005 y AP Sevilla, Sec. 5.ª, Auto de 13 de mayo de 2004) las Diligencias Preliminares son un procedimiento preparatorio de otro proceso, con el que está en directa relación, por lo que para decidir si están justificadas y son adecuadas a la finalidad que el solicitante persigue, y que concurre justa causa en su petición e interés legítimo, es imprescindible que el demandante fije, precise y determine con claridad y concreción cuál es el objeto del juicio que se propone entablar, para qué pide la diligencia preliminar y contra quién se propone dirigir la futura demanda. Por ello la LEC le exige que haga una referencia circunstanciada del asunto objeto del juicio que quiere preparar. Es decir, no basta una vaga y genérica indicación de que se pretenden ejercer acciones legales o de que se trata de depurar responsabilidades, pues estas expresiones son imprecisas y genéricas y nada aclaran para valorar si la petición es adecuada a la finalidad que se persigue, si hay justa causa e interés legítimo, por cuanto que en todo proceso judicial se ejercita una acción y se persigue la depuración o declaración de responsabilidades y obligaciones.

La falta de claridad en la demanda que pretendía interponer la ex esposa fue la causa de inadmisión de las diligencias preliminares en el caso enjuiciado por la **AP de Jaén, Sec. 2.ª, en su Auto de 27 de noviembre de 2007**: «Otra cosa será que en el caso, y habida cuenta de que dicha sociedad quedó disuelta por las capitulaciones matrimoniales otorgadas por la demandante y su marido en el año 1996, y al parecer liquidada en no sabemos qué fecha, que pueda hacerse valer esa extinguida condición de socio en el supuesto de autos, cuando lo que se pretende con la petición de diligencias, según se expresa en la misma, es acceder a los documentos explicativos de una serie de conceptos o partidas, "con carácter previo a la interposición de una demanda, si procede". Demanda que no dice cuál será su objeto. Y con ello enlazamos con la segunda cuestión que se suscita en el recurso y por la que se deniega en la resolución recurrida la petición de diligencias preliminares, que no es otra que la justificación de la misma, al no concretarse en el escrito, por más que ahora se transcriba, si lo que se pretende es preparar una futura demanda de impugnación o nulidad de la liquidación de gananciales realizada de hecho, tras la separación de bienes, y que ahora se alega resultó no concluida correctamente, —lo que en definitiva supondría que lo pretendido con la petición es procurarse prueba para ello, que no es la finalidad de las diligencias preparatorias—, o se está pretendiendo una especie de rendición de cuentas anticipada que tampoco puede conformar el objeto de las diligencias. Ni en la solicitud inicial ni ahora en el recurso se concreta su fundamento ni contiene referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiere preparar como exige taxativamente el apartado segundo del precepto legal, lo que en definitiva conllevará la desestimación del recurso de apelación y confirmación de la resolución recurrida, pues se pretende utilizar un instrumento procesal indebidamente con un objeto y finalidad que no son los que contempla la norma y sin otro fundamento que revisar y comprobar, como se deduce del recurso y de la solicitud, las partidas que se compensaron para realizar de hecho la efectiva liquidación de

la sociedad de gananciales, que se dice fue defectuosa, lo que excede del objeto y finalidad de las diligencias preparatorias».

4. Proporcionalidad

Las diligencias promovidas deben ser el único medio de obtener el conocimiento preciso para promover en el orden jurisdiccional una concreta tutela jurídica de un derecho; de ahí que el artículo 258.1 de la LEC imponga al tribunal comprobar la concurrencia de una justa causa en la solicitud, posibilitando su rechazo *ad limine* si estimara que las diligencias no resultan justificadas. Por tanto, se inadmitirán las diligencias preliminares que se soliciten cuando el cónyuge pueda acudir a los registros públicos para obtener la información que necesita para confeccionar la propuesta de inventario. Así por ejemplo, la **AP de Madrid, Sec. 14.ª, en su Auto de 31 de octubre de 2007** confirmó la decisión del juzgado de inadmitir a trámite las diligencias preliminares interesadas por el esposo, ya que con la información de que disponía y que dejó patente en la propiedad solicitud podía iniciar el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, sin perjuicio de que en el periodo probatorio se recabe información de las entidades bancarias a las que hace referencia. No obstante, y como ya indicamos anteriormente, hay que tener presente que en la diligencia de formación de inventario carece de un periodo probatorio y en el posterior judicial verbal solo podrán discutirse las partidas que quedaron determinadas en el inventario, por lo que, en realidad, con una información incompleta no podrá discutirse el inventario con igualdad de armas.

Igualmente, algunos juzgados y Audiencias Provinciales han entendido que conociendo el cónyuge los datos básicos, como por ejemplo la clase de productos bancarios, no es necesario acudir a las diligencias preliminares para conocer el saldo que presentan, dado que será en la fase de liquidación cuando habrá que concretar dichos extremos. En este sentido, la **AP de Madrid, Sec. 24.ª, en su auto de 24 de junio de 2011** señaló: «es intrascendente a los efectos pretendidos el saldo actual de productos bancarios, puesto que su desconocimiento no impide la inclusión en el inventario, además de ser dato de simple obtención, librando oficio a la concreta entidad bancaria para que informe de saldos en cuenta a la fecha ya de la sentencia de divorcio, ya en la que se estime producida la desaparición de la esencia de la ganancialidad». Este criterio no podemos compartirlo en su integridad, dado que del análisis de los extractos de las cuentas bancarias puede deducirse si hubo alguna disposición no destinada a atender las cargas de la sociedad de gananciales y la persona que la realizó, pues ello determinará que se incluya una partida de activo consistente en un crédito de la sociedad frente al cónyuge que dispuso del dinero común, y esta partida debe quedar fijada en la fase de inventario y no en la de adjudicación.

La **AP de Valencia, Sec. 7.ª, en su Auto de 20 de septiembre de 2010** consideró acertada la inadmisión de las diligencias preliminares consistente en «la exhibición de extractos y saldos en cuentas corrientes así como depósitos y productos financieros de los que sea o haya sido titular en el último año la demandada y también de los de titularidad conjunta», no solo porque se entiende que es una petición indiscriminada sino también porque no es admisible que durante la convivencia familiar el demandante no conociera las cuentas y Bancos con las que se operaba, en los que se ingresaban nóminas o rendimientos del trabajo, las inversiones financieras que pudieron realizar, por lo que se estima desproporcionada la medida solicitada.

5. Caución

Para responder de los perjuicios que la práctica de las diligencias preliminares puede causar a la parte frente a la que se pide, indica el art. 256.3 que «Los gastos que se ocasionen a las personas que hubieren de intervenir en las diligencias serán a cargo del solicitante de las diligencias preliminares. Al pedir éstas, dicho solicitante ofrecerá caución para responder tanto de tales gastos como de los daños y perjuicios que se les pudieren irrogar. La caución se perderá, en favor de dichas personas, si, transcurrido un mes desde la terminación de las diligencias, dejare de interponerse la demanda, sin justificación suficiente, a juicio del tribunal. La caución podrá prestarse en la forma prevista en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 64 de esta Ley».

III. ¿CONTRA QUIÉN DEBE DIRIGIRSE LA PETICIÓN DE DILIGENCIAS PRELIMINARES?

Al tramitarse el procedimiento de liquidación exclusivamente entre los cónyuges, no podrán utilizarse las diligencias preliminares para solicitar información a un tercero, dado que en el art. 256.2.ª de la LEC claramente se indica que éstas se dirigirán contra la persona que se pretenda demandar.

Hemos constatado en el análisis jurisprudencial realizado que con bastante frecuencia se solicitan diligencias preliminares en las que se interesa la aportación de información a terceras personas distintas de los cónyuges, olvidando que sólo cabe dirigir la petición contra el otro cónyuge, pues éste será quien deba ser demandado en el procedimiento posterior.

La **AP de Almería, Sec. 3.ª, en su Auto de 11 de abril de 2011** confirmó la decisión del juzgado de inadmitir las diligencias preliminares interpuestas por la esposa solicitando la obtención de información de varias empresas de las que el esposo es socio y administrador, dado que aquella no tiene la cualidad de socio, por más que las participaciones puedan tener carácter ganancial: «No siendo miembro de las sociedades a las que pertenece la documentación cuya exhibición se pretende, la actora carece de legitimación para solicitar con base en dicha norma la exhibición de cuentas y demás documentos frente a dichas sociedades; su pretensión sólo puede limitarse a la solicitud de exhibición dirigida contra su esposo, integrante de la sociedad legal de gananciales. Se trataría, pues, de la petición de exhibición al cónyuge de documentos de un tercero, que además se encuentran sometidas a un particular régimen jurídico, previsto en los arts. 32, 33, 133 y 150 del Código de Comercio y 27 y 86 de la LSRL, con la finalidad de preparar un futuro proceso de liquidación del patrimonio ganancial y comoquiera que la solicitante no ostentaba la condición de socia, y en el ámbito estrictamente societario, lo que resulta oponible a la sociedad es la titularidad formal de las participaciones, con independencia de que esa titularidad formal-social pueda corresponderse con una titularidad material, y ésta no resulta oponible a la sociedad, ya que se encuentra en un plano distinto al derecho societario. Es posible que las acciones o participaciones titularidad de una persona física sean en realidad, bienes de la sociedad de gananciales existente entre el socio y su cónyuge, pero frente a la sociedad, el socio es la persona física titular (S. TS. 4 julio de 1988)».

En los mismos términos se pronunció la **AP de Zamora en su Auto de 21 de marzo de 2011** en relación con la petición de la esposa de exhibición de libros de una sociedad cooperativa: «Consideramos que la resolución objeto de recurso es ajustada a derecho en cuanto a la consideración de que falta la necesaria legitimación activa para solicitar las diligencias, puesto que, según se recoge en el artículo 256.4 de la LEC, para solicitar la exhibición de los libros de una sociedad o comunidad se exige que se ostente la cualidad de socio o comunero, y las alegaciones de la recurrente confunden los derechos que dicha parte pueda tener en la liquidación de la sociedad de gananciales, respecto de las participaciones que uno u otro cónyuge puedan tener en una sociedad y que hayan sido adquiridas con dinero ganancial y la cualidad de socio que uno u otro tiene, y que es una relación que une a una persona individualmente considerada con la sociedad de que se trata. En este mismo sentido puede citarse el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1, de 19 de noviembre del 2009, en el que se deniega la legitimación para solicitar Diligencias Preliminares a un señor que solicita la exhibición de libros de una sociedad de la que era socia su esposa con la que estaba casado en régimen de gananciales».

Aunque la solicitud de diligencias preliminares la dirigió la ex esposa contra quien fue su esposo, el matiz de que ello se hizo en su condición de secretario del consejo de administración de una sociedad anónima llevó a la **AP de Guipúzcoa, Sec. 3.ª, en su Auto de 20 de octubre de 2004** a inadmitir la solicitud con base precisamente en que el futuro procedimiento de adición de bienes a la sociedad de gananciales no se dirigirá frente a la sociedad sino frente a su ex esposo, resaltando igualmente la falta de condición de socia de la ex esposa: «En el marco de las diligencias preliminares no se puede prejuzgar el derecho de la parte solicitante en relación con el fondo del asunto, sino el derecho a una información, tal precepto deberá interpretarse en el sentido de que la legitimación activa corresponde a un socio o comunero, debe entenderse comprendida en la misma la de quien ostentaba tal condición de socio o comunero (S. AP. Baleares 30-9-2002). En el presente caso, la solicitante no ostentaba la condición de socia, y en el ámbito estrictamente societario, lo que resulta oponible a la sociedad es la titularidad formal de las acciones, que en el caso de acciones nominativas, se acredita por la inscripción en el libro-registro de socios, y que en el caso de las sociedades anónimas, el art. 55.2 de la LSA la sociedad sólo reputará accionista a quien se halla inscrito en dicho libro, con independencia de que esa titularidad formal-social pueda corresponderse con una titularidad material, y ésta no resulta oponible a la sociedad, ya que se encuentra en un plano distinto al derecho societario. Es posible que las acciones titularidad de una persona física sean en realidad, bienes de la sociedad de gananciales existente entre el socio y su cónyuge. Pero frente a la sociedad, el socio es la persona física titular (S. TS. 4 julio de 1988). Se concluye por lo tanto, la falta de legitimación. Lo anterior debe ponerse en relación con el objeto de esta diligencia, a la que se puede acudir por el socio para obtener información de la sociedad, en los casos que legalmente está expresamente previsto en la legislación mercantil y societaria, art. 212 de la L.S.A., y en todos aquellos en que sin existir una disposición legal que lo prevea, exista un interés legítimo del socio o comunero en conocer las cuentas de la sociedad, porque quiera ejercitar cualquier acción que lo haga necesario, cuando se pretenda censurar la gestión. La finalidad de dicha diligencia es la de obtener la información documental o contable imprescindible para preparar un futuro proceso frente a la sociedad, y en el presente caso dicho fin no se da, habida cuenta de que la pretensión de la solicitante es la de efectuar una ampliación de la liquidación de su sociedad legal de gananciales».

En cambio, no existió ningún problema en la admisión de las diligencias preliminares en el caso analizado por la **AP de Castellón, Sec. 3.ª, en su Auto de 8 de abril de 2004** dado que la esposa también ostentaba la cualidad de socia: «La resolución de la cuestión planteada en el recurso exige partir de que en el escrito iniciador del procedimiento se justificaba en primer lugar en la necesidad de la práctica de las diligencias de exhibición de la documentación que se instaba, en el futuro planteamiento del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, que hasta la separación rigió entre las partes, para cuyo cabal planteamiento se hace necesario conocer con exactitud las cuentas de la sociedad de gananciales y por tanto el conocimiento del activo y pasivo de la misma. Por otra parte, la exhibición solicitada se fundaba también en el posible ejercicio de la acción de responsabilidad contra el administrador de la sociedad "Ingeniería Ch., S.L.", de la que es socia la solicitante y administrador su esposo, D. Gerardo, por lo que es evidente su interés».

En el caso analizado por la **AP de A Coruña, Sec. 4.ª, Auto de 27 de enero de 2011**, la diligencia preliminar interesada consistía en que una determinada entidad bancaria facilitase información sobre una cuenta, inadmitiéndose la petición con base en que en el futuro proceso de liquidación de la sociedad de gananciales y partición de herencia la entidad bancaria no sería parte demandada: «En el presente caso, de las explicaciones dadas en el recurso, resulta que las diligencias preliminares se piden como heredera de su fallecido padre para preparar un procedimiento particional y de liquidación de la sociedad de gananciales, además de poder controlar el pago del impuesto sucesorio efectuado por otros familiares, por lo que no sería el banco la persona a quien se pretende demandar ni socio o comunero, y no se darían los supuestos legales del artículo 256-2.º y 4.º invocados, todo ello al margen las acciones internas bancarias o judiciales que en su caso puedan corresponderle contra la negativa del banco con base en su cualidad de heredera en relación a las cuentas o contratos entre el causante y la entidad crediticia». El mismo criterio se mantuvo por la **AP de Madrid, Sec. 22.ª, en su Auto de 9 de febrero de 2009**: «La petición subsidiaria consistente en que se libren oficios a las entidades bancarias también debe ser rechazada, ya que no es una medida prevista en las Diligencias Preliminares y no se causa indefensión a la parte solicitante, pues ésta puede proponer esta prueba en el proceso que tiene intención de presentar en su día, que es el de formación de inventario según el escrito inicial».

IV. ¿EN QUÉ MOMENTO PUEDEN SOLICITARSE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES?

La petición deberá efectuarse antes de la presentación de la solicitud de inventario, ya que si ha comenzado el procedimiento de liquidación habrá que estar al régimen normal de prueba. Por tanto, una vez que uno de los cónyuges ha presentado la propuesta de inventario, el otro ya no podrá hacer uso de las diligencias preliminares por mucho que carezca de la información precisa para solicitar la inclusión de otros bienes que no figuren en el activo de la sociedad propuesto por la parte contraria.

V. ¿QUÉ DILIGENCIAS PRELIMINARES PUEDEN SOLICITARSE?

De las diligencias preliminares que se enumeran en el art. 256 de la LEC vamos a analizar las que suelen solicitarse con carácter previo al inicio del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales para ver la respuesta de los tribunales a cada una de estas peticiones.

1. Art. 256.1.1.º Por petición de que la persona a quien se dirigiría la demanda declare, bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación, cuyo conocimiento sea necesario para el pleito, o exhiba los documentos en los que conste dicha capacidad, representación o legitimación

Los términos en los que el legislador regula esta clase de diligencias preliminares son muy claros, ya que se trata de conocer datos sobre capacidad, representación o legitimación. Este tipo de diligencia puede ser necesaria cuando, tras haber fallecido uno de los cónyuges, es preciso dirigir la demanda contra sus herederos y se desconoce quiénes puedan ser, lo cual rápidamente se comprende en los supuestos de existencia de nueva descendencia fruto de un posterior matrimonio o de una pareja de hecho.

Por tanto, por esta vía, no podrá solicitarse otra clase de diligencia preliminar distinta. La **AP de Madrid, Sec. 18.ª, en su Auto de 22 de febrero de 2006** rechazó la petición que pretendía obtener otra información distinta a la capacidad, representación o legitimación: «en cuanto al cuestionario de preguntas, que lo que pretendía era que la demandada declarara la procedencia del dinero si era de la sociedad de gananciales o por el contrario eran privativos de la parte hoy recurrente, pero lo cierto es que conforme a lo establecido en el artículo 256 de la LEC regulador de las diligencias preliminares, se puede solicitar declaración bajo juramento o promesa de decir verdad sobre algún hecho relativo a capacidad representación o legitimación cuyo conocimiento sea necesario para el pleito, por tanto no es propio del contenido de diligencias preliminares el que se declare sobre la propiedad y condición de ganancialidad o privatidad de determinados bienes, por lo que fue correctamente rechazada dicha diligencia preliminar».

2. Art. 256.1 2.º Mediante solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio

La **AP de Valencia, Sec. 7.ª, en su Auto de 20 de septiembre de 2010** entendió procedente la práctica de las diligencias preliminares instadas por el esposo a fin de que la esposa exhiba los cuadros y litografías que retiró del domicilio familiar: «Revisadas las actuaciones este tribunal considera que el recurso debe estimarse solo en relación a la primera diligencia solicitada, exhibición de cosa mueble, comprendida en el epígrafe 2 del número 1 del artículo 256 de la LEC por cuanto no es necesario como señala la juzgadora de instancia que el objeto del procedimiento sea exclusivamente una pretensión sobre la cosa mueble, sino que atendiendo a su redacción se exige que el juicio se refiera a esa cosa mueble pero no que sea el único objeto del procedimiento, por lo que la citada redacción es compatible con el procedimiento que se pretende instar en el que debe formarse un inventario de

bienes, entre los que se encuentra dentro del apartado o grupo de muebles, los cuadros y litografías, debiendo practicarse de conformidad con el artículo 261-3 de la LEC».

Dicho lo anterior, también es preciso indicar que la diligencia preliminar se agota con la exhibición de la cosa sin que puedan estimarse la petición de constitución de depósito, ya que esta es una medida cautelar que nada tiene que ver con las diligencias preliminares cuando el requerido exhibe la cosa, a diferencia de lo que sucede cuando se niega a ello, pues en este caso el legislador sí puede adoptar la medida prevista en el art. 261.3 de la LEC: «Si se tratase de la exhibición de una cosa y se conociese o presumiese fundadamente el lugar en que se encuentra, se procederá de modo semejante al dispuesto en el número anterior y se presentará la cosa al solicitante, que podrá pedir el depósito o medida de garantía más adecuada a la conservación de aquélla"». Este tema se planteó en el caso enjuiciado por la **AP de Madrid, Sec. 14.ª, en su Auto de 11 de julio de 2007**: «El Sr. Alejandro interpuso recurso de apelación contra la referida resolución en el que denunció la vulneración de los artículos 261.2 y 261.3 de la LEC indicando textualmente que "habiendo reconocido la demandada donde se encuentran los bienes muebles objeto de esta diligencia preliminar procedía acordar el nombramiento del depositario solicitado por mi representado en comparecencia del día 18 de enero de 2007", es decir la Galería de Arte Sokoa que se encuentra en la calle Claudio Coello núm. 25 de Madrid. Tal como indicó la resolución apelada parece que el solicitante confunde la acción ejercitada, ya que con esta diligencia la ley simplemente pretende que el mismo pueda conocer si los bienes sobre los que intenta interponer una futura demanda se encuentran en poder de determinada persona, en definitiva tener segura la legitimación pasiva para el futuro proceso que pretende iniciar, sin que conlleve ninguna medida cautelar, salvo que la persona contra la que se dirige esta diligencia adopte una actitud absolutamente pasiva ante el requerimiento en cuyo caso "si se conociese o presumiese fundadamente el lugar en que se encuentra, ordenará la entrada y registro de dicho lugar y se presentará la cosa al solicitante, que podrá pedir el depósito o medida de garantía más adecuada a la conservación de aquélla" (artículo 261.2 y 3 de la LEC). Así pues, si la señora de las Ana ha atendido al requerimiento y ha reconocido, aportando las fotografías de los cuadros, que los tiene en su poder salvo tres de ellos que se los llevó el solicitante de las medidas, no podemos admitir el depósito que pretende la actora ya que no encuentran el mínimo respaldo en la ley, debiendo recordar que si lo que el actor buscaba no era preparar el juicio sino asegurar el resultado del mismo, pues temía por la desaparición de los referidos cuadros, debería haber propuesto la medida cautelar recogida en la regla 3.ª del artículo 727 de la LEC, es decir "el depósito de cosa mueble, cuando la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado"».

3. Art. 256.1.4.º Por petición de un socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a éstas o al consocio o condueño que los tenga en su poder

En apartados anteriores hemos comentado que el criterio mayoritario entre las resoluciones de los tribunales es partidario de incardinar a la sociedad de gananciales dentro de este apartado cuarto a efectos de residenciar en él las peticiones de información que se formulan por los cónyuges para conocer el devenir de los bienes comunes.

No ve ningún obstáculo la **AP de Madrid, Sec. 22.ª, en su Auto de 11 de marzo de 2008** para la admisión de las diligencias preliminares, incluso cuando se solicitaron no para la liquidación de la sociedad de gananciales, sino para un procedimiento de adición a la partición: «El cauce de las diligencias preliminares que, respecto de sus pretensiones, propugna la parte recurrente, constituye un procedimiento dirigido a preparar el desarrollo eficaz de una ulterior litis principal, en orden a facilitar a quien pretende promoverla el conocimiento de ciertos datos y circunstancias, específicamente determinados en su regulación legal, que le son precisos para acceder a aquél, y que no podría obtenerlos sin el auxilio de los órganos jurisdiccionales. De otro lado, las concretas diligencias que dicha litigante interesa encuentran adecuado encaje en las previsiones del artículo 256-1-2.º y 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al menos en lo que se refiere, *prima facie*, a las exhibiciones documentales interesadas del Sr. Juan Miguel, y ello sin perjuicio, en la hipótesis de negativa del mismo, de las posibilidades abiertas por el artículo 261, en lo que afecta a los oficios que, en tal caso, habrían de dirigirse a las correspondientes entidades bancarias». Con anterioridad, esta misma Sec. 22.ª, en su Auto de 29 de octubre de 2001, entendió procedente el requerimiento al esposo para la exhibición de títulos o documentos afectantes al inmueble que constituyó la vivienda conyugal.

La **AP de Vizcaya, Sec. 3.ª, en su auto de 11 de septiembre de 2007**, revocando la decisión del juzgado, admite a trámite la solicitud formulada por la ex esposa: «Se trata de proceder por quien se indica, ex esposo de la solicitante a aportar la certificación emitida por Eroski S.C. en el que conste el importe del capital social del mismo a fecha 15/02/05 así como el de los intereses devengados y percibidos a cuenta del referido capital social, a partir de dicha fecha, y se solicita tal diligencia frente a la persona del ex esposo en aras a llevar a cabo la liquidación y reparto de este concepto omitido en su día, por lo que no cabe dudar que si se menciona el proceso a seguir en su día el de liquidación de la sociedad de gananciales estando prevista tal diligencia en el precepto citado».

La **AP de Madrid, Sec. 19.ª, en su Auto de 19 de febrero de 2007** señala en este sentido que «Procede la estimación del recurso planteado y en función de ello acceder a la práctica de la diligencia preliminar interesada sobre la exhibición de determinadas carpetas de documentos al ser la voluntad del solicitante la preparación de un juicio sobre liquidación del régimen matrimonial, y venir contemplada en el artículo 256 LEC, pretendiendo en definitiva el acceso a una documentación necesaria para la finalidad expresada, y debiendo fijarse la caución que se considere oportuna por el juzgado de instancia».

También admite las diligencias preliminares el Auto de la **AP de Asturias, Sec. 7.ª, de 13 de mayo de 2001** y acuerda que la esposa comparezca a presencia judicial a fin de que exhiba todos los documentos, libros, facturas, cuentas corrientes y cualesquiera otro soporte documental relacionado con una determinada empresa, para, en el caso de no obrar en su poder dicha documentación, declare bajo juramento quién la tiene.

La petición de información debe solicitarse exclusivamente respecto a los bienes gananciales, sin que pueda requerirse información respecto a terceros. En este sentido, en el caso analizado por el Auto de la **AP de Albacete, Sec. 1.ª, de 24 de febrero de 2010** no se admitió la petición de información respecto a la explotación agrícola que llevaba el ex marido y que era propiedad de sus padres.

Por último reseña el Auto de la **AP de Albacete, Sec. 1.ª, de 24 de febrero de 2010**, en el que señaló que los juzgados y tribunales deben interpretar lo solicitado aun cuando no se haya citado correctamente la norma que le facultaría la práctica de la diligencia preliminar: «En el caso de autos es de ver además que el solicitante justifica la práctica de las diligencias que interesa en el núm. 7 del apartado 1 del art. 256, apartado que aunque actualmente se corresponde con el núm. 9 del ap. 1 se refiere a diligencias y averiguaciones que para proteger derechos prevean leyes especiales aunque indica también que el objeto de las mismas es preparar la liquidación del régimen ganancial. No obstante es obligación de los Tribunales interpretar lo solicitado aun cuando no se haya citado correctamente la norma que facultaría la solicitud de una diligencia preliminar para preparar el juicio a que se refiere y, por tanto, ha de entenderse que realmente interesa como diligencia preliminar la prevista en el núm. 4 del art. 256 y a su amparo solicitaría que el demandado como copartícipe de la sociedad ganancial que se pretende liquidar habría de exhibir los documentos y cuentas de la referida sociedad conyugal que tenga en su poder al objeto de poder preparar el correspondiente juicio».

VI. ¿QUÉ JUZGADO SERÁ COMPETENTE PARA TRAMITAR LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES?

De acuerdo con lo establecido en el art. 257 de la LEC, será competente para tramitar las diligencias preliminares el Juez de Primera Instancia del domicilio de la persona que, en su caso, hubiese de declarar, exhibir o intervenir de otro modo en las actuaciones que se acordaren para preparar el juicio. Ahora bien, teniendo en cuenta que las diligencias preliminares se solicitan como paso previo a iniciar un proceso de liquidación de la sociedad de gananciales que debe tramitarse obligatoriamente por el juzgado de familia que dictó la sentencia de separación o divorcio, cabe cuestionarse si esta circunstancias modificará la norma de competencia del art. 257 de la LEC.

La **AP de Madrid, Sec. 22.ª, en su Auto de 29 de octubre de 2001** resolvió esta cuestión en el sentido de que la competencia para el conocimiento de las diligencias preliminares previas a la solicitud de la liquidación de la sociedad de gananciales corresponde al juzgado del domicilio del demandado, no siendo aplicable la regla contenida en el art. 807 de la LEC: «Dado que la pretensión deducida por la solicitante no se enmarca en el ámbito procedimental, y por ende competencial, recogido en el Capítulo II del Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es de aplicación al caso la norma competencial contenida en el artículo 807, que atrae la misma al Juzgado que conoció del procedimiento de separación, divorcio o nulidad, en orden al conocimiento del ulterior procedimiento liquidatorio de el régimen económico. Nos encontramos, por el contrario, ante unas meras diligencias preliminares de dicha litis, en los términos que habilita el artículo 256-1-2.º de dicha normativa procesal, y que, a efectos competenciales, se desgajan del juicio que, a través de las mismas, se intenta preparar, estableciendo, en el artículo 257, una lógica regla de acercamiento al lugar donde se hayan de practicar dichas diligencias preliminares, proclamando la competencia del Juez de Primera Instancia del domicilio de la persona que, en su caso, hubiere de declarar, exhibir o intervenir de otro modo en las actuaciones que se acordaran para preparar el juicio». En cambio, **la Sec. 24.ª de la AP de Madrid,**

en su Auto de 24 de junio del 2011, indicó que el Juzgado que dictó la Sentencia de divorcio es el competente para conocer del proceso de liquidación y lo será también para el conocimiento y fallo de las diligencias preliminares que se entiendan oportunas para su preparación.

En el caso analizado por el **Auto de 8 de junio de 2012 dictado por la AP de Madrid, Sec. 28.ª**, se planteó una cuestión de competencia entre un juzgado de familia y un juzgado de lo mercantil, dado que en las diligencias preliminares se solicitaba la exhibición de documentación de una sociedad mercantil, decantándose la resolución de la Audiencia por atribuir la competencia al Juzgado de Familia: «En su solicitud de diligencias preliminares Doña Teodora indicó de forma meridianamente clara que la exhibición de documentación de una sociedad mercantil a través de la cual ejerce su actividad el Sr. Secundino constituía una actuación preparatoria de un ulterior proceso cuyo objeto será la liquidación, con posterioridad a la sentencia de divorcio, de la sociedad de gananciales habida entre ambos interesados. Se trata, obvio es decirlo, de una materia por completo ajena a aquellas cuya competencia objetiva se atribuye a los juzgados de lo mercantil y, en particular, es por completo diferente de las cuestiones que se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles, por más que sea una sociedad mercantil el objeto de indagación que se pretende en orden al conocimiento, inventario y determinación del caudal o patrimonio ganancial. No en vano la pretensión ejercitada ante el Juzgado de 1.ª Instancia número 79 se funda en los Arts. 1390 y 1391 del CC relativos a la responsabilidad económica de los cónyuges frente a la sociedad ganancial y en el Art. 1383 del mismo cuerpo legal concerniente al deber de información periódica y recíproca de los cónyuges sobre la situación y rendimiento de sus actividades económicas».

El legislador expresamente ha prohibido que la persona frente a la que se piden las diligencias preliminares pueda cuestionar la competencia del juzgado que ha admitido a trámite la solicitud, y así preceptúa el art. 257.2 de la LEC que «No se admitirá declinatoria en las diligencias preliminares, pero el Juez al que se soliciten revisará de oficio su competencia y si entendiese que no le corresponde conocer de la solicitud, se abstendrá de conocer indicando al solicitante el Juzgado de Primera Instancia al que debe acudir. Si éste se inhibiere en su competencia, decidirá el conflicto negativo el tribunal inmediato superior común, según lo previsto en el artículo 60 de la presente Ley».

Puede suceder, siguiendo las normas competenciales establecidas en la LEC, que un cónyuge inste unas medidas preliminares que se turnen a un juzgado de primera instancia ordinario y que el otro cónyuge presente una solicitud de formación de inventario que será repartida al juzgado de familia. ¿Qué hacemos en este caso? ¿Se paraliza el procedimiento de liquidación hasta que se tramiten las diligencias preliminares? Nada nos dice la LEC. Para garantizar el derecho de defensa del cónyuge que carece de información de la sociedad parece que lo más razonable es paralizar el procedimiento de liquidación hasta tanto se practiquen las diligencias preliminares, siempre y cuando esta solicitud se haya efectuado con anterioridad a la incoación del proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.

Por último, y admitiendo que el Juzgado competente para la tramitación de las diligencias preliminares es el correspondiente al domicilio del demandado, debemos cuestionarnos si ello determina la competencia para la tramitación del proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, dado que en la mayoría de las poblaciones existe una norma de re-

parto en virtud de la cual el juzgado que tramita las diligencias preliminares debe conocer también del proceso principal. La respuesta debe ser negativa, pues como perfectamente señaló la **AP de Sevilla, Sec. 2.ª, en su Auto de de 22 de diciembre de 2009**, aunque un juzgado conociese de las diligencias preliminares, la competencia para tramitar el proceso de liquidación la tiene el Juzgado que dictó la sentencia de divorcio: «si bien es cierto, que al Juzgado de Primera Instancia núm. 7 se le turnaron e incoó unas diligencias preliminares previas a la liquidación de la sociedad de gananciales con núm. ...; también lo es, que el art. 807 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que será competente para conocer del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial el Juzgado que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio o aquél ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución de dicho régimen por alguna de las causas previstas en la legislación civil. Así las cosas, habiendo conocido de la demanda de separación el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 y con independencia de que el Juzgado de igual clase num. 7 conociese de la demanda de divorcio posterior, procede declarar competente para conocer de las presentes actuaciones aquel Juzgado».

VII. TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES

No ofrecen dificultad las normas procesales establecidas para la tramitación de la petición. La admisión a trámite de las diligencias preliminares es competencia directa del Juez, por lo que se dictará un auto, bien admitiendo la práctica de las diligencias, si se aprecia que la diligencia es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue y que en la solicitud concurren justa causa e interés legítimo, o bien rechazando la petición, si no considerare que éstas resultan justificadas.

Contra el auto que acuerde las diligencias no se dará recurso alguno. En cambio, contra el que las deniegue, cabrá recurso de apelación.

En el auto de admisión a trámite se fijará la caución, y si ésta no se prestare en tres días, contados desde que se dicte el auto en que conceda las diligencias, se procederá por el Secretario judicial, mediante decreto dictado al efecto, al archivo definitivo de las actuaciones.

Practicada la citación al demandado, éste puede oponerse a la práctica de las diligencia por no reunirse los requisitos legales que antes hemos analizado, ante lo cual se convocará a las partes a vista.

VIII. INCUMPLIMIENTO DEL REQUERIMIENTO POR PARTE DEL CÓNYUGE

Admitida la solicitud de diligencias preliminares para que un cónyuge facilite información sobre bienes comunes, y requerido en este sentido, puede suceder que dé cumplimiento al requerimiento o que haga caso omiso. En este último caso, en el art. 261 de la LEC se regulan las consecuencias de la negativa a llevar a cabo las diligencias: «Si la persona citada y requerida no atendiese el requerimiento ni formulare oposición, el tribunal acordará, cuando resulte proporcionado, las siguientes medidas, por medio de un auto, en el que

expresará las razones que las exigen». Por su relación con la liquidación de la sociedad de gananciales se destacan las siguientes:

1.ª Si se hubiere pedido declaración sobre hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación del citado, se podrán tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formularle y los hechos correspondientes se considerarán admitidos a efectos del juicio posterior.

2.ª Si se hubiese solicitado la exhibición de títulos y documentos y el tribunal apreciare que existen indicios suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado, ordenará la entrada y registro de dicho lugar, procediéndose, si se encontraren, a ocupar los documentos y a ponerlos a disposición del solicitante, en la sede del tribunal.

3.ª Si se tratase de la exhibición de una cosa y se conociese o presumiese fundadamente el lugar en que se encuentra, se procederá de modo semejante a lo dispuesto en el número anterior y se presentará la cosa al solicitante, que podrá pedir el depósito o medida de garantía más adecuada a la conservación de aquélla.

4.ª Si se hubiera pedido la exhibición de documentos contables, se podrán tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante.

Existen supuestos en los que, a pesar de que el cónyuge requerido presenta cierta documentación, la parte solicitante considera que es insuficiente, en cuyo caso no existe obstáculo procesal para que vuelva a ser nuevamente requerido, si así lo estima el tribunal, para que complete la documentación. En el caso analizado por la **AP de Madrid, Sec. 22.ª, en su Auto de 9 de febrero de 2009** la ex esposa solicitaba la exhibición de todos los recibos de pago del préstamo del inmueble y todos los movimientos y extractos bancarios de la cuenta donde se realizaban los pagos de la hipoteca que se constituyó a favor del Banco Santander Central Hispano S.A. (desde el año 1986 hasta el 5 de mayo de 1999, fecha en la que se produjo la separación). El ex esposo aportó gran parte de los extractos bancarios, pero la parte solicitante, a través de escrito presentado el 25 de junio de 2007, señaló que faltaban los extractos de algunos periodos y solicitó que se requiriese nuevamente al antedicho y subsidiariamente que se oficiare a la entidad bancaria para que informase sobre los extremos solicitados, ante lo cual se dictó providencia en la cual se acordaba requerir al mencionado en los términos solicitados que no obtuvo un resultado positivo, acordándose finalmente el archivo de las actuaciones. Razonaba la Sentencia de la Audiencia que «Es cierto que el artículo 261-2.º de la LEC en el supuesto de que se hubiere solicitado la exhibición de títulos y documentos contempla la posibilidad de ordenar la entrada y registro pero la subordina a la apreciación de indicios suficientes de que puedan hallarse en un lugar determinado y en el caso enjuiciado dichos indicios no existen, máxime teniendo en cuenta la antigüedad de los extractos y que Don Luis Manuel solicitó al Banco los extractos a los que fue requerido. Por otra parte en el propio recurso de apelación se admite la posibilidad de que no los tenga en su poder».

DE LOS MATRIMONIOS SIMULADOS Y SUS EFECTOS ADMINISTRATIVOS. LEGISLACIÓN EUROPEA

ÍÑIGO MATEO Y VILLA[1]

Registrador de la propiedad, mercantil y de bienes muebles
Profesor asociado de la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)

RESUMEN

De los matrimonios simulados y sus efectos administrativos. Legislación europea

La falta de definición en los códigos civiles de «matrimonio» imposibilita la identificación de los matrimonios simulados. Este trabajo se centra en analizar, de manera comparada entre varios ordenamientos europeos, la paradoja creada en este sentido por el legislador y en abordar los medios establecidos por aquél para identificar los matrimonios simulados y sus consecuencias en el ámbito del Derecho administrativo, principalmente.

Palabras Clave: Matrimonio simulado, matrimonio de conveniencia, matrimonios blancos, simulación de extranjería, nacionalidad, adquisición de la nacionalidad, residencia, permiso de residencia.

ABSTRACT

On fictitious marriages and their administrative effects. European legislation

The lack of a definition in the civil codes of «marriage» makes it impossible the identification of any fictitious marriage. This work is focused in analyzing, in a comparative way among the various European classifications, the paradox arisen in this sense by the lawmaker and in approaching the established means by law-makers in order to identify any fictitious marriage and its consequences within the field of the administrative law, mainly.

Key Words: Fictitious marriage, marriage of convenience, white marriages, fraudulent foreignness, nationality, acquisition of the nationality, residence, residence permit.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. MATRIMONIO Y CONSENTIMIENTO.

III. ALEMANIA.

IV. BÉLGICA.

V. FRANCIA.

VI. ESPAÑA.

VII. ITALIA.

---

(1) Para cualquier duda o aclaración, diríjase a <imateovilla@gmail.com>.

VIII. PORTUGAL.

IX. CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN[2]

Los matrimonios de conveniencia, simulados o blancos son aquellos en los que la prestación del consentimiento de uno o de ambos cónyuges no se dirige a la causa del matrimonio sino a la consecuencia del mismo[3]. Este concepto de matrimonio de conveniencia es extensible a las parejas de hecho (en realidad, de derecho), especialmente, cuando el ordenamiento jurídico concede a ambas instituciones (matrimonio y parejas de hecho) idénticas consecuencias legales. Por ello, todo lo que digamos en el presente trabajo respecto del matrimonio debe entenderse aplicable, por extensión, a las parejas de hecho, uniones de hecho, uniones civiles o cualquier otro nombre que reciban este tipo de emparejamientos[4].

Los simulados son, por definición, matrimonios nulos por cuanto que el objeto del consentimiento manifestado por uno o ambos cónyuges no es el verdaderamente querido. El problema surge cuando no puede definirse cuál sea la causa del matrimonio y, por tanto, no pueda venirse en conocimiento de qué sea lo simulado por oposición a lo disimulado.

Como veremos, los Estados que han evitado definir qué es el matrimonio se han encontrado con el problema de saber qué debía entenderse por tal, para entender como desajustado el consentimiento respecto de los *fines del matrimonio*.

> Este mismo problema surge en la doctrina que, sin haberse planteado previamente qué haya de ser el matrimonio, maneja términos tales como el citado de «fines del matrimonio» o «unidad familiar». Así, MARTÍNEZ DE MORETÓN LLAMAS[5] señala que «son, en general, matrimonios simulados todos aquellos en que los que aparentan contraer matrimonio

(2) Todas las traducciones, si no se indica otra cosa, son del autor.

(3) Resulta, en nuestra opinión, más adecuada esta definición que la ofrecida por RODRÍGUEZ TORRENTE por cuanto que las consecuencias del matrimonio perseguidas con la simulación no son única ni necesariamente la obtención de la nacionalidad sino la de percepción de beneficios sociales, la filiación matrimonial o no de un hijo o la obtención de derechos sucesorios [RODRÍGUEZ TORRENTE, J., «Los matrimonios simulados: repercusiones canónicas de su tratamiento normativo civil», *Instituciones básicas, interacciones y zonas conflictivas de derecho canónico y derecho eclesiástico* (actas de las XXVIII Jornadas de actualidad canónica organizadas por la Asociación Española de Canonistas en Madrid, 26-28 de marzo de 2008), coord. por Rafael Rodríguez Chacón y Cristina Guzmán Pérez, 2009, pp. 189-226, p. 193].

(4) En realidad, parejas de derecho, puesto que requieren para existir de un reconocimiento legal derivado de determinadas pruebas con contenido legalmente tasado.

(5) MARTÍNEZ DE MORETÓN LLAMAS, M. L., «Matrimonios simulados: de conveniencia, blancos, nulos. Problemática sobre su inscribibilidad ante la duda de la falta de consentimiento. La doctrina de la DGRN en torno al tema», *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 15, 2004, pp. 47-56, p. 48.

se ponen expresamente de acuerdo, con la misma intención fraudulenta de engañar a los demás, en no aceptar los fines matrimoniales o, lo que es lo mismo, el cumplimiento de las obligaciones, y el ejercicio de los derechos correlativos que del matrimonio se derivan. Esta clase de matrimonios son nulos por aplicación de lo dispuesto en el art. 73-1.º del Código Civil».

Esta definición es, sin embargo, matizable por, al menos, tres motivos:

1. porque hace descansar la simulación en una mutua (conjunta) intención que, además, ha de ser expresa. Pero ni lo uno ni lo otro es necesario. Por una parte, porque la simulación se ha podido producir por uno sólo de los cónyuges y, por otra, porque, en tal caso, no se realiza por acuerdo expreso. Bien es cierto que el caso típico de matrimonio simulado es el producido por ambos cónyuges, pero ello no ha de hacernos olvidar que la simulación resulta del consentimiento y que éste es esencialmente individual[(6)];
2. porque, en la práctica, la intención del matrimonio simulado no es «engañar a los demás» sino engañar a un sujeto concreto, el Estado, para obtener ciertas ventajas derivadas de un cambio de estado civil por razón de matrimonio con una persona que reúne condiciones determinadas (ser nacional o residente legal de un determinado Estado). En todo caso, matrimonio simulado es todo aquél en el que no hay una intención cierta de consentir en el contenido propio del matrimonio, por lo que contenido y objeto del consentimiento no se adecuan; y, por último,
3. porque la autora habla de «los fines matrimoniales» sin entrar a identificar cuáles sean éstos, confundiéndolos, además, con los derechos y obligaciones que surgen del matrimonio y que no son más que medio, en su caso, para lograr los fines de aquél. Si no se sabe qué es un matrimonio difícilmente podrá defenderse que tal o cual consentimiento matrimonial o consentimiento dirigido al matrimonio es nulo.

Este trabajo tiene por objeto, i) un breve análisis teórico de qué entienden los Estados que es el matrimonio por ser éste el objeto del consentimiento matrimonial, ii) presentar los medios para acreditar la existencia o inexistencia del consentimiento por su falta de adecuación a lo que haya de entenderse por matrimonio y, por último, iii) la exposición de la regulación jurídica sobre iii.a) los efectos administrativos del casamiento en materia de residencia y nacionalidad en varios Estados de la Unión europea (en adelante, la Unión) así como la regulación en materia de iii.b) nulidad de los matrimonios y, por último, iii.c) los medios de control de los nulos.

Al tratar de los matrimonios simulados ¿nos encontramos verdaderamente ante un problema social o es un mero debate teórico sin trascendencia práctica? ¿Cuántos matrimonios nulos se producen anualmente en, por ejemplo, España? Sostiene GALA VALLEJO que los matrimonios simulados «también llamados blancos, resultan hoy día un fenómeno habitual en los países como España, sometidos a una fuerte inmigración. En nuestro país crecen sin freno dichos matrimonios; los datos evidencian que las uniones mixtas, entre nacionales y extranjeros, son una realidad en auge». Pero ni el autor ofrece los datos en

(6) En contra de nuestra opinión, *vid.* DIAGO DIAGO, quien también exige el convenio (DIAGO DIAGO, M. P., «Matrimonios por conveniencia», *Actualidad civil*, núm. 2, 1996, pp. 329-347, p. 329 y, entendemos, FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «Problemas derivados de la celebración e inscripción de matrimonios simulados», *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 25, 1999, pp. 137-158, p. 138, quien habla de «las partes» en relación con la simulación.

que se asienta su opinión, ni el hecho de que existan matrimonios mixtos (esto es, entre un nacional y un extranjero) evidencia por sí mismo el aumento de los matrimonios de conveniencia sino, en todo caso, la interacción de los nacionales españoles con sujetos de otras nacionalidades por razón del mayor flujo de extranjeros en nuestro país[7]. Para cuantificar este fenómeno podría usarse una fuente distinta: la del número de bodas que no se celebran al denegarlo las autoridades civiles por concurrir en ellas un presunto consentimiento nulo por simulación, o los declarados *a posteriori* nulos por esta misma razón. Pero tomando esta fuente sólo conoceríamos los matrimonios celebrados o por celebrar cuyo defecto de simulación ha sido descubierto, y no la totalidad de los simulados. Además, el aumento del número de matrimonios declarados, preventivamente o *a posteriori*, nulos, podría atribuirse simplemente al mayor número de matrimonios celebrados o a la mejora de la regulación matrimonial y de los controles en esta materia.

> No obstante lo dicho, y a los efectos de cuantificar el conjunto de casamientos que podrían ser para analizar la simulación con la finalidad de obtener la nacionalidad española, el INE recoge el número de matrimonios habidos entre españoles y extranjeros: en 2005, 22.682, en 2006, 24.808, en 2007, 27.041, en 2008, 19.139, en 2009, 30.494, en 2010, 29.022 y, por último, en el primer semestre de 2011, 12.706, lo que arroja una cantidad anual ponderada de 25.412 enlaces. Puede, pues, observarse un notable incremento de los matrimonios en los que uno sólo de los cónyuges es extranjero[8].
>
> Sobre estos datos deben hacerse, no obstante, tres precisiones:
>
> 1. la primera, que en los datos ofrecidos no se ha discriminado por la nacionalidad del cónyuge extranjero, lo que resulta especialmente importante en orden a categorizar según se trate o no de ciudadanos de la Unión Europea;
> 2. en segundo lugar, que estos datos tampoco tienen en cuenta las parejas de hecho legalmente establecidas en España sino sólo los casamientos; y, por último,
> 3. sólo hemos computado los matrimonios en los que un cónyuge es extranjero y el otro nacional, pero no aquellos casos en los que el matrimonio se celebra entre dos extranjeros y uno de ellos es titular de un permiso de residencia temporal permanente. En estos supuestos, la finalidad del matrimonio simulado sería la obtención de los beneficios propios de la reagrupación o cualesquiera otros correspondientes al cónyuge del residente legalmente en España.

La conclusión es, pues, que el fenómeno es imposible de cuantificar. Pero no es la trascendencia práctica del fenómeno lo que nos ocupa sino la lógica jurídica que subyace o, lo que es lo mismo, ¿cómo sancionar como nulo lo que ni siquiera es definido por el ordenamiento jurídico?

Que, por su parte, la existencia de los matrimonios blancos, de conveniencia o simulados resulta relevante para los poderes públicos lo demuestra, entre otros, el que la Unión

(7) GALA VALLEJO, C. «Matrimonios de conveniencia», *El graduado. Boletín informativo del Colegio de graduados sociales de Madrid*, Recuperado de <http://www.elgraduado.es/50/matrimonios_conveniencia.html>. Un argumento puramente circunstancial también es el empleado por FERNÁNDEZ MASIÁ, «Problemas derivados de la celebración e inscripción de matrimonios simulados», *op. cit.*, pp. 138-139 y nota 14.

(8) <www.ine.es>.

haya establecido una regulación específica sobre el particular a través de la Resolución del Consejo de la Unión de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (97/C 382/01), y cuyo contenido debió adaptarse a las legislaciones nacionales antes del 1 de enero de 1999[9]. El objetivo

(9) **Reino Unido**. *Vid.* Ley de 2004 sobre Asilo e Inmigración (*Asylum and Immigration Act*), que entró en vigor el 1 de febrero de 2005, Ley de Asociación Civil de 2004, relativa a las parejas de hecho registradas, por la que se aplicarán las mismas formalidades a los extranjeros que deseen hacer constar su pareja de hecho en el Reino Unido; Ley de 1981, de nacionalidad británica (*British National Act*; modificada, entre otros, por *The Immigration (European Economic Area) Regulations* 2000, *The British Overseas Territories Act* 2002 y, por último, por *The Nationality, Immigration and Asylum Act* 2002), en sede de nacionalidad y por la que el matrimonio no es suficiente para obtener la ciudadanía británica sino que es preciso, además, la residencia. En el asunto *Mahmoud Baiai* y otros contra el Ministro del Interior se sostuvo que las disposiciones sobre los certificados de aprobación matrimoniales eran ilegales por constituir una violación de los arts. 12 y 14 (relativos al derecho a casarse y a la prohibición de discriminación) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal supremo (*High Court*) ha dado la razón a los solicitantes aunque en decisión posterior, de 23 de mayo de 2007, reconoció que la prevención de los matrimonios simulados con el fin de evitar los controles de inmigración es de suficiente importancia para justificar determinadas restricciones de los derechos conferidos por el art. 12. En todo caso, concluye el Tribunal supremo británico que las disposiciones ahora recurridas no cumplen con el criterio de proporcionalidad ni tiene una conexión racional con el fin perseguido (en el caso concreto, porque se hizo el razonamiento siguiente: que una persona sin permiso de residencia que contrae matrimonio con un nacional británico, por el mero hecho de carecer de aquel permiso, no quiso casarse o, lo que es lo mismo, se centró el debate no tanto en la calidad del consentimiento matrimonial sino en la situación administrativa de uno de los contrayentes). **Grecia**. *Vid.* Ley 3386/2005 sobre la entrada, estancia y la integración social de nacionales de terceros países (Είσοδος, διαμονή και κοινωνική ένταξη υπηκόων τρίτων χωρών στην Ελληνική Επικράτεια); Ley 3284/2004, que aprueba el Código de la ciudadanía griega (Κώδικα της Ελληνικής Ιθαγενείας). En cuanto al régimen jurídico del matrimonio y su celebración, *vid.* arts. 1.350 y siguientes CC griego y, especialmente, art 1.368 CC griego, por el que se exige la autorización del alcalde antes de la celebración del matrimonio (tanto civil como religiosamente). Para el caso de que la autoridad denegara la expedición del permiso, el juez de primera instancia de acuerdo con las normas de jurisdicción voluntaria contenidas en la Ley de enjuiciamiento civil griega, procederá a resolver lo que corresponda. Esta resolución deberá producirse en el plazo de diez días desde la reclamación. En el caso de matrimonios celebrados en el extranjero, la autorización se emitirá por el responsable del consulado griego en el país correspondiente (art. 13 p. 2.º CC griego). **Hungría**. Desde el 1 de julio de 2007 son aplicables las disposiciones de la Ley 1/2007 sobre la entrada en el territorio nacional y la residencia de las personas autorizadas a circular y residir libremente en el país (*Törvény a szabad mozgás és tartózkodás jogával rendelkező személyek beutazásáról és tartózkodásáról*), y la de 2/2007, de entrada y residencia en el territorio de los nacionales de países terceros (*Törvény a harmadik országbeli állampolgárok beutazásáról és tartózkodásáról*). La primera es aplicable a los nacionales de un tercer país cuyo cónyuge sea nacional húngaro o de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo; Ley 55/1993 sobre la ciudadanía, por la que se dispone que la adquisición de la nacionalidad húngara exige no sólo del matrimonio sino, también de la residencia, además de un examen de lengua húngara al solicitante de l a nacionalidad, entre otros. **Suiza**. Desde el 1 de enero de 2008 son aplicables las disposiciones de la Ley federal de 1 de diciembre de 2005, de extranjería (*Loi fédérale sur les étrangers*), que regula la materia en sus arts. 42-45 y 49. Sus disposiciones serán de aplicación, por extensión, a las parejas de hecho registradas. Por su parte, la Ley federal de 29 de septiembre de 1952, de adquisición y pérdida de la nacionalidad suiza (*Loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse*) regula la obtención de la nacionalidad a favor del cónyuge casado con un suizo en sus arts. 27 y 28, de manera que el casado con un suizo podrá solicitar la adquisición de la nacionalidad de su cónyuge siempre que hubiera residido en Suiza un total de cinco año, tras haber residido un año o, por último, tras haber residido tres años *more uxorio* con un residente legal en suiza (art. 27). A su vez, el CC (arts. 97 y siguientes y 105 CC suizo) establecen el régimen de celebración del matrimonio. Más concretamente, el art. 97a CC suizo establece el encargado del Registro civil denegará el matrimonio cuando uno de los cónyuges no quiera manifestar claramente su consentimiento dirigido al matrimonio sino eludir las disposiciones sobre entrada y residencia de extranjeros en territorio suizo. A los efectos de llegar a esta conclusión, el encargado del Registro civil podrá requerir información a las autoridades o a terceras personas. Estas disposiciones resultan de aplicación a las uniones de hecho. **Luxemburgo**. *Vid.* Ley, de 29 de agosto 2008, sobre la libre circulación de personas y la inmigración (*Loi portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration*); Ley, de 23 de octubre de 2008, sobre la nacionalidad (*Loi sur la nationalité luxembourgeoise*), en vigor desde el 1 de enero 2009, cuyo art. 7 establece la negativa a conceder la nacionalidad a quien no acredite una integración suficiente en la sociedad luxemburguesa que

declarado de la Resolución era la armonización de las políticas nacionales en materia de reagrupación familiar articuladas a partir de los denominados como *Criterios de Copenhague*, de 1 de junio de 1993, del art. 8 del Convenio europeo de Derechos Humanos[10] y del derecho a casarse recogido en el art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[11].

La propia Resolución previene sobre los matrimonios fraudulentos como «medio para eludir las normas relativas a la entrada y a la residencia de nacionales de terceros países», contra los que no se establecen controles sistemáticos sino medidas precautorias únicamente en el caso de que existan indicios «fundados» del carácter fraudulento de la unión. ¿Qué ha de entenderse por matrimonio fraudulento? La Resolución ofrece una respuesta al definirlo como aquél cuyo «fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro».

Y los criterios para identificar un matrimonio sospechoso de haberse celebrado simuladamente son, a juicio de la Resolución:

1. el no mantenimiento de la vida en común;
2. la ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio;
3. que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio;
4. que los cónyuges se equivoquen:
   a. sobre sus respectivos datos (nombre, dirección, nacionalidad, trabajo),
   b. sobre las circunstancias en que se conocieron, o
   c. sobre otros datos de carácter personal relacionados con ellos;
5. que los cónyuges no hablen una lengua comprensible para ambos;

---

implica conocimiento de una de las lenguas oficiales del territorio luxemburgués (*vid.* Ley de 24 de febrero de 1984), la realización de cursos de instrucción cívica. La nacionalidad se denegará a quien declare falsamente sobre los datos solicitados. El matrimonio no supone la adquisición de la nacionalidad luxemburguesa. Por último, el casamiento no produce automáticamente la nacionalización, sino que se requieren otros requisitos como el de residencia (art. 6). El CC establece que no hay matrimonio sin el consentimiento (art. 146 CC) y que todos los matrimonios contraídos sin el libre consentimiento de los cónyuges, de uno o ambos, podrán ser impugnados por los cónyuges o por uno de ellos cuyo consentimiento no fue dado libremente (art. 180 CC). El artículo 184 CC autoriza al fiscal para instar la anulación de los matrimonios contraídos en violación de las disposiciones de los arts. 144 (edad mínima), 147 (bigamia), 161, 162 y 163 (endogamia) CC.

(10) Art. 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

(11) Art. 16. 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Disponible en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

6. que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio (a excepción de las cantidades entregadas en concepto de dote, en el caso de los nacionales de terceros países en los que ésta sea práctica normal); y, por último,
7. que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia.

Los medios para probar cualquiera de estas circunstancias son las declaraciones de los interesados o de terceras personas, informaciones que procedan de documentos escritos, o de datos obtenidos durante una investigación. Por su parte, cada uno de los Estados podrá, a estos efectos, realizar entrevistas a los ya cónyuges o a los cónyuges *in pectore*, incluso separadamente si fuere necesario.

Para el caso de que se descubra la inadecuación del consentimiento declarado al realmente querido (esto es, la simulación), se producirá la no autorización del matrimonio por quien hubiera de celebrarlo/autorizarlo, o la nulidad del matrimonio ya celebrado, por falta de consentimiento, con la consecuente retirada, revocación o no renovación de los beneficios administrativos logrados por la unión conyugal. La declaración de nulidad o la negativa a la celebración del matrimonio que pudiera adolecer de nulidad será, como toda decisión administrativa o judicial, recurrible ante la instancia correspondiente[(12)].

Abundando en la idea que tratábamos más arriba de los flujos migratorios y de la ordenación de los matrimonios ocasionados en relación con aquéllos, y con la finalidad de coordinar esta materia, armonizándola, se aprobó la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. Protegiendo y respetando la familia y la vida familiar, respectivamente, esta Directiva pretende regular las condiciones de admisión y de residencia de los nacionales de terceros países en Estados de la Unión. Más concretamente, se centra en la forma en la que se ejerce el derecho a la reagrupación familiar del que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros de la Unión. Se entenderá por pareja la propia de una «relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada»[(13)].

---

(12) También han regulado parcialmente la materia la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración y la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, así como la Resolución 1468 y, por último, la Recomendación 1723 de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa de 5 de octubre de 2005 sobre matrimonios forzados o celebrados por menores de edad.

(13) Literalmente, «pareja». Sin perjuicio de lo que veremos más adelante, en ciertos ordenamientos jurídicos las normas sobre efectos administrativos del matrimonio se aplican por declaración expresa de sus ordenamientos (y no por analogía) a las parejas de hecho (*vid.* art. 4.3 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003 a la que nos referíamos más arriba). En España, sin embargo, se produce un fenómeno particular: que las parejas de hecho han sido reguladas por normativa autonómica y que la nacionalidad es materia no descentralizada, por lo que aunque las autonomías prevean la aplicación del mismo régimen jurídico a las parejas de hecho que a los matrimonios, dicha igualdad no se producirá en tanto que el Estado no modifique la legislación sobre el articular y, más concretamente, los arts. 17 y siguientes CC [*vid.* art. 22.2.d) CC, que se refiere a los «casados», lo que impide a las parejas de hecho beneficiarse de la adquisición de la nacionalidad por residencia en menos tiempo del general contenido en el art. 22.1 CC].

La propia Directiva autoriza al cónyuge del reagrupante la entrada y residencia en un país de la Unión, así como a los hijos menores comunes, a los del reagrupante o a los del cónyuge reagrupado siempre que, en este último caso, el reagrupante tenga el derecho de custodia de aquéllos y se hallen a su cargo(14). También las uniones de hecho se ven beneficiadas por la reagrupación siempre que los Estados miembros respectivos lo autoricen expresamente por vía legislativa o reglamentaria(15).

A los efectos de controlar la *verdadera* relación existente entre los cónyuges o pareja, la Directiva señala en el art. 5.2, párrafos segundo y tercero, que «si fuera conveniente, a fin de obtener la prueba de la existencia de vínculos familiares, los Estados miembros podrán realizar entrevistas con el reagrupante y los miembros de su familia y efectuar cualquier otra investigación que estimen necesaria. Cuando se examine una solicitud relativa a la pareja no casada del reagrupante, los Estados miembros tendrán en cuenta, con el fin de probar la existencia de vínculos familiares, elementos tales como hijos comunes, la cohabitación previa, el registro de la pareja y cualquier otro medio de prueba fiable».

En el mismo sentido, aunque en relación con la reagrupación familiar de refugiados(16), se expresa el art. 11.2 al señalar que «si un refugiado no puede presentar documentos justificativos que acrediten los vínculos familiares, el Estado miembro examinará otras pruebas de la existencia de dichos vínculos, que se evaluarán con arreglo a la legislación nacional. Una resolución denegatoria de una solicitud no podrá basarse únicamente en la falta de documentos justificativos». En defecto de documentos oficiales que prueben dichas relaciones naturales o jurídicas, la parte interesada podrá ofrecer la realización de pruebas de ADN o cualquier otra que se considere apropiada y que no atente contra la dignidad de las personas. Los medios de prueba aplicables pueden ser muy variados puesto que al tratarse de una Directiva, su concreción legislativa corresponde a los Estados miembros.

Pero no sólo la Unión ha debatido (y regulado) sobre la materia. La Comisión Internacional del Estado Civil (Asamblea General de Edimburgo, septiembre de 2004) acordó la constitución de un grupo de trabajo específico para intercambiar las experiencias y medidas adoptadas dirigidas a combatir tal fenómeno en los distintos países miembros, y que ulteriormente pretendió complementar la Recomendación núm. 9 adoptada en la misma ciudad antedicha el 17 de marzo de 2005 sobre la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil(17).

---

(14) Como puede verse, los efectos de un matrimonio simulado no se extienden únicamente a los pretendidos cónyuges simulantes, sino a todo un conjunto de personas (ascendientes y descendientes) relacionadas con ellos.

(15) Art. 4.3 Directiva.

(16) Cap. V, arts. 9-12.

(17) Las consecuencias administrativas de los matrimonios mixtos han sido también reguladas por varios países. Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, entre la normativa posterior a la citada Resolución de la Unión y sin ánimo exhaustivo, tenemos: en Alemania, la *Aufenthaltsgesetz* de 30 de julio de 2004; en España, el RD 178/2003, de 14 de febrero de 2003, de reforma del Código civil; en Francia, el Código de entrada y residencia de los extranjeros y del derecho de asilo, también conocido como CESEDA o como *Código de extranjeros*, con entrada en vigor el 1 de marzo de 2005; en Grecia, la Ley 3386/2005, del ingreso, la permanencia y la integración social de los nacionales de terceros países, y por el Código de la nacionalidad griega, aprobado por Ley 3384/2004; en Hungría, la Ley 1/2007 a la entrada y residencia en el territorio de las personas que tienen derecho a circular y residir libremente, la Ley 2/2007 sobre entrada y residencia en el territorio de ciudadanos de un tercer país, que entró en vigor el 1 de julio 2007, y, por último, la Ley 55/1993 de ciudadanía húngara; en Italia, el Decreto legislativo núm. 286 de 25 de julio de 1998 sobre regulación de

II. MATRIMONIO Y CONSENTIMIENTO

Es evidente que en los Estados de la Unión el matrimonio se basa en el consentimiento[18]. Pero tras exigirse en sus códigos civiles que los cónyuges presten este consentimiento y, a tal efecto, reúnan las precisas condiciones de capacidad, aquellos mismos textos legales no definen qué ha de entenderse por matrimonio.

Como sustituto de una definición, los textos legales citados exponen los derechos y obligaciones recíprocos de los cónyuges y que pueden resumirse en: cohabitación, fidelidad y socorro mutuo (voluntario o forzoso, por vía, en este último caso, del derecho legal de alimentos)[19]. Más concretamente, el CC se limita a enumerar los derechos y obligaciones de los cónyuges (arts. 66-72 CC[20]), de los que la mayor relevancia jurídica resulta de la obligación de i) ayudarse mutuamente (o, lo que es lo mismo, socorrerse mutuamente), ii) vivir juntos, iii) guardarse fidelidad así como, por último, que iv) «ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida».

Cuando se trata de la simulación en sede matrimonial, la doctrina defiende, y nosotros con ella, que el matrimonio es nulo porque el consentimiento de una o ambas partes no se adecua al objeto consentido. La cuestión es ahora determinar cuál es el objeto consentido o, lo que es lo mismo, qué es el matrimonio y, en su caso, si éste es necesariamente la suma de fidelidad, cohabitación y socorro entre los miembros del matrimonio[21].

---

la inmigración y normas sobre la condición de extranjero modificado por los Decreto legislativos 380/1998, 113/1999, por el Decreto ley núm. 51 de 4 de abril de 2002, por las leyes 189/2002 y, 289/2002, por el Decreto legislativo 87/2003 y por el Decreto ley 241/2004, entre otros; en Bélgica, la Ley de 15 de diciembre de 1980 sobre el acceso al territorio, residencia, domicilio y la expulsión de extranjeros, modificada por Ley de 15 de septiembre de 2006 y por el Real decreto de 17 de mayo de 2007, por el que se define la modalidad de ejecución de la ley de 15 de septiembre de 2006; y, por último, en Croacia, por la Ley 79/2007, de extranjeros, modificada por la Ley 36/2009, de ciudadanía croata, y por la Ley 116/2003, de la familia por las leyes 17/2004, 136/2004 y 107/2007.

(18) *Vid.*, entre otros, arts. 146 *Code*, 146 CC belga, 1.617 CC portugués, 107 CC italiano y 1.350 CC griego así como, fuera de Europa, art. 10 *Mudawa*, por el que «el matrimonio exige consentimiento mutuo (*Ijab et Quaboul*)». exige del consentimiento matrimonial de los cónyuges mayores de dieciocho años cumplidos (art. 19 *Mudawa* sin perjuicio del art. 20 *Mudawa*), de manera que le son de aplicación las disposiciones sobre vicio del consentimiento de los arts. 63 y 66 *Mudawa* (art. 12 *Mudawa*), aunque bien es cierto que su art. 25 *Mudawa* —por el que la mujer podrá casarse por sí misma o delegar esta facultad en un padre o pariente— empaña notablemente esta igualdad si tenemos en cuenta la intervención, más que posible, del temor reverencial, y sus arts. 40 y siguientes, que regulan la poligamia aunque con ciertas limitaciones como, por ejemplo, el pacto anterior al matrimonio en el sentido de que el marido no podrá tomar otras esposas (art. 40 *Mudawa*). Por el contrario, la legislación argelina presenta una mayor desigualdad al, por ejemplo, remitir los efectos del matrimonio a la legislación propia del marido y no de los cónyuges (art. 11 CC argelino). Ahora bien, de la regulación del Código de familia argelino *(Ordonnance num. 05-02 du 18 Moharram 1426 correspondant au 27 février 2005 modifiant et complétant la loi n 84-11 du 9 juin 1984 portant code de la famille*) resulta una mayor igualdad a tenor, especialmente, de los arts. 4 (exigencia del consentimiento de ambos cónyuges que sean mayores, ambos, de diecinueve años, art. 7), aunque se reconoce la poligamia sólo masculina.

(19) Es el caso de España, Bélgica, Francia o Portugal, entre otros.

(20) Modificados los arts. 66 y 67 por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, el art. 68 por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, y el art. 72, dejado sin contenido por Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

(21) Como puede colegirse, la situación es más sencilla para aquellos Estados que sí han definido qué es el matrimonio. Es el caso del art. 4 *Mudawa* por el que aquél es «un pacto fundado en el consentimiento mutuo con la finalidad de establecer una unión legal y duradera entre un hombre y una mujer. Tiene por objeto la comunión vital de fidelidad recíproca, la pureza y la fundación de una familia estable dirigida por ambos esposos de conformidad con las disposiciones del presente Código». Por su parte, el art. 4 del Código de familia argelino señala que el matrimonio

¿A qué se dirige el consentimiento? A los *fines de la institución*, como señala FERNÁNDEZ MASIÁ, pero sin indicar cuáles hayan de ser éstos; a la *unión matrimonial* de acuerdo con la Instrucción de 31 de enero de 2006, de la DGRN, sobre los matrimonios de complacencia. Y ¿qué debe entenderse por tal? ¿Cuál es su contenido? ¿La cohabitación? Parece dudoso si tenemos en cuenta las exigencias profesionales actuales que imponen a uno o a los dos cónyuges su desplazamiento, separadamente, a sus respectivos lugares de trabajo y que no toda cohabitación tiene reconocido el carácter de matrimonio. ¿La fidelidad sexual? De acuerdo con la legislación española parece también dudoso. Si el matrimonio se puede disolver por uno solo de los cónyuges sin necesidad de alegar la causa que le lleve a solicitar esta disolución, la existencia o no de fidelidad por el otro cónyuge resulta irrelevante. O, visto de otra manera, por mucho que una de las partes sea fiel, la otra puede, aun así, disolver el casamiento. ¿El socorro mutuo? Esto mismo puede predicarse del socorro impuesto *ex lege* en relación con el derecho de alimentos de los arts. 142 y siguientes CC y que se aplica no sólo al cónyuge sino, también, a los descendientes y ascendientes[(22)], por lo que el socorro no es característica exclusiva del matrimonio[(23)].

Resulta extraño que el *Code* y sus herederos hayan omitido lo que deba entenderse por matrimonio cuando otras muchas instituciones (mandato, depósito, etc.) sí quedan definidas. Podría entenderse que el *Code* hubiera intentado huir de la configuración matrimonial de su antecesor jurídico inmediato en esta materia, el código canónico, desnudando el matrimonio de todos aquellos rescoldos religiosos y, por tanto, de su carácter institucional o, más concretamente, de su carácter institucional con un determinado contenido. Pero al eliminar la configuración anterior no ha propuesto, sin embargo, alternativa. En este proceso de desinstitucionalización para la aparente búsqueda de un contenido universalmente aceptado de lo que es el matrimonio, ha desdibujado la institución sin sustituirla por otra. Si el matrimonio carece de tal o cual característica, ¿qué es el matrimonio? Necesariamente, lo que los cónyuges quieren que sea. ¿Pero dentro de qué límites? ¿La reproducción? Muchos matrimonios deciden no tener descendencia natural ni legal y no por ello dejan de ser matrimonios; ¿la fidelidad sexual? Ésta es una cuestión que ha de decidir la pareja sin que se permita juzgar *a priori* o que es y lo que no es un matrimonio. A mayor abundamiento, se exige la fidelidad pero no se tiene derecho a exigir al otro cónyuge la práctica sexual. ¿El uso de una lengua común? Éste bien puede ser un indicio pero no un argumento principal para entender que un matrimonio es simulado. ¿La falta de conocimiento de la vida personal del otro miembro del matrimonio? Ídem del anterior, si tenemos en cuenta que no está establecido legalmente un período de noviazgo, ni unos conocimientos mínimos sobre el otro cónyuge.

El legislador ha pretendido que el matrimonio quede limitado a una cuestión meramente privada de los cónyuges. Esto nos parece bien siempre que la legislación sea conse-

---

tiene por objeto «fundar una familia basada en el respeto y la ayuda mutua, proteger moralmente a ambos cónyuges y preservar las relaciones familiares». Esto no obstante, es discutible cuál haya de ser la extensión que deba dársele a cada uno de los conceptos empleados.

(22) Art. 143 CC.

(23) FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «De la ficción a la realidad: La creciente problemática de los matrimonios de conveniencia en España», *Revista de derecho privado*, año núm. 82, septiembre, 1998, pp. 628-645, p. 629. Tampoco otro autores entran a discutir sobre el contenido del matrimonio, sino que simplemente lo dan por supuesto, como es el caso de DIAGO DIAGO, «Matrimonios por conveniencia», *op. cit.*

cuente: si es una cuestión privada deben ser los particulares los que determinen la forma en que hayan de regularse sus relaciones personales y no, como sucede ahora, en el que el legislador niega el carácter institucional del matrimonio pero simultáneamente institucionaliza algunos de sus aspectos.

Por su parte, la pérdida del sentido holístico de la figura, desde un aspecto jurídico, ha generado una desorientación legal y un contrasentido lógico que se materializa, precisamente, en la legislación sobre los matrimonios simulados. Si el legislador no tiene claro qué es conceptualmente lo que se simula (esto es, el matrimonio), tampoco puede establecer criterios para perseguir la simulación. O con otras palabras: si el Estado no sabe lo que es matrimonio, ¿cómo puede establecer una regulación para definir qué matrimonio es válido y cuál no lo es?(24)

(24) En este sentido, *vid.* RODRÍGUEZ TORRENTE, «Los matrimonios simulados: repersuasiones canónicas de su tratamiento normativo civil», *Instituciones básicas, interacciones y zonas conflictivas de derecho canónico y derecho eclesiástico* (actas de las XXVIII Jornadas de actualidad canónica organizadas por la Asociación Española de Canonistas en Madrid, 26-28 de marzo de 2008), *op. cit.*, p. 191. Por su relevancia jurídica transcribimos las siguientes palabras del autor: «vivimos una cultura legislativa que, continuamente, invita a desgajar del matrimonio toda institucionalidad así como su sentido, sus fines o propiedad. El matrimonio queda relegado al ámbito exclusivo de lo personal o privado, aunque apoyado en un consentimiento personal y libre sin restricciones de sus motivaciones y sin condicionamientos para su desarrollo. Es como si el consentimiento fuese algo ajeno a sus propiedades o fines. Por lo que se puede realizar como sea y cuando sea y no hace falta ninguna causa para su disolución, sino que basta que una de las dos partes lo requiera o desee. ¿Por qué entonces tanta dificultad en torno a un matrimonio que se contrae por razones que no son las auténticamente matrimoniales, cuando los otros elementos constitutivos del matrimonio tampoco obedecen a ellas en su filosofía e intención? ¿Si el matrimonio es algo privado y personal no cabe, al menos civilmente, cualquier tipo de matrimonio y cualquier fin del mismo? ¿Admitida la pareja de hecho y el matrimonio homosexual que quedan equiparados al matrimonio tradicional y auténtico, por qué no aceptar el matrimonio basado en el consentimiento con otros fines como son la obtención de nacionalidad o derechos del estado donde residen o nación receptora del extranjero?». Su argumento de base (la progresiva individualización de lo que sea el matrimonio) es, en nuestra opinión, impecable en su base y desarrollo. No es tanto que estemos de acuerdo en que las diferentes clases de uniones legales (matrimonio y pareja de hecho) sean lo que las partes quieren que sean, sino que una vez admitida la individualización motivacional y quieren salvo en el caso de falta de capacidad de las partes (por falta de edad, por ejemplo) o error en el consentimiento (en el caos de los arreglos matrimoniales pactados por los progenitores de los miembros de la pareja). El problema es distinto: es la falta de coherencia entre dos planteamientos que en su aplicación resultan necesariamente contradictorios: la libre configuración del matrimonio por los cónyuges acompañada, sin embargo, de normas que impiden a los sujetos definir libremente sus relaciones (impedimentos matrimoniales por razón de vínculo familiar, imposibilidad de establecer término, condición o modo en el consentimiento prestado o predeterminación por el Estado de los derechos y obligaciones de las partes en el orden sexual, patrimonial o de solidaridad) que incluyen la paradójica posibilidad de que uno de los voluntariamente obligados rompa con sus obligaciones unilateralmente y sin indemnizar a la otra parte por ello (*vid.* el distinto régimen establecido en el art. 1.124 CC y sus concordantes en materia de indemnización de daños y perjuicios con los arts. 82 y 85 CC) frente a las *necesidades* del Estado, que no puede admitir que nacionales de terceros Estados reclamen beneficios sociales como nacionales por carta de naturaleza (extranjeros casados con nacionales) o por reagrupación familiar (cónyuges o parejas de los titulares de tarjetas de residencia). Es evidente la contradicción: los intereses de los particulares frente a los intereses del Estado. Por lo anterior, yerra, en nuestra opinión, FERNÁNDEZ MASIÁ cuando entiende que «la ley de 1981 supuso una revolución respecto del modelo matrimonial anterior […] [dando lugar a] la "privatización del Derecho matrimonial" [de suerte que] el nuevo modelo matrimonial atribuye un papel determinante a la autonomía de la voluntad de los particulares […] [y que] se nos muestra en el mutuo acuerdo como causa de la separación y divorcio, y en otro orden por la gran relevancia que el consentimiento cobra en la celebración del matrimonio» (FERNÁNDEZ MASIÁ, «Problemas derivados de la celebración e inscripción de matrimonios simulados», *op. cit.*, p. 139). Y, como decíamos, yerra por dos motivos: i) porque no hay libre configuración de la figura conocida como matrimonio (*vid. supra*) lo que, más específicamente, se demuestra en las causas de separación y divorcio que no se basan únicamente, como parece apuntar este autor, en el mutuo consentimiento, sino que pueden ser forzadas por uno sólo de los cónyuges (nos estamos refiriendo a la regula-

La propia Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entiende que el matrimonio es verdadero, esto es, que el consentimiento se adecua al mismo, cuando los cónyuges «persiguen […] fundar una familia». Inmediatamente se nos viene a la cabeza las reformas legislativas amparadas en la idea de los *diversos modelos de familia* compatibles con el recientemente denominado como *tradicional*. Y la intención del jurista a la hora de casar ambas ideas es ¿a qué modelo de familia se está refiriendo la Instrucción si, precisamente, hay varios modelos de familia? Y ¿cuál es el contenido que haya de dársele a cada uno de estos modelos? ¿Cada cónyuge presta su consentimiento a un modelo concreto o al formato estándar de matrimonio? ¿*Quid* si uno presta su consentimiento a un modelo de familia y el otro cónyuge a otro diferente?

> Sorprende en este sentido la incoherencia del legislador al permitir que la simple voluntad de uno sólo de los cónyuges pueda deshacer la unión matrimonial, que de por sí no está sujeta a plazo[(25)] y, sin embargo, no permita la configuración por parte de los mismos cónyuges de las cláusulas que hayan de regir su unión en el plano convivencial (cohabitación), patrimonial (socorro mutuo) o íntimo (monogamia) o, incluso, de la persona con la que deseen unirse[(26)].
>
> Aprovechamos para hacer la siguiente reflexión: si el legislador decide desintitucionalizar el matrimonio o cambiar su contenido, o que aporte un nuevo contenido o que, simplemente, abandone la regulación en materia matrimonial y establezca otra en sede patrimonial, de manera que lo que realmente interese al Estado no sea si sus ciudadanos contraen o no matrimonio, sino las sociedades patrimoniales (gananciales o separación de bienes, básicamente) que establezcan entre ellos con independencia de si se deben o no a una unión marital.
>
> En otro orden de cosas, tampoco se entiende la regulación de las parejas de hecho a las que, como veremos, en varios ordenamientos jurídicos se les concede los mismos efectos que a la unión matrimonial. Resulta más lógico exigir que todas las uniones que reciban los mismos efectos tengan, asimismo, la misma denominación y regulación.

No es nuestro objeto definir qué es el matrimonio por exceder notablemente de los límites del presente trabajo. En todo caso, es evidente que éste no puede ser considerado como la simple suma de todos los elementos anteriores (fidelidad, socorro mutuo, cohabitación) porque éstos, por sí mismos, no definen una institución separada y conceptualmente distinta. Por ello, abordaremos el problema de los matrimonios simulados con el objetivo de lograr las consecuencias en materia de derecho público desde un plano distinto.

Visto que no existe un concepto de matrimonio, parece, pues, que ha usarse de un método inverso: ¿qué *no* es el matrimonio? El matrimonio simulado es aquel que persigue efectos propios de la situación matrimonial pero que no constituyen la esencia del instituto o, en lo que aquí interesa, es la unión de dos personas dirigida exclusiva o principalmente a

---

ción anterior a la reforma del 2005); y ii) porque el consentimiento no es una novedad de la Ley de 1981, sino que es la base que da lugar a toda la teoría canónica consolidada en materia de nulidad matrimonial.

(25) *Vid.* art. 45 párrafo segundo CC.

(26) *Vid.* art. 47 CC.

la obtención del permiso de residencia en el país de uno de los miembros de la unión o de la nacionalidad de uno de los cónyuges[27].

La legalización de los enlaces matrimoniales permite la obtención de beneficios de carácter legal, ya sean de Derecho privado (en el ámbito del régimen económico matrimonial o sucesorio), administrativo (residencia, nacionalidad, filiación) o de carácter intermedio (el reconocimiento de la existencia de la vivienda habitual, *vid.* arts. 96 y 1.320 CC o 144 RH, entre otros). El matrimonio no es, sin embargo, una mera unión tabular (en el Registro civil) sino, a juicio de los textos citados, algo más. Pero este «más» no puede definirse en un mundo en el que cada sujeto puede configurar su camino vital y el legislador ha pretendido (que no materializado) tal pretensión, apoyando leyes por las que una de las partes de la unión puede, pese a su consentimiento no sujeto a término ni condición, deshacer por sí mismo la relación obligatoria.

> Sobre la distinción entre los fines que le son propios al matrimonio y los que no lo son, puede también argumentarse a partir de la teoría del consentimiento matrimonial del derecho canónico, de manera que los errores que no son causa de nulidad del matrimonio tampoco forman parte esencial del mismo. Esto es, la distinción entre errores esenciales y no esenciales permite distinguir (para el derecho canónico, recuérdese) qué elementos son consustanciales al matrimonio, y el error en los mismos permite anular el consentimiento prestado por error sobre el objeto.
>
> Contra este argumento puede oponerse que el matrimonio civil es resoluble por uno de los cónyuges sin alegar causa alguna[28] y aunque la otra parte cumpla con todas sus obligaciones. Por esta última razón, puede sostenerse que para el matrimonio civil español ya no hay distinción entre elementos esenciales y no esenciales, puesto que todos ellos son irrelevantes a la hora de resolver el vínculo. ¿Puede, pues, sostenerse que el matrimonio tenga contenido alguno más allá del que el que las partes quieran concederse recíprocamente? Del CC ha de deducirse que la respuesta es negativa.

Cuando la unión tiene por único o principal objetivo la obtención de las consecuencias del matrimonio y no la unión en sí misma considerada, el matrimonio debe considerarse como nulo. Es el caso del casamiento destinado a la obtención de los beneficios del asilado, la nacionalidad, los beneficios sanitarios o de protección social —legitimar un descendiente de ambos miembros de la pareja o de uno solo de ellos o para escapar del servicio militar, la subrogación en una vivienda o la evitación de la aplicación de determinadas leyes (como es el caso de la Ley de términos municipales y las prohibiciones que fijaba a que los cónyuges trabajaran fuera de su domicilio)—[29].

---

(27) Insistimos en que matrimonio nulo es todo aquel cuyo consentimiento de los cónyuges no se dirige al objeto del matrimonio cualquiera que sea el fin que se pretende conseguir. Aquí nos centramos en la nulidad del matrimonio porque el consentimiento se dirige a la obtención de la nacionalidad o el permiso de residencia porque, entendemos, éste puede ser el caso más comúnmente conocido pero igualmente nulo es el matrimonio celebrado con el fin principal o exclusivo de formar parte de una comunidad hereditaria, por ejemplo, o de legitimar matrimonialmente a un hijo.

(28) *Vid.* arts. 82 y 86 CC tras la reforma de 2005.

(29) *Vid.* ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., «¿Matrimonios mixtos o matrimonios de conveniencia?», *El foro: revista jurídico-cultural*, año 3, núm. 4, 1996, pp. 20-24, p.20.

¿Qué criterios se han de emplear para descubrir cuándo uno de los futuros o ya cónyuges se dirige a lograr las consecuencias matrimoniales y no la unión matrimonial? La propuesta legislativa europea es, como hemos visto, la de atender a criterios que son los propios de la organización tomada mayoritariamente por un matrimonio hasta épocas recientes pero que, sin embargo, no se corresponden con el vacío conceptual del CC ni con las modernas tendencias en organización familiar. Y estos criterios, como hemos visto, son los de cohabitación, contribución proporcional a los gastos comunes (sin indicar qué criterio haya de emplearse para fijar la proporcionalidad), conocimiento previo de los cónyuges (sin indicar qué debe entenderse por conocimiento insuficiente) y uso de una lengua común (se entiende que al tiempo de casarse).

Se añaden otros dos criterios indiciarios para descubrir matrimonios simulados que merecen comentario aparte. En primer lugar, en cuanto al pago de una cantidad por el casamiento, es evidente que en el negocio matrimonial no media precio, por lo que casarse *por* dinero anula el matrimonio al desorientar el objeto del matrimonio de la unión (cualquiera que sea la forma que ésta adopte) al dinero y siempre que éste hubiera sido el motivo exclusivo o principal para el enlace[30]. En cuanto al segundo, debe subdividirse en dos: en cuanto al historial de matrimonios fraudulentos de uno de los cónyuges, puede predicarse la nulidad de los anteriores matrimonios pero no del actual; en cuanto al segundo, relativo a las posibles irregularidades en materia de residencia de uno de los cónyuges, ello puede ser un problema administrativo que no prejuzga en absoluto la validez del matrimonio celebrado.

Estos criterios son los dirigidos a reconocer un matrimonio en el que concurran las características formales de lo que el propio regulador considera que es un (buen) matrimonio, al margen de la particular forma en la que los cónyuges se han decidido a organizar su relación. O, lo que es lo mismo, el regulador obliga a los miembros de la pareja a mantener un tipo de relación personal concreta, no contenida en la definición legal de matrimonio (porque ni siquiera existe) para no perder los derechos administrativos derivados del matrimonio.

---

(30) Permítasenos exponer un caso radical. En el mes de octubre de 2006, un individuo de nacionalidad española contrae matrimonio con una señora de nacionalidad albanesa. Lo cierto es que esta señora, según nos cuenta el relator, deseaba, por una parte, regularizar su situación en España y, por otra, abonó al español la cantidad de tres mil euros. Cuatro días después, este mismo señor de nacionalidad española contrae nuevo matrimonio, esta vez con una venezolana, de la que no percibió cantidad alguna. Transcurridos cinco años desde los respectivos casamientos, al pretender renovar los títulos de residencia de ambas esposas, se dieron cuenta de que estaban casadas con la misma persona. La posibilidad de que una misma persona pudiera contraer matrimonio con otras dos resultaba del hecho de que el plazo para la inscripción del primer matrimonio en el registro civil requería más de cuatro días, plazo en el que, precisamente, el español contrajo el segundo matrimonio. La cuestión que ha de plantearse ahora es, desde el objeto del presente trabajo, cuál de los matrimonios resulta nulo. La primera opción es considerar ambos matrimonio nulos: el segundo por existir ya el primero y el primero por haber mediado precio y una finalidad ajena al matrimonio mismo, la regularización de la señora de nacionalidad albanesa. Según nuestra opinión, el segundo matrimonio es nulo, por el hecho de que el español ya se había casado previamente y su matrimonio no había sido disuelto (en realidad, resuelto). Pero para declarar la nulidad del primer matrimonio no resulta, entendemos, suficiente acreditar simplemente que existió precio o la intención de regularizar la situación migratoria de uno de los cónyuges, sino que aquéllas (dinero y regularización) fueron, simultánea o separadamente, las únicas razones por las que contrajeron matrimonio. No basta, con la regulación actual, desreguladora del contenido del matrimonio, casarse *con* dinero o *con* intención de regularizar una situación de extranjería, sino que han de casarse *por* dinero y/o *por* una razón migratoria. (Caso extraído de CABRILLO, F., «Dinero, amistad y mujeres», sección *La cárcel de papel*, *Actualidad económica*, núm. 2719, mayo de 2012, p. 18.

Llegados a este punto y conectando la falta de preocupación de legislador por definir el matrimonio y la simultánea honda preocupación por evitar la entrada en España de extranjeros mediante el uso de esta misma institución, hacemos nuestra la reflexión de RODRÍGUEZ TORRENTE[31] cuando señala que «da la impresión de existir un doble mecanismo para […] [la materia que ahora estudiamos, según se trate] de personas comunitarias o de matrimonios con extranjeros y sorprende que, al menos, en su categorización no se utilice también para los comunitarios con el mismo rigor», de lo que, entendemos, el problema no es tanto la preocupación de los Estados por la adecuación del consentimiento al instituto sino por las consecuencias que para las arcas del Estado puede tener la entrada de nacionales de terceros países ajenos a la Unión.

La conclusión es que caminamos sobre la incertidumbre generada por el propio legislador, de suerte que se ha configurado un ordenamiento ilógico que ahora pretende casar dos ideas contradictorias: la falta de definición del matrimonio y el miedo del Estado a que accedan sujetos que persigan fines bastardos a (lo que sea) el matrimonio.

Por último, la cuestión que ahora estudiamos no supondría más que un ejercicio de discusión teórica si no fuera porque, dependiendo de los criterios de control para considerar un matrimonio como *cierto* (esto es, como no nulo), la posibilidad de contraer matrimonio queda excluida para el conjunto de ciudadanos cuya situación no se halle en regla o en situación determinada (sin permiso de residencia, con expectativas de obtener un permiso mejor o, por último la nacionalidad), así como para percibir ciertos beneficios públicos (pensiones) o privados (derechos derivados de regímenes económico-matrimoniales o sucesorios de su cónyuge). Aquí, pues, existen dos intereses contradictorios: el denominado *ius connubio* o derecho a contraer matrimonio libremente reconocido en el art. 32 CE y en textos internacionales, frente al interés del Estado de no conceder la nacionalidad u otros beneficios derivados del matrimonio que le pueda perjudicar a aquél económicamente[32].

Analizado el problema desde un punto de vista teórico, procedemos a exponer la legislación aprobada en varios Estados de la Unión y, más concretamente, Alemania, Bélgica, Francia, España, Italia y Portugal, con el objeto de tener una visión de conjunto de la regulación sobre la materia que sirva de punto de discusión sobre el particular.

III. ALEMANIA

En Alemania, la Ley de residencia (*Aufenthaltsgesetz*, en adelante, AufenthG[33]), con entrada en vigor el 1 de enero de 2005, considera como extranjero a cualquier persona

(31) RODRÍGUEZ TORRENTE, «Los matrimonios simulados: repersuasiones canónicas de su tratamiento normativo civil», *Instituciones básicas, interacciones y zonas conflictivas de derecho canónico y derecho eclesiástico, op. cit.*, p. 224.

(32) «Que el "ius connubio" no debe ser indebidamente coartado y, simultáneamente, se debe evitar que al amparo de este derecho fundamental se produzcan indebidamente atentados o fraudes contra la ordenación legal de inmigración o la nacionalidad o se genere la apariencia de matrimonios falsos o viciados por causas de nulidad absoluta» (Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado).

(33) *Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet.*

que no sea alemana de conformidad con el art. 116 de su Constitución[34] (art. 2.1 AufenthG).

El art. 28 AufenthG[35] permite la extensión de los beneficios de la residencia habitual de un nacional alemán en Alemania a su esposa, a los menores hijos de un alemán que no estuviere casado y al padre del menor, no casado con un alemán, que deba ser cuidado u objeto de guarda. Por su parte, el extranjero casado con un nacional alemán podrá obtener un permiso permanente de residencia (*Niederlassungserlaubnis*) siempre que hubiera adquirido un permiso temporal de estancia (*Aufenthaltserlaubnis*)[36] por un plazo de tres años, que la cohabitación con el alemán nacional en el territorio federal persista, que no haya motivos que justifiquen la expulsión del sujeto del territorio nacional y, por último, que el extranjero pueda comunicarse en alemán en un nivel básico. Este permiso de residencia se ampliará en tanto en cuanto continúe la cohabitación. Por su parte, el permiso de estancia (*Aufenthaltserlaubnis*) autoriza a su titular a realizar una actividad económica en Alemania (art. 28.5 AufenthG).

Por su parte, para poder seguir a (esto es, entrar en el país para residir con) un extranjero con permiso de residencia legal en Alemania, el art. 29 AufenthG[37] exige que el extranjero se halle en posesión de un permiso permanente o temporal de residencia y tenga medios suficientes de subsistencia. Se garantiza el permiso de residencia a la esposa y al menor de un extranjero o al menor hijo de la esposa del extranjero, siempre que éste hubiera solicitado asilo y la cohabitación familiar en la familia de origen se hubiera interrumpido por haberse visto obligado el extranjero a huir del citado país y el dependiente fuera admitido por otro país miembro de la Unión europea o se hallare fuera del territorio de la Unión y precisara de protección. Dicho permiso de residencia a los dependientes de un extranjero que hubiera sido asilado temporalmente se extenderá a los dependientes que resultaren admitidos de conformidad con la AufenthG. El permiso de residencia permitirá, a su vez, el desarrollo de actividades económicas, siempre que, entre otros, el extranjero se halle igualmente autorizado para realizar una actividad económica.

La AufenthG ofrece, al igual que la anterior regulación (*Ausländergesetz*[38]), disposiciones dirigidas a la anulación de los matrimonios de conveniencia o simulados. Así, todas las disposiciones citadas encuentran su límite en el art. 27 AufenthG, por el que, si bien el permiso de residencia autoriza a los extranjeros a ser seguidos (en el sentido apuntado más

---

(34) *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Art. 116. (1) Salvo disposición en contrario de otra ley se entenderá por nacional alemán en el marco de la presente Constitución a las personas que se hallen en posesión de la ciudadanía alemana o que hayan sido admitidas en el territorio del Imperio alemán en las fronteras fijadas a 31 de diciembre de 1937 como refugiado o expulsado de origen étnico germánico como esposa o descendiente de aquél. (2) Aquellos ciudadanos alemanes que entre las fechas de 30 de enero de 1933 y 8 de mayo de 1945 hubieran sido privados de su nacionalidad por razones políticas, raciales o religiosas, y sus respectivos descendientes, recuperarán su nacionalidad. No se considerará que hayan perdido su nacionalidad para el caso de que hubieran tenido su domicilio en Alemania a partir del de mayo de 1945 y no hubieran expresado su voluntad en sentido contrario.

(35) Art. 23 *Ausländergesetz.*

(36) A los efectos de diferenciar *Niederlassungserlaubnis* del *Aufenthaltserlaubnis* hemos optado por las expresiones permiso permanente de residencia y permiso temporal de estancia, respectivamente, aunque igualmente válidas habrían sido las de tarjeta de residencia habitual ilimitada y limitada, respectivamente.

(37) Art. 17 *Ausländergesetz.*

(38) *Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet* de 9 de julio de 1990.

arriba) por sus respectivos cónyuges o dependientes de manera que puedan vivir juntos, aquél se denegará y, en su caso, se retirará, siempre que se probara que el matrimonio tuvo lugar por resultar concertado por los parientes de los cónyuges, si hubiera tenido lugar con la única finalidad de permitir la entrada de personas en el territorio federal alemán o, por último, si alguno de los cónyuges hubiera sido forzado a celebrarlo.

Aunque en Alemania la obtención de los beneficios sociales no depende necesariamente del casamiento con un alemán o con una persona legalmente residente en Alemania, si quedare demostrado que el enlace matrimonial con aquél o con ésta tenía como único objetivo la obtención de tales beneficios, éstos serán retirados. En este sentido, el art. 23 *Sozialgesetzbuch* (en adelante, SGB)[39] señala que los extranjeros residentes en Alemania podrán obtener ayudas médicas y asistencia, incluyendo a los extranjeros titulares de permisos de residencia, siempre que permanezcan de forma estable/permanente en Alemania. En su apartado tercero, señala el art 23 SGB que los extranjeros que hubieran entrado en el país con el único objeto de obtener la ayuda social o cuando su derecho de residencia se hubiera obtenido exclusivamente para, a su vez, acceder a las ayudas sociales, «no tienen derecho a la asistencia social».

De conformidad con el art. 13 *Personenstandsgesetz* (en adelante, PStG)[40], la oficina del Registro civil en la que deba inscribirse el matrimonio deberá comprobar si existe algún obstáculo para la inscripción del mismo (como la falta de consentimientos o la no presentación de los documentos correspondientes). En el caso de que hubiere pruebas claras de la existencia de obstáculos, se procederá al cierre registral y se realizará una entrevista individual o en conjunto a los miembros del matrimonio, relativa a la solicitud de la documentación o consentimientos precisos o al esclarecimiento de los hechos que resulten dudosos. Si todas estas pruebas no conducen a aclarar la situación, puede obligarse a las partes a formular juramento que supla el defecto apreciado. Si, finalmente, no se percibe ninguna causa que impida el matrimonio, se levantará el cierre del registro.

En cuanto a la inmigración de los cónyuges del extranjero en suelo alemán que disponga de permiso de residencia y su adquisición de un permiso propio e independiente de residencia en suelo alemán, se regula en los arts. 30 y 31 AufenthG[41], respectivamente. A tales efectos, la esposa del extranjero obtendrá el permiso de residencia siempre que ambos cónyuges fueran mayores de dieciocho años, el cónyuge pueda comunicarse en alemán de manera básica y, por su parte, el extranjero sea, entre otros, titular de un permiso de residencia en Alemania, o uno de larga duración de cualquier Estado de la Unión o tenga un permiso de conformidad con los arts. 20 y 25 AufenthG[42], y, por último, hubiera disfrutado hasta el momento de un permiso de residencia durante dos años. Sobre la adquisición del permiso de residencia independiente por parte del cónyuge del extranjero, éste se prevé para el caso de terminación de la cohabitación y supone la extensión, durante un año desde la terminación de aquélla, del permiso de residencia siempre que haya existido una

(39) Duodécimo Libro (XII), Ayuda social, art. 1 de la Ley de 27 de diciembre de 2003.

(40) Desarrollada por la *Verordnung zur Ausführung des Personenstandsgesetzes* a partir del art. 73 de la *Personenstandsgesetz*.

(41) Arts. 18 y 19 *Ausländergesetz*, respectivamente.

(42) Residencia por motivos de investigación científica o por razones humanitarias, respectivamente.

verdadera cohabitación en suelo alemán durante, al menos, dos años, y el extranjero hubiera fallecido al tiempo de existir aquella cohabitación en el territorio alemán y, además, se hallare en posesión de un permiso de residencia de corta o larga duración, entre otros.

Por su parte, constituyen indicios de la existencia de un matrimonio simulado el carácter ilegal de la residencia en territorio alemán por falta de permiso al efecto, por falta de documentos legales al efecto, por falta de documentos de identidad en regla, o por haber sido rechazada la solicitud de asilo formulada. En el caso de que existieren indicios de la existencia de un matrimonio de conveniencia, el funcionario competente denegará la celebración del matrimonio que presumiblemente pudiera ser, por aquella razón, anulado por falta de voluntad matrimonial(43).

La anulación del matrimonio (por simulación o por cualquier otra causa) se regula en los arts. 1.313-1.318 BGB. En lo que aquí interesa, aquél sólo puede ser anulado por resolución judicial a instancia de parte(44), por haber sido uno de los cónyuges obligado a contraer matrimonio o por que ambos esposos hubieran simulado su matrimonio cuando, en realidad, no tenían intención de contraerlo verdaderamente, tanto por falta de causa matrimonial como por ausencia de verdadera intención de generar las obligaciones (matrimoniales) a que se refiere el art. 1.353 BGB. Ahora bien, la anulación matrimonial no tendrá lugar cuando, habiendo sido menor uno de los cónyuges, éste ratifica *a posteriori* el matrimonio celebrado o si, no habiendo querido contraerlo verdaderamente, permanezca, no obstante, cohabitando matrimonialmente con el otro cónyuge(45).

A este procedimiento de anulación le son de aplicación las normas de la Ley de enjuiciamiento civil(46) y del BGB(47). A tal efecto, el fiscal deberá presentar el conjunto de pruebas recabadas que permitan descubrir la ausencia de intención real de contraer matrimonio. Anulado un matrimonio, se hará constar así en el Registro civil y, para el caso de que se hallare inscrito en uno extranjero, se comunicará por la autoridad competente a éste a los efectos de que proceda a la cancelación de los oportunos asientos.

IV. BÉLGICA

En Bélgica, la Ley de 15 de septiembre de 2006, en vigor desde el 1 de junio de 2007, modifica la de 15 de diciembre de 1980(48), de acceso al territorio nacional, residencia, domicilio y expulsión de extranjeros, trasladando la Directiva 2003/86/CE de 22 de septiembre de 2003, relativa al derecho a la reagrupación familiar(49), la 2004/83/CE de la Unión Europea

(43) Arts. 1.310 y 1.314 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, en adelante, BGB.

(44) Art. 1.313 BGB.

(45) Art. 1.315 BGB.

(46) Arts. 606 y ss. y 631 *Zivilprozessordnung*, en adelante, ZPO.

(47) Arts. 1631, 1632, 1635 y 1640 BGB.

(48) *Loi sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*, de 15 de diciembre de 1980.

(49) Resultan especialmente interesantes algunas de las preguntas que el Reino de Bélgica formula a la Unión en relación con esta Directiva, como la de si resulta apropiado establecer una edad mínima para casarse distinta de la fijada en un Estado de la Unión y si existen otros medios para prevenir los matrimonios forzados en el ámbito de la reagrupa-

de 29 de abril de 2004, sobre normas mínimas relativas a las condiciones que deben cumplir los nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas con necesidad de protección internacional y, por último, la 2004/81/CE del Consejo de la Unión Europea de 29 de abril de 2004 sobre permiso de residencia de los nacionales de terceros países que son víctimas de trata de seres humanos.

La Ley de 2006 —aplicable a las parejas de hecho— contiene disposiciones dirigidas a luchar contra los matrimonios simulados así como cualesquiera otros cambios en el estado civil también simulados y cuyo objetivo único o principal sea el de beneficiarse de las disposiciones legales sobre residencia por reagrupación familiar. Según su art. 10, tienen derecho a recibir automáticamente el permiso de residencia por un plazo superior a tres meses, entre otros, los familiares de un extranjero con permiso para residir en Bélgica durante, al menos, doce meses. No será necesario el requisito de los doce meses cuando la relación matrimonial o de pareja de hecho existiera antes de la llegada del extranjero a Bélgica. También podrá obtener automáticamente el derecho a residir en Bélgica durante el período anteriormente señalado el cónyuge extranjero o la pareja legal registrada equivalente al matrimonio en Bélgica, que venga a vivir con él, a condición de que ambos cónyuges tengan una edad superior a los veintiún años. Dicho límite queda reducido a los dieciocho años para el caso de que el matrimonio o la pareja legal se constituyeran con anterioridad a la llegada del cónyuge extranjero a Bélgica. Este beneficio se extiende a los hijos que vengan a vivir con aquéllos antes de que alcancen la edad de dieciocho años y no estén casados. También se extiende a los niños extranjeros, del cónyuge o pareja legal del reagrupante, siempre que vayan a vivir con éste y su cónyuge o pareja legal, cuando sean menores de dieciocho años y no estén casados o cuando el reagrupante tenga derecho a la custodia y guarda única o compartida y el otro titular del derecho de guarda y custodia hubiera prestado, asimismo, su consentimiento.

La pareja o el cónyuge deberán demostrar la existencia de una relación estable y duradera por medio de la prueba de la i) vida conjunta en Bélgica o en cualquier otro país de manera ininterrumpida durante, al menos, un año antes de la solicitud, o ii) demostrando que la pareja se conoció al menos dos años antes de presentar la solicitud aportando pruebas de que han mantenido un contacto regular por vía telefónica, correo o coreo electrónico, iii) que se encontraron tres veces durante los dos años anteriores a la solicitud y que el tiempo de duración de estos encuentros fue de, al menos, cuarenta y cinco días o, por último, iv) la existencia de descendencia común. Otros requisitos son la convivencia, ser mayores de veintiún años, ser solteros y no tener una relación de pareja estable con un tercero, no hallarse incurso en alguno de los supuestos de los arts. 161-163 Código civil belga (en adelante, CC belga)[50] y no haber sido objeto de una resolución basada en el art. 167 CC belga y siempre que aquélla no tuviera la fuerza de cosa juzgada.

---

ción familiar y, para el caso de haberlos, cuáles son éstos. (Pregunta dos de la respuesta del Reino de Bélgica al Libro verde de la Comisión europea relativo a la reagrupación familiar de los ciudadanos de terceros países residentes en la Unión europea (disponible en: <http://ec.europa.eu/home-affairs/news/consulting_public/0023/famreun/MemberStatesNationalGovernments/Belgium%20-%20FR.pdf>. Recuperado el 08/06/2012).

(50) Relativos a las formalidades que deba cumplir el matrimonio. El art. 166 establece que el matrimonio deba celebrarse ante el encargado del Registro civil, y el art. 167 establece las causas por las que este mismo encargado puede negarse a la celebración del matrimonio. Por su parte, el art. 168 CC ha sido derogado por el art. 10 de la Ley de 26 de diciembre de 1891.

La edad mínima para contraer matrimonio se reducirá a dieciocho años (no los veintiuno aplicados en materia de extranjería) cuando los cónyuges puedan demostrar la convivencia en el extranjero con, al menos, un año de antelación a la llegada del reagrupante. En todo caso, los extranjeros deberá probar que disponen de medios de subsistencia estables, regulares y suficientes para satisfacer sus propias necesidades de suerte que no se conviertan en una carga para el Gobierno del Reino. Asimismo, el reagrupante deberá probar que tienen a su disposición una vivienda adecuada (de acuerdo con las condiciones exigidas para las viviendas que se den en alquiler[51]) a sus necesidades y a las de la persona que pretenda reagrupar. También deberán demostrar que los reagrupados no padecen enfermedad alguna que pueda poner en peligro la salud pública del Reino. Dichas enfermedades se hallan legalmente tasadas.

Podrá denegarse el permiso de residencia a que se refiere el art. 10 cuando, entre otros, los cónyuges no cumplan los requisitos legales *ab initio* o sobrevenidamente. Este último es el caso en el que los cónyuges cesen su convivencia, se hubieran aportado documentos o declaraciones falsas o tergiversadas, hubiera existido fraude en la solicitud, se hubieran empleado métodos ilegales para obtener los requisitos que permitan a una persona permanecer en el Reino o cuando el matrimonio se hubiera celebrado con el único objetivo de permitir la entrada y residencia en Bélgica. Asimismo, quien legalmente hubiera obtenido la autorización de residencia en Bélgica podrá perder aquélla por, entre otros, el incumplimiento sobrevenido de alguno de los requisitos que motivaron su concesión por no existir convivencia marital entre el reagrupante y el reagrupado, casamiento o constitución de una nueva pareja de hecho del reagrupado con un tercero, cuando el reagrupado o el reagrupante extranjero hubieran empleado informaciones falsas o incompletas o falsificadas o hubieran recurrido al fraude o, por último, si se hubiera recurrido a otros medios ilegales que resultaran determinantes para el reconocimiento del derecho de residencia si el matrimonio, la paternidad o la adopción hubieran sido constituidas únicamente para obtener la entrada o residencia en el Reino[52].

Desde la entrada en vigor de la ley de 15 de septiembre de 2006, el derecho de residencia se concederá en dos fases: en la primera, que abarca los dos primeros años, puede resolverse el permiso de residencia si se entiende objetivamente que las condiciones más relevantes o determinantes para la reunificación familiar ya no se cumplen por concurrir, por ejemplo, el divorcio de los cónyuges, la falta de cohabitación o vida (física o emocional) en común, etc.; en la segunda fase, durante el tercer año, se puede poner fin a la residencia si se produce un abandono del hogar común con el apoyo probatorio oportuno. Concluidos estos tres años, se reconoce al beneficiario de la reagrupación familiar el derecho de residencia ilimitado.

Por su parte, el art. 16 del Código belga de nacionalidad (en adelante, CBN)[53], modificado por el art. 4 de la Ley de 6 de agosto de 1993 y por el art. 7 de la Ley de 1 de marzo

(51) *Vid.* Ley de 20 de febrero de 1991, que modifica el Libro III, Título VIII, Capítulo II, Sección 2 del CC, De las reglas particulares al arrendamiento urbano sobre la vivienda habitual del arrendatario, más concretamente, el art. 2 sobre el estado de la vivienda, por el que: «Estado del bien arrendado. El bien arrendado deberá responder a las exigencias elementales de seguridad de seguridad, salud y habitabilidad».

(52) Art. 11; en este mismo sentido, art. 18.2.

(53) *Code de la nationalité belge* de 28 de junio de 1984.

de 2000, en vigor desde el 1 de mayo de 2000, establece taxativamente en su apartado primero que «el matrimonio no produce de pleno derecho efecto alguno en cuanto a la nacionalidad», de manera que el extranjero que se casa con un nacional belga de origen o por adquisición podrá obtener esta misma nacionalidad durante la vigencia del matrimonio siempre que haya cohabitado en Bélgica durante, al menos, seis meses desde el casamiento o constitución de la pareja de hecho. Para que pueda solicitarse la nacionalidad, la unión o el matrimonio habrán de tener una antigüedad de, al menos, tres años. Se trata, pues, de un doble requisito: de residencia en Bélgica y de duración mínima de la unión. La nacionalidad se solicitará por medio de la declaración a que se refiere el art. 15, con la condición de que al tiempo de la solicitud tuviera autorización, una vez pasados los tres años, a residir por un plazo superior a tres meses o a establecerse de manera permanente en el Reino.

En cuanto a la regulación específica del matrimonió en Bélgica, ésta se concentra en los arts. 143 y siguientes del Código civil belga (en adelante, CC belga). En lo que aquí interesa, el matrimonio deberá celebrarse por personas mayores de dieciocho años[(54)], aunque dicho límite podrá excepcionarse por el Tribunal de menores[(55)]. Para el matrimonio se requiere de consentimiento[(56)], lo que excluye matrimonios concertados[(57)] o consentimientos no dirigidos al esponsalicio sino a las consecuencias administrativas que se siguen del mismo (obtención de la nacionalidad o de la residencia), y a esto específicamente se refiere el art. 146 bis CC belga cuando señala que «no hay matrimonio cuando, a pesar de haberse manifestado formalmente el consentimiento exigido por aquél, resulta de un conjunto de circunstancias que la intención de uno o ambos cónyuges no es la de la creación de una comunidad permanente, sino sólo la de obtener una ventaja relacionada con la residencia, resultado de la relación conyugal creada». Por último, en el caso de no cumplirse las condiciones establecidas par ala celebración del matrimonio, el encargado del Registro civil denegará motivadamente su celebración y así se lo comunicará a los cónyuges *in pectore*[(58)].

En el marco de los procedimientos civiles regulados en el Código procesal belga (en adelante, CPB)[(59)], los tribunales del Reino pueden, en aplicación de aquellas normas, resolver cuestiones de nulidad matrimonial tanto si el matrimonio fue celebrado en Bélgica como si uno de los cónyuges fuera belga o residente en el país. A tales efectos, podrán realizar las indagaciones que tengan por conveniente.

Por último, en materia de competencia de derecho internacional, téngase en cuenta la Ley de Derecho internacional privado belga[(60)] y, más concretamente, los arts. 33 y 42-47, y para las parejas de hecho, los arts. 58 y siguientes.

---

(54) Art. 144 CC belga.

(55) Art. 145 CC belga en relación con el art. 148 CC belga.

(56) Art. 146 CC belga

(57) *Vid.* art. 146 ter CC belga.

(58) Art. 167 CC belga.

(59) *Code judiciaire* de 10 de octubre de 1967. Más concretamente, la cuarta parte (Libro IV), arts. 664-1.385 relativos al procedimiento civil.

(60) *Loi portant le Code de droit international privé*, de 16 de julio de 2004.

V. FRANCIA

En Francia, los rasgos propios de los matrimonios ficticios han quedado definidos por la jurisprudencia a partir del famoso caso *Appietto*. Se definen como matrimonios simulados aquellos celebrados con el fin de lograr un resultado extraño a la relación marital (Sentencia de 20 de noviembre de 1963[(61)]).

En esta sentencia se hace una distinción por razón de los efectos del matrimonio, entre los convencionalmente limitados, de manera que el matrimonio simulado excluye alguno o todos estos efectos esenciales, y los secundarios del mismo. Cuando lo que se persiguen son los resultados secundarios dejando a un lado los esenciales, estamos ante un matrimonio simulado. Ahora bien, añadimos, resulta difícil, si no imposible, definir cuáles sean los fines principales y accesorios del matrimonio cuando el *Code* ni siquiera los declara.

Este mismo concepto de matrimonio simulado ha sido mantenido por la jurisprudencia francesa más moderna, aunque con la precisión de exigir que la persecución del fin extraño al matrimonio hubiera sido la razón exclusiva para casarse (Versalles, 15 de junio de 1990[(62)]). Si, simultáneamente a la búsqueda de este fin bastardo, el cónyuge/los cónyuges hubiera/n tenido intención de unirse verdaderamente para fundar una vida en común, su matrimonio no podrá considerarse simulado.

Por su parte, la Ley sobre entrada y permanencia de extranjeros y el derecho de asilo (CESEDA)[(63)] trata la materia que ahora nos ocupa. Así, en Francia se concede una tarjeta de estancia temporal[(64)] y otra de residencia permanente[(65)]. De especial relevancia es el art. 313-11 CESEDA por cuanto que regula la tarjeta de estancia temporal solicitada por razones personales y familiares. Por este artículo, la citada tarjeta se concederá en tanto que no exista riesgo para el orden público y se considerará de pleno derecho al extranjero, dentro del año en que cumpla los dieciocho, cuando uno de sus progenitores sea titular de la tarjeta de estancia temporal o de la tarjeta de residencia, o al cónyuge reagrupado que lo sea de persona titular de una u otra de las tarjetas, siempre que hubieran obtenido autorización para reagruparse. La duración de esta tarjeta de residencia temporal será idéntica a la del progenitor o cónyuge titular de la otra tarjeta. Ésta se renovará si, cumpliéndose las condiciones legales para su concesión o mantenimiento, se renovara, a su vez, la otra de la que trae causa (esto es, la del progenitor o cónyuge).

También se concederá la tarjeta al extranjero que no se halle en situación de poligamia, siempre que esté casado con una residente en Francia de nacionalidad francesa, a condición de que la cohabitación no hubiera cesado tras el matrimonio y que el cónyuge francés conservara la nacionalidad francesa. Si el matrimonio se hubiera celebrado en el extranje-

(61) D.1964.465.

(62) D.1991.268.

(63) *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*. Entró en vigor el 1 de marzo de 2005 y fue modificada posteriormente por otras leyes, entre ellas la Ley núm. 2006-911, de 24 de 2006, sobre inmigración e integración, y la Ley de 27 de abril de 2011.

(64) Arts. 313-1 a 313-15 CESEDA.

(65) Arts. 314-1 a 314-15 CESEDA.

ro, se exigirá que se haya inscrito en los registros civiles pertenecientes al Estado francés. Nótese que no se extienden estas concesiones a la pareja de derecho.

De conformidad con el art. 222-2 CESEDA y tras haberse producido la derogación de la Ley 79-587 de 11 de julio de 1979 sobre motivación de los actos administrativos y a la mejora de las relaciones entre la administración y los ciudadanos[66], las decisiones de denegación de los visados de entrada en territorio francés por parte de las autoridades diplomáticas o consulares no serán objeto de motivación salvo que el afectado sea un extranjero cónyuge de un residente francés o beneficiario de una autorización de reagrupación familiar. Además, son beneficiarios de las dispensas previstas en el art. 212-2 CESEDA el cónyuge que viene a unirse con su esposo regular en Francia y al que se le haya permitido residir en Francia.

Salvo que la entrada de una persona suponga una amenaza para el orden público, se concederá un permiso de residencia temporal de manera automática al cónyuge del que hubiera obtenido el beneficio de la protección subsidiaria[67], siempre que el matrimonio existiera antes de la concesión de esta ayuda o, en su defecto, cuando se hubiera celebrado un año más tarde de dicha concesión. Además, la tarjeta de residencia no podrá ser concedida a un extranjero que vive en situación de poligamia ni a ninguno de sus cónyuges; y para el caso de que se hubiera concedido la tarjeta de residencia en tales condiciones, ésta deberá ser revisada[68].

La concesión al cónyuge de la tarjeta de residencia puede subordinarse a un plazo de residencia legal[69] o de pleno derecho[70] para el caso del extranjero casado durante, al menos, dos años con un nacional francés siempre que la cohabitación no se hubiera interrumpido y que el cónyuge hubiera conservado su nacionalidad francesa. Para el caso de casamiento fuera de Francia, éste deberá haberse registrado ante las autoridades francesas. Por su parte, los extranjeros que residen legalmente en Francia desde hace, al menos, un año podrán hacer uso del derecho a la reunificación, en virtud de la reagrupación familiar, con su cónyuge y los hijos menores de dieciocho años[71] y, para el caso de suspensión de la vivienda en común, el permiso de residencia temporal concedido a uno de los cónyuges por razón del otro, podrá ser retirado o denegada su renovación[72].

Antes de la Ley de 2006-911[73], el extranjero tenía, además, pleno derecho a pedir la tarjeta de residente, válida durante un plazo de diez años, siempre que permaneciera dos años casado y viviera bajo el mismo techo con el francés que, a su vez, mantuviera su nacio-

---

(66) *Loi núm 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.*

(67) Art. 313-13 CESEDA en relación con el art. 712-1 CESEDA.

(68) Art. 314-5 CESEDA.

(69) Art. 314-9 CESEDA.

(70) Art. 314-11 CESEDA.

(71) Art. 411-1 CESEDA.

(72) Art. 431-2 CESEDA.

(73) Por la *Loi núm. 2006-1376 du 14 novembre 2006 relative au contrôle de la validité des mariages* fueron reformados: por el art. 1 de la Ley, los arts. 63 y 74-1 CC; por el art. 2 de la Ley, el art. 70; por el art. 3 de la Ley, los arts. 171-1 a 171-8 CC; por el art. 4 de la Ley, el art. 175-2 CC; por el art. 5, el art. 176 CC, y por el art. 6 de la Ley, el art. 170 y 170-1 CC.

nalidad de tal; y en el caso de los matrimonios celebrados en el extranjero, si la citada unión hubiera sido extendida en un asiento en el registro oficial francés destinado al efecto[(74)].

Pero una vez aprobada la citada Ley 2006-911, la tarjeta de residencia ya no se concede automáticamente, aunque podrá ofrecerse al ciudadano de un tercer país casado con un ciudadano francés durante, al menos, tres años, siempre que residan juntos después del matrimonio, que el cónyuge francés haya mantenido su nacionalidad de tal, que el casamiento se haya inscrito en los registro oficiales franceses destinados al efecto para el caso de que éste se hubiera celebrado en el extranjero y, por último, que el nacional del tercer estado cumpla con las condiciones propias establecidas para la integración en la República[(75)].

La nacionalidad francesa se regula en el *Code* en los arts. 17 a 33-2. Su art. 21-1 es claro al respecto al señalar que «el matrimonio no produce de pleno derecho la adquisición de la nacionalidad francesa». Por su parte, el extranjero que contraiga matrimonio con un francés podrá, tras cuatro años desde la celebración del matrimonio, adquirir la nacionalidad por declaración siempre que al tiempo de la declaración exista cohabitación efectiva, que ésta no se hubiera suspendido entre la celebración del matrimonio y la solicitud de adquisición de la nacionalidad francesa y, por último, que el cónyuge inicialmente francés, continúe conservando esta nacionalidad[(76)].

Con la finalidad de reforzar la convivencia se establece que el plazo de cohabitación será de cinco años para el caso de que el extranjero, al tiempo de formular su declaración, no pudiera probar haber residido de manera ininterrumpida y regular durante, al menos, tres años en Francia, a contar desde la fecha de la celebración del matrimonio o no pudiera aportar la inscripción del matrimonio en los registros franceses establecidos al efecto. En todo caso, el cónyuge que ahora pretenda adquirir la nacionalidad francesa deberá demostrar conocimiento suficiente, según los casos, de la lengua francesa, de suerte que el nivel exigido de francés se fijará por el Consejo de Ministros.

En el caso de poligamia del cónyuge extranjero, tal estado supondrá la denegación de la adquisición de la nacionalidad[(77)]. Y el matrimonio declarado nulo por resolución judicial tanto de organismo francés como extranjero, cuando sus resoluciones fueran reconocidas en Francia, no hará caducar la declaración prevista en el art. 21-2 *Code* en beneficio del cónyuge que hubiera contraído el matrimonio de buena fe[(78)]. En todo caso, la anulación del matrimonio no perjudicará a la nacionalidad de los hijos habidos[(79)].

En cuanto al matrimonio entre menores de edad, el *Code* establece la mínima para contraer matrimonio en 18 años cumplidos[(80)] aunque admite excepciones[(81)] para el caso de los menores.

---

(74) Art. 314-11 1.º CESEDA.

(75) Art. 314-9 3.º CESEDA.

(76) Art. 21-2 *Code*.

(77) Art. 21-4 *Code*.

(78) Art. 21–5 *Code*.

(79) Art. 21-6 *Code*.

(80) Art. 144 *Code*.

(81) Art. 148 *Code*.

En cuanto a la nulidad del matrimonio, éste lo será cuando se hubiere celebrado sin el consentimiento de ambos esposos o de uno de ellos, e incluso la nulidad se extiende para el caso de que el matrimonio se hubiera celebrado por miedo reverencial[(82)] aunque sólo cuando este mismo miedo se genere por un ascendiente. Para el caso de que la nulidad matrimonial sea culpa de uno solo de los esposos, el matrimonio producirá todos sus efectos a favor del que lo hubiera contraído de buena fe[(83)].

La regulación de la inscripción en Francia del matrimonio en el que intervenga un francés y celebrado en el extranjero por autoridades extranjeras se encuentra en los arts. 171-5 a 171-8 *Code*.

El procedimiento de admisión de las solicitudes de concesión de nacionalidad francesa es como sigue. La declaración de nacionalidad suscrita por razón de matrimonio con un francés se recibirá por el representante del Estado en el departamento administrativo correspondiente, por el prefecto o por el cónsul. Presentada la solicitud y los documentos que la complementen, se entregará al interesado un recibo que servirá como prueba de la entrega[(84)]. Toda solicitud formulada por el cónyuge de un francés deberá ser registrada por el ministro responsable de las naturalizaciones (frente al resto de solicitudes que se presentan ante el juez de primera instancia competente). Este mismo ministro denegará las solicitudes que no cumplan con los requisitos legales. Su decisión motivada se notificará al interesado solicitante que podrá recurrir la resolución en el plazo de seis meses ante el tribunal de apelación (*Tribunal de grande instance*) en el plazo de seis meses. La acción podrá ejercerse personalmente por el menor de dieciséis años.

La decisión de rechazo de la solicitud se emitirá en el plazo de seis meses desde la fecha de la solicitud a contar desde el recibo que le hubiera sido entregado a éste. Ahora bien, en el caso del solicitante de la nacionalidad francesa por haber contraído matrimonio con un francés, el plazo se alarga hasta un año[(85)]. En el caso de que no se presentare causa para denegar la inscripción en el plazo fijado legalmente, se entregará una copia de la declaración al solicitante, comprensiva de la declaración de admisión (se trata, pues, de un silencio positivo). Pero, en todo caso, la concesión podrá ser aún impugnada por el Ministerio público para el caso de que no se hubieran cumplido las condiciones legales en su concesión. También podrá procederse a su recurso por el Ministerio público si se hubiera cometido fraude en el plazo de dos años a contar desde que se descubrió. La cesación de la comunidad de vida entre los esposos en los doce meses siguientes a la concesión constituirá una presunción de fraude[(86)].

El control de los matrimonios se regula, en sede de los actos previos a su celebración, en los arts. 63-76 *Code*. Por el primero de ellos[(87)], el encargado del Registro civil publicará

(82) Art. 180 *Code*.

(83) Art. 201 *Code*.

(84) Art. 26 *Code*.

(85) Art. 26-3 *Code*.

(86) Art. 26-4 *Code*.

(87) Este art. 63 *Code* fue reformado por la Ley núm. 2006-1376 de 14 de noviembre de 2006 de control de la validez de los matrimonios (*Loi relative au contrôle de la validité des mariages*) y nuevamente reformado por el art. 8 de la Ley núm. 2007-1787 de 20 de diciembre de 2007 de simplificación del ordenamiento jurídico (*Loi relative à la*

la pretensión de casamiento con la identidad y los datos del domicilio y residencia de los futuros esposos y el lugar de celebración del matrimonio. Para ello, los cónyuges facilitarán los datos que justifiquen su identidad y domicilio, salvo que el matrimonio se celebre en el extranjero. Asimismo, se dará audiencia a los futuros esposos, salvo en caso de imposibilidad o cuando de los documentos presentados resulte innecesaria y si el encargado del Registro civil lo considerare necesario, procederá a reunirse separadamente con cada uno de los futuros esposos.

En el caso de que se trate de un cónyuge menor de edad, la entrevista se realizará en presencia de su padre o madre o de su representante legal así como de su futuro cónyuge. Si uno de los cónyuges residiera en el extranjero, el encargado del Registro civil podrá instar a la autoridad diplomática o consular territorialmente competente que proceda a la realización de la entrevista. En el caso de que el matrimonio se celebrara en el plazo de un año a contar desde la terminación del plazo concedido para la publicación del casamiento, éste no podrá tener lugar si no se practica nuevamente la publicación en la forma señalada por el *Code*[88]. En el caso de que existan dudas sobre la validez del matrimonio que pudieran llevar a su nulidad, será de aplicación lo dispuesto en los arts. 175-1 y 175-2 *Code*.

En sede de celebración matrimonial, el *Code* distingue en su Libro I (De las personas), Tít. V (Del matrimonio), Cap. II y II bis (De las formalidades relativas a la celebración del matrimonio y del matrimonio de los franceses en el extranjero) entre matrimonios celebrados en Francia (tanto por cónyuges nacionales franceses, mixtos o puramente extranjeros) y los celebrados por un francés en el extranjero (es decir, que sólo excluye de su ámbito de aplicación los matrimonios celebrados por dos extranjeros en el extranjero).

En cuanto a los arts. 165-171 *Code*, el matrimonio se celebra ante el encargado del Registro civil del municipio en el que cualquiera de los esposos tuviera su domicilio o residencia al tiempo de la publicación del casamiento[89] o, en su defecto, desde la fecha de la concesión de la dispensa de la publicación[90]. Con la finalidad de asegurar la debida publicidad, la publicidad del matrimonio se efectuará en los ayuntamientos correspondientes al domicilio de cada uno de los esposos[91].

Y en cuanto al matrimonio celebrado en el extranjero cuando, al menos, uno de los esposos sea francés, será válido siempre que las formas empleadas en el país extranjero no contravengan las francesas contenidas en el Tít. V Libro I *Code*. El matrimonio celebrado ante las autoridades diplomáticas o consulares francesas se ajustará a la normativa francesa, aunque solo podrán celebrar el matrimonio entre un francés y un extranjero cuando expresamente se les hubiera autorizado por el oportuno decreto[92]. Para el caso de que el matrimonio se celebre por una autoridad extranjera, deberá extenderse previamente un

---

simplification du droit). Por la primera de las reformas, derogada por la segunda, se estableció la necesidad de presentar un certificado médico de los cónyuges.

(88) Art. 65 *Code*.

(89) Art. 63 *Code*.

(90) Art. 169 *Code*.

(91) Art. 166 *Code*.

(92) Art. 171-1 *Code*, reformado por la Ley núm. 2006-1376 de 14 de noviembre de 2006 de control de la validez de los matrimonios (*Loi relative au contrôle de la validité des mariages*).

certificado de capacidad para casarse, expedido por la autoridad diplomática o consular correspondiente de acuerdo con el art. 63 *Code*, acompañado de la publicación de la futura celebración del matrimonio donde los futuros esposos tengan su futura residencia o domicilio[93]. La audiencia a ambos esposos prevista en el art. 63 *Code* se efectuará a petición de la autoridad diplomática o consular competente al efecto[94].

Para el caso de que existieran graves indicios de que el matrimonio que se pretenda celebrar pudiera llegar a ser nulo de conformidad con los arts. 144, 146, 146-1, 147, 161, 162, 163, 180 o 191 *Code*, el encargado del Registro civil informará al procurador de la República y a los interesados. El procurador resolverá en el plazo de dos meses por medio de decisión motivada, sin perjuicio de que la causa alegada y usada para oponerse a la celebración del matrimonio pueda ser recurrida judicialmente ante el oportuno tribunal (en concreto, el *Tribunal de grande instance*) de acuerdo con los arts. 177 y 178 *Code*[95].

En cuanto a la transcripción del matrimonio celebrado en el extranjero por una autoridad extranjera, se regula en los arts. 171-5 a 171-8 *Code*. Por éstos, para que tal matrimonio resulte oponible a tercero, es imprescindible su traslado a los registros oficiales establecidos al efecto. A falta de inscripción, el matrimonio producirá sus efectos civiles en Francia en lo que se refiere a los esposos y a los hijos y, por tanto, no respecto de terceros. Los cónyuges serán informados de este aspecto al tiempo en el que se emita el certificado de capacidad para contraer matrimonio. La solicitud de inscripción en los registros franceses competentes al efecto se formulará por la autoridad consular o diplomática correspondientes al lugar de celebración del matrimonio[96]. En el caso de celebrarse el matrimonio contra la oposición del procurador de la República, el oficial del Registro civil consular no podrá practicar la transcripción del matrimonio en los registros civiles franceses hasta que no se resuelva judicialmente la materia[97]. Para el caso de que el matrimonio se celebrara contra las disposiciones del art. 171-2 *Code*, la transcripción estará precedida por una audiencia a los esposos tanto conjunta como separadamente, realizada por la autoridad diplomática o consular pertinente. Para el caso de que esta misma autoridad dispusiera de datos que permitieran presumir la validez del matrimonio *ex* arts. 146 y 180 *Code*, podrá, mediante decisión motivada, practicar la inscripción sin necesidad de audiencia previa[98]. Para el caso de que se entendiera en virtud de los indicios que el matrimonio celebrado ante autoridad extranjera encubre en realidad un matrimonio nulo de acuerdo con los arts. 144, 146, 146-1, 147, 161, 162, 163, 180 o 191 *Code*, la autoridad diplomática consular encargada de transcribir el negocio informará inmediatamente al ministerio público y denegará la transcripción. Los esposos podrán recurrir ante el tribunal competente (Tribunal de grande instante), quien se pronunciará en el plazo de un mes y, para el caso de apelación de su resolución, el tribunal competente resolverá en el mismo plazo[99]. Para el caso de

(93) Art. 171-2 *Code*.

(94) Art. 171-3 *Code*.

(95) Art. 171-4 *Code*.

(96) Art. 171-5 *Code*.

(97) Art. 171-6 *Code*.

(98) Art. 171-7 *Code*.

(99) Art. 171-7 *Code*.

que el matrimonio se celebrara de conformidad con las formalidades previstas en el art. 171-2 *Code* y, además, se celebrara de acuerdo con las formalidades prescritas en el lugar de celebración, se procederá a la transcripción en los registros del estado civil salvo que elementos nuevos fundados en indicios serios permitan presumir que el matrimonio resulte nulo de conformidad con los arts. 144, 146, 146-1, 147, 161, 162, 163, 180 o 191 *Code*. En este caso, la autoridad diplomática o consular, tras haber realizado una audiencia a los esposos, junta o separadamente, informará inmediatamente al Ministerio público y suspenderá la inscripción.

El Estado francés concede ayudas a los cónyuges de los inicialmente beneficiarios por la protección social sin perjuicio, además, de normas internacionales concretas sobre protección a refugiados o asilados. Dicha atribución no es automática, sino que requiere del cumplimiento de ciertos requisitos, como es el caso del Código de acción social y familia[(100)], tras la modificación operada por Ley de 2 de junio de 2012, y cuyos beneficios se extienden en muchos casos no sólo al matrimonio sino a las parejas amancebadas o que hubieren constituido una pareja de hecho (*pacte civil de solidarité*). En todo caso, anulado un matrimonio, se produce la anulación de las ayudas concedidas por aquel motivo.

Sin perjuicio de la esencial libertad de contraer matrimonio, lo cierto es que éste no puede quedar sujeto a condición y, mucho menos aún, a la de sujetar la validez del matrimonio a que se conceda a uno de los cónyuges el permiso para residir de manera legal en territorio francés (Sentencia del Consejo constitucional de 13 de agosto de 1993 y Decisión de 2 de noviembre de 2003). Dichos matrimonios condicionales no podrán, por tanto, ser celebrados. Pero la simple falta de convivencia marital inmediatamente después de la celebración del matrimonio no supone, *per se*, prueba suficiente de la falta de causa en el consentimiento prestado para el matrimonio, máxime si tenemos en cuenta las exigencias del mundo laboral actual en las que no resulta extraordinario que cada cónyuge desarrolle su profesión a cientos de kilómetros de distancia e, incluso, en distintos países. Deben, pues, casarse dos ideas, el derecho al matrimonio y al desarrollo del modo de vida que los cónyuges deseen y la evitación de los matrimonios simulados destinados únicamente a obtener las ventajas propias del régimen matrimonial. A tal efecto el Consejo constitucional (*Conseil constituionnel*) estableció que dicha libertad de casamiento recogida en la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789[(101)] no impide al poder legislativo el establecimiento de las medidas tendentes a la prevención y lucha de y contra los matrimonios simulados.

Por último, en Francia, la falta de voluntad es una causa de nulidad matrimonial del matrimonio, y en consecuencia no puede ser confirmada. El recurso para declarar la nulidad del matrimonio podrá ser interpuesto el plazo de treinta años por cualquiera de los interesados, en particular por el fiscal, excluido el que provocó la nulidad.

---

(100) *Code de l'action sociale et des familles*. *Vid.*, entre otros, arts. 232-10, 241-4, 242-10, 244-1, 245-6, 245-12, etc.

(101) *Vid.* arts. 2 y 4.

VI. ESPAÑA

En España, la materia se regula en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo[(102)] (que deroga el anterior Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo[(103)]), por el que se legislan «las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública»[(104)].

Este Real Decreto será de aplicación al cónyuge en tanto que exista el matrimonio, y desapareciendo la separación legal como causa de cesación de aplicación de la citada norma (por STS de la Sala 1.ª de 1 de junio de 2010); a la pareja de hecho siempre que estuviera inscrita en un registro público de un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo y en tanto que la misma inscripción se hallare subsistente; a los descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada, siempre que subsista el vínculo matrimonial; a los menores de veintiún años o a los mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o sean incapaces; a sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que subsista el vínculo[(105)].

En todo caso, la nulidad del vínculo matrimonial no produce *ipso iure* la cesación en la concesión de derecho[(106)] siempre que, añadimos, la nulidad del matrimonio no se produjera por la mala fe del eventualmente perjudicado por la rescisión del permiso de residencia.

En España, el matrimonio no produce la concesión automática de la nacionalidad española. De acuerdo con los arts. 17 y siguientes del Código civil (en adelante, CC), que regulan la adquisición de la nacionalidad del casado con español, se requiere la residencia de un año (lo que reduce el plazo general de diez años del art. 22.1 CC) en territorio español[(107)] siempre que, al tiempo de la solicitud, el interesado se hallare casado y no separado

(102) Modificado por el Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio; ha sido modificado por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, por el Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y, por último, por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. *Vid.* STS de 10 de junio de 2004, por la que se declara la nulidad de los incisos indicados de los arts. 2, párrafo 1 y 11.3.C, apartado 4, y STS de 9 de febrero de 2005, que declara nulo el inciso del art. 18.2.

(103) Vigente hasta el 28 de marzo de 2007.

(104) Art. 1.

(105) Art. 2.

(106) Art. 9.

(107) Art. 22.2.d) CC.

legalmente o de hecho. De esta manera, se da prioridad a las circunstancias reales del matrimonio frente a las legales, al comprender la separación de hecho como impeditiva de la solicitud de a nacionalidad. El mismo régimen se aplicará al «viudo o viuda de española o español, si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho»[108]. Por su parte, la exigencia del art. 22.3 CC por el que la residencia habrá necesariamente de ser «legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición» refuerza la solicitud con base en la residencia con la justificación del matrimonio, y no al revés.

De acuerdo con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LO), modificada en numerosas ocasiones[109], la ruptura del vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición de la residencia no supone la pérdida de esta misma residencia, sin perjuicio de que reglamentariamente se establezca, en su caso, «el tiempo previo de convivencia en España que se tenga que acreditar en estos supuestos»[110].

En cuanto a las personas con derecho a ser reagrupadas por parte del cónyuge son: su propio cónyuge, en tanto que subsista el vínculo matrimonial y en tanto que éste sea válido. No se admite más que la reagrupación de un solo cónyuge por residente, de manera que queda eliminada la posibilidad de reagrupar matrimonios polígamos y ello aunque, incluso, la ley de origen del reagrupado autorice semejantes matrimonios. En el caso de que un reagrupante hubiera contraído sucesivamente varios matrimonios con disolución de los anteriores (por nulidad o divorcio), sólo podrá reagrupar al último cónyuge. A tales efectos, este último cónyuge sólo podrá ser reagrupado si el reagrupante «acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia. En la disolución por nulidad, deberán haber quedado fijados los derechos económicos del cónyuge de buena fe y de los hijos comunes, así como la indemnización, en su caso»[111]. Las disposiciones de este artículo

(108) Art. 22.2.e) CC.

(109) Así, por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; por la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones; por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y declarada inconstitucional en determinados aspectos por las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, 259/2007, de 19 de diciembre, y 260/2007, 261/2007, 262/2007, 263/2007, 264/2007, y 265/2007, de 20 de diciembre.

(110) Art. 16.3 LO.

(111) Art. 17 LO.

serán de aplicación no sólo al cónyuge sino a las personas con análoga relación de afectividad[112].

Asimismo, el cónyuge reagrupado podrá obtener la autorización de residencia de manera independiente de su cónyuge, cuando aquél disponga de medios económicos suficientes para sí mismo. No se exigirá este requisito para obtener la autorización de residencia si el cónyuge reagrupado fuera víctima de violencia de género y se hubiera dictado a su favor una orden de protección o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género[113].

Por su parte, la materia fue especialmente tratada en la Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia[114] y complementada por la Instrucción de 20 de marzo de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil. En aquélla se advertía del carácter creciente de los matrimonios de conveniencia en España, ofreciéndose, a los efectos de identificarlos, un conjunto de directrices destinadas a abordar este problema dirigidas a los encargados de los registros civiles españoles tanto dentro como fuera de España.

El concepto manejado de matrimonio de conveniencia no difiere del apuntado en el caso de Francia y es el referido única o principalmente a los celebrados con el objeto de obtener la nacionalidad o la residencia de no de los cónyuges. De acuerdo con él, las partes pactan que no habrá nunca ni voluntad de fundar ni de formar una familia, de suerte que, pasado un plazo prefijado, se instará la separación judicial o el divorcio, siendo el objetivo de estos matrimonios el de «beneficiarse de las consecuencias legales de la institución matrimonial en el campo de la nacionalidad y de la extranjería».

El matrimonio simulado se define por la IDGRN como «aquel cuyo consentimiento se emite, por una o ambas partes, en forma legal pero mediante simulación, esto es, sin correspondencia con un consentimiento interior, sin una voluntad real y efectiva de contraer matrimonio, excluyendo el matrimonio mismo en la finalidad y en los derechos y obligaciones prefijados por la Ley, o bien un elemento o propiedad esencial del mismo»[115]. Esta definición presenta el común error de incluir en aquélla el elemento definido, por lo que no puede llegarse a ninguna conclusión.

¿En qué casos concretos se ha denegado la celebración del matrimonio? ¿Qué circunstancias han sido tenidas en cuenta tanto por los encargados del Registro civil como

(112) Art. 17.4 LO.

(113) Art. 19.2 LO.

(114) Cuyo precedente inmediato fue la también Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995.

(115) Señala la citada Instrucción: «El matrimonio, como acto o matrimonio "in fieri", es aquel negocio jurídico bilateral que da lugar a la relación jurídica matrimonial, o matrimonio "in facto esse". En tanto que negocio jurídico la declaración de voluntad de los contrayentes es el elemento básico del matrimonio "in fieri" por constituir la fuente de la relación jurídica, relación tipificada por el fin práctico definido para la misma por el ordenamiento jurídico, lo cual supone que el objeto y la causa del matrimonio están fijados de forma invariable y estricta por la Ley. Que el consentimiento de los esposos es el elemento esencial del matrimonio, que éste presenta un carácter intrínsecamente consensual, es cuestión pacífica en nuestra doctrina y ampliamente extendida en el Derecho comparado (en el que los autores que afirman el carácter de acto de Derecho público del matrimonio son minoritarios)».

por la DGRN? En todas las RRDGRN analizadas (RRDGRN de 16 de junio de 2001[116], 7 de junio de 2005[117], 14 de junio de 2005[118], 24 de mayo de 2006[119], 27 de junio de 2006[120], 16 de noviembre de 2006[121] y 2 de octubre de 2007[122]), la causa para entender que el matrimonio era nulo fue siempre la falta de conocimiento recíproco de los cónyuges. Sorprende, por una parte, el escaso número de resoluciones sobre la materia (no todas ellas confirmatorias, como puede verse), especialmente si tenemos en cuenta, como empezábamos este trabajo, que doctrina y legislación advertían del (supuesto) incremento de matrimonios simulados y, por otra, el atrevimiento del legislador a declarar como nulo el matrimonio cuando la única conclusión a la que llegaron es que los cónyuges no conocían la vida personal del otro y no que su consentimiento fuera nulo. A tal efecto, señala la propia DGRN que:

> «las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cfr. art. 386 L.E.C.)»[123].

En cuanto a la labor ejercida por el encargado del Registro civil respecto de los matrimonios por celebrarse o que ya se hayan celebrado y que deban inscribirse en el Registro civil, es interesante reflexionar sobre su capacidad de decidir en qué casos existe o no consentimiento matrimonial[124].

---

(116) Confirmando la decisión del encargado del Registro civil.

(117) Confirmando la decisión del encargado del Registro civil consular de España en Lima.

(118) Revocando la decisión del encargado del Registro civil central.

(119) Confirmando la decisión del encargado del Registro civil.

(120) Confirmando la decisión del encargado del Registro civil central.

(121) Confirmando la decisión del encargado del Registro civil consular en Cuba.

(122) Revocando la decisión del encargado del Registro civil consular en Cuba por falta de motivación.

(123) RDGRN de 24 de mayo de 2007, Fundamento de Derecho tercero.

(124) En cuanto a las cautelas que podría tomar el párroco en el caso de los matrimonios canónicos y en relación con la meritada Instrucción de la DGRN, *vid.* RODRÍGUEZ TORRENTE, «Los matrimonios simulados: repersuasiones canónicas de su tratamiento normativo civil», *Instituciones básicas, interacciones y zonas conflictivas de derecho canónico y derecho eclesiástico* (actas de las XXVIII Jornadas de actualidad canónica organizadas por la Asociación Española de Canonistas en Madrid, 26-28 de marzo de 2008), *op. cit.*, pp. 221-223. Sobre el particular diremos que en el caso de los matrimonios canónicos la cuestión se plantea mucho más sencilla que en el caso de los matrimonios civiles. La Iglesia católica, al haber mantenido de forma permanente el contenido de lo que deba entenderse por matrimonio tiene, simultáneamente, mejor criterio para determinar lo que es y lo que no es matrimonio, distinguiéndose entre motivos principales y accesorios del mismo. Esto, a su vez, permite distinguir entre errores sobre elementos principales y accesorios del matrimonio, de suerte que los primeros producen la nulidad del consentimiento prestado por error en el objeto. En nuestra opinión, y siguiendo la lógica jurídica del Código canónico, el párroco únicamente deberá preocuparse de si los contrayentes acuden a la institución matrimonial canónica para cumplir los fines del matrimonio sin perjuicio de que, además pero siempre de manera accesoria, quieran beneficiarse de consecuencias administrativas tales como la obtención de la nacionalidad o la reagrupación. Pero estos elementos, para quien desea verdaderamente el objeto al que presta el consentimiento, son consecuencias y, por tanto, tienen carácter meramente accesorio sobre el elemento principal al que se dirigió el consentimiento. Por tanto, las cautelas canónicas son matizadamente distintas que las previstas en la meritada Instrucción.

En el primer caso (matrimonios *in pectore*), es claro que el encargado del Registro civil, a la hora de conformar el expediente y realizar, en su caso, las oportunas entrevistas a los cónyuges, puede percibir la falta de consentimiento matrimonial y, por tanto, oponerse a su celebración[125]. Esta percepción, como hemos visto, lo será a partir de indicios y éstos estarán basados en lo que se entienda que es el matrimonio (*vid. supra*), es decir, cuál es el contenido al que consentir.

Más interesante aún es el caso del matrimonio ya celebrado y que haya de inscribirse en el Registro civil español (por ser un matrimonio canónico o por haberse celebrado ante autoridades extranjeras). En cuanto al supuesto en el que el encargado del Registro civil se limita a inscribir un matrimonio ya celebrado, la DGRN admite la posibilidad de que se oponga a la inscripción alegando que se trata de un matrimonio simulado[126], aunque carecen de consistencia argumentativa sus resoluciones sobre los indicios que hayan de tenerse en consideración para calificarlo de tal[127], de manera que, ante la duda de si nos hallamos ante un matrimonio nulo por simulación o no, debe procederse a la inscripción[128].

Especialmente interesante nos resulta la experiencia trasladada por SÁNCHEZ SÁNCHEZ[129]; magistrada encargada del Registro civil de Bilbao en su trabajo «Los matrimonios simulados», esencialmente en lo que se refiere a lo que la autora denomina como «síntomas característicos» propios de los matrimonios simulados. Nótese que ésta trata por tales únicamente aquéllos que se celebran entre un nacional español o de la Unión y un nacional de un tercer país[130], por lo que se trata del estudio de una forma específica de matrimonio simulado y no de *el*[131] matrimonio simulado[132].

---

(125) *Vid.* MARTÍNEZ DE MORETÓN LLAMAS, «Matrimonios simulados: de conveniencia, blancos, nulos. Problemática sobre su inscribibilidad ante la duda de la falta de consentimiento. La doctrina de la DGRN en torno al tema», *op. cit.*, p. 53.

(126) RDGRN de 18 de octubre de 1996.

(127) RDGRN de 23 de octubre de 1996 frente a la de 5 de diciembre de 1996.

(128) *Vid.* las RRDGRN citadas en MARTÍNEZ DE MORETÓN LLAMAS, «Matrimonios simulados: de conveniencia, blancos, nulos. Problemática sobre su inscribibilidad ante la duda de la falta de consentimiento. La doctrina de la DGRN en torno al tema», *op. cit.*, pp. 54-55.

(129) SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A., «Los matrimonios simulados», *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, coord. por Francisco Lledó Yagüe, Alicia Sánchez Sánchez y Oscar Monje Balmaseda, vol. 2, 2011 (Parte registral), pp. 157-182, pp. 158-159; *vid.*, también ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «¿Matrimonios mixtos o matrimonios de conveniencia?», *El foro: revista jurídico-cultural*, *op. cit.*, p.20, quien transcribe una de las entrevistas relativas a un matrimonio presuntamente simulado y cuya lectura recomendamos.

(130) SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A., «Los matrimonios simulados», *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, coord. por Francisco Lledó Yagüe, Alicia Sánchez Sánchez y Óscar Monje Balmaseda, vol. 2, 2011 (Parte registral), pp. 157-182, p. 157.

(131) Permítasenos esta licencia ortográfica.

(132) Precisamente a esto se refiere DIAGO DIAGO cuando señala que «En un sentido amplio son matrimonios de conveniencia […] todos aquellos matrimonios que mediante una apariencia matrimonial, pretenden conseguir un beneficio de cualquier tipo», aunque en un sentido práctico, más que estricto, por matrimonio de conveniencia se conoce aquél dirigido a la obtención de la nacionalidad o del estatuto de reagrupado, por lo que exige de uno o dos cónyuges extranjeros (DIAGO DIAGO, «Matrimonios por conveniencia», *op. cit.*, pp. 329-330).

Según la experiencia de esta magistrada, son indicios de simulación matrimonial los siguientes:

1. Situación de ilegalidad de uno de los cónyuges con entrada reciente en España como turistas y sin tarjeta de residencia, por lo que acreditan su identidad con el pasaporte;
2. Escaso conocimiento de los futuros contrayentes entre sí;
3. Falta de conocimiento del idioma español;
4. Posición desigual de la pareja presentándose, incluso, homosexuales nacionales europeos, para formar parte de uniones heterosexuales;
5. El miembro extranjero de la pareja ha sido asesorado por tercero que ha obtenido un beneficio económico por ello y que se repite en numerosos casos similares, siendo recurrente la persona que rellena los documentos precisos, los testigos e invitados en las bodas, con el domicilio igual en numerosas ocasiones;
6. Se trataría de personas (los cónyuges extranjeros) que podrían trabajar en los denominados como clubes de alterne, con, añadimos, la carga de explotación machista que ello supone; y, por último,
7. La existencia del precio deducida de los movimientos de desistimiento realizados en relación con ciertos expedientes.

Como puede verse, todas estas son exigencias propias de un matrimonio *tradicional* o *clásico*(133), sin que ninguna de ellas venga exigida por el CC en ningún momento.

VII. ITALIA

En Italia, la cuestión de la reagrupación familiar está regulada por el Decreto Legislativo núm. 286 de 25 de julio de 1998(134) (en adelante, DL), que ha sido modificado y completado ulteriormente por el Decreto Legislativo núm. 5, de 8 de enero de 2007(135) y por la Ley núm. 94, 15 de julio 2009, de seguridad(136). La norma será de aplicación únicamente a los nacionales de terceros países y apátridas tratados bajo la denominación común de «extranjeros» y no a los nacionales de Estados miembros de la Unión europea.

A estas personas se les podrá conceder un permiso de residencia durante un plazo de tres meses a dos años, dependiendo de la razón por la que pretendan residir en territorio nacional, siempre que no supongan un peligro para la seguridad nacional ni para el orden público. Presentada la solicitud de permiso de residencia por un sujeto cuya entrada en el territorio fuera regular, firmará un documento en el que se fijarán los objetivos específicos de integración que deben alcanzarse durante el período de validez del permiso de residencia. Dichos compromisos de integración son requisito imprescindible para la obtención del permiso de residencia permanente.

(133) Entiéndase ambos términos en el sentido del matrimonio anterior al vaciamiento conceptual del CC.

(134) *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*.

(135) *Attuazione della Direttiva 2003/86/CE relativa al diritto di ricongiungimento familiare.*

(136) *Legge de sicurezza pubblica*.

Podrá concederse el permiso de residencia por un período de dos años renovable con la finalidad de reagrupación familiar (cuyo beneficiario será el cónyuge del solicitante no separado legalmente y mayor de dieciocho años), para los niños (incluidos los del cónyuge o nacidos fuera del matrimonio), así como para los hijos mayores de edad o los padres de los cónyuges en determinadas circunstancias(137). Podrán solicitar la reagrupación los titulares de la tarjeta de residencia por un período no inferior a un año. El solicitante de la reagrupación deberá demostrar la tenencia de una vivienda adecuada y de unos ingresos proporcionales a sus necesidades. La solicitud de reagrupación familiar se rechazará si queda probado que el matrimonio tenía únicamente por objeto permitir esta reagrupación(138).

En Italia, la adquisición de la nacionalidad italiana se regula en la Ley núm. 2 de 5 de febrero de 1992, de ciudadanía(139) (en adelante, Ley de ciudadanía). De acuerdo con su art. 5, el cónyuge extranjero del ciudadano italiano adquirirá la nacionalidad italiana cuando resida legalmente durante, al menos, seis meses en el territorio de la República, siempre que hubieran transcurrido tres años desde la fecha de celebración del matrimonio y que no se hubiera producido la disolución o la anulación del vínculo, o, incluso, la separación de hecho. Estos plazos se reducen a la mitad en el caso de que existieran hijos nacidos de ambos cónyuges o adoptados por ellos(140). Por su parte, el derecho a recibir los beneficios sociales (tales como seguro de salud, el derecho a estudiar, etc.) en Italia, aunque facilitado por el matrimonio, está directamente relacionado con la tenencia de un permiso de residencia válido y la inscripción en el registro del ayuntamiento correspondiente.

El Código civil italiano (en adelante, CC italiano) regula específicamente las formas preliminares del matrimonio en sus arts. 93 y siguientes, mediante la publicación en el municipio de las oportunas proclamas previa la solicitud en este sentido al encargado del Registro civil. Dicha publicación contendrá los documentos señalados en el art. 97 CC italiano. El fiscal se opondrá siempre a la celebración del matrimonio para el caso de que sepa de la existencia de un impedimento matrimonial(141), entre los que pueden incluirse la falta de consentimiento matrimonial. La oposición se comunicará en la debida forma a los cónyuges *in pectore* y al encargado del Registro civil del municipio donde pretenda celebrarse(142), lo que conllevará la suspensión de la celebración del matrimonio hasta que recaiga sentencia firme sobre la materia(143).

En cuanto al matrimonio de los italianos celebrado en el extranjero, éste se sujetará a la forma italiana, con especial hincapié en la publicación del casamiento, de manera que ésta se efectuará no sólo en el Estado extranjero sino, además, en el último domicilio en Italia del futuro cónyuge(144).

---

(137) Art. 29 DL tras la reforma de 2007.

(138) Art. 29.9 DL.

(139) *Legge de cittadinanza*.

(140) Art. 5 de la Ley de ciudadanía tras la modificación de la Ley núm. 94/2009.

(141) Art. 102 CC italiano.

(142) Art. 103 CC italiano.

(143) Art. 104 CC italiano.

(144) Art. 115 CC italiano.

Cuando sean dos extranjeros los que quieran contraer matrimonio en Italia, aquéllos deberán presentar una declaración emitida por las autoridades competentes en materia de estado civil de su país y por el que se declare la legalidad de la boda. Si el extranjero tuviera su domicilio en Italia, se aplicarán las normas de publicación establecidas en el CC italiano(145).

En cuanto a la nulidad del matrimonio, ésta se regula en los arts. 117-129 bis CC italiano, previéndose expresamente para el caso de simulación(146). Por éste, el matrimonio podrá ser impugnado por cualquiera de los cónyuges cuando éstos hubieran acordado no cumplir con sus obligaciones ni ejercer sus derechos al efecto. Pero la acción no podrá ejercerse transcurrido un año desde la celebración para el caso de que los cónyuges hubieran vivido juntos como marido y mujer tras su celebración.

VIII. PORTUGAL

En Portugal, tras la reforma de 2007, la entrada y la residencia de los nacionales de terceros países tasados quedan sujetas a la concesión de un visado. Para el caso de los cónyuges de nacionales portugueses, podrán entrar y residir en territorio portugués sin necesidad de cohabitación y siempre que el cónyuge no portugués no constituya un peligro para la seguridad nacional, el orden o la salud pública(147).

Los derechos de reagrupamiento familiar se extienden al cónyuge del residente(148) siempre que este último resida legalmente en Portugal(149). Si bien, con carácter general, el permiso de residencia del reagrupado depende de la suerte que corra la del reagrupante, la primera autorización de residencia concedida al cónyuge al amparo del reagrupamiento familiar será autónoma siempre que éste se hallare casado y llevara más de cinco años como residente(150).

La Ley 7/2001, de 11 de mayo, de parejas de hecho(151), modificada por la Ley núm. 23/2010, en su art. 2, impide la atribución de derechos y beneficios en vida o muerte fundados en una unión de hecho cuando los miembros de la unión de hecho fueran menores de dieciocho años.

Por su parte, la Ley núm. 37/81, de nacionalidad(152), modificada por la Ley 25/95 y la 2/06, establece en su art. 3 que el extranjero casado con un portugués podrá adquirir la nacionalidad portuguesa por medio de una declaración en la que se haga constar el casa-

(145) Art. 116 CC italiano.

(146) Art. 123 CC italiano.

(147) *Lei que aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional*/Ley núm. 23/2007, de 4 de julio, por la que se aprueba el régimen jurídico de entrada permanencia, salida y residencia de extranjeros en el territorio nacional.

(148) Art. 99 en relación con el 98.

(149) Art. 98.1.

(150) Art. 107.5.

(151) *Lei que adopta medidas de protecção das uniões de facto*.

(152) *Lei da Nacionalidade*.

miento. También prevé este artículo que la dejación sin efecto del matrimonio no perjudica al cónyuge que se hubiera casado de buena fe[153].

La pérdida de la nacionalidad se regula en los arts. 9 y siguientes y se basa, entre otros motivos, en la falta de relación con la comunidad nacional portuguesa, lo que, añadimos, puede deducirse por su conocimiento de lengua portuguesa.

La anulación del matrimonio se rige por los arts. 1.631 y siguientes del Código civil portugués (en adelante, el CC portugués), declarándose nulo el celebrado, por uno o ambos cónyuges, «con falta de voluntad o con voluntad ficticia por error o coacción»[154], y declarándose específicamente como nulo el matrimonio celebrado simuladamente[155]. Por su parte y, por último, el art. 1.640 CC portugués relativo a la anulación basada en la falta de voluntad establece que esta anulación podrá ser exigida por los propios cónyuges o por las personas perjudicadas por el casamiento con el límite temporal del art. 1.644 CC portugués.

IX. CONCLUSIONES

1. La simulación, en general, se produce cuando la voluntad manifestada no es la querida. El matrimonio es simulado cuando uno o ambos cónyuges dirigen su consentimiento no al matrimonio mismo sino sólo a sus consecuencias. Una de estas consecuencias del matrimonio es la adquisición del derecho de residencia de la nacionalidad del otro cónyuge;
2. Los códigos civiles han vaciado progresivamente de contenido definitorio el matrimonio, de manera que éste es lo que los cónyuges quieren que sea. Esto ha generado el problema de que no pueda venirse en conocimiento de cuál sea la causa matrimonial (porque hay tantas causas como matrimonios) e impide, por definición, declarar un consentimiento matrimonial como nulo, salvo que las partes manifiesten expresamente que lo es;
3. Esta indefinición afecta a la identificación de los matrimonios nulos por falta de consentimiento. En este sentido, la legislación ha optado por vaciar de contenido el matrimonio pero, después, identifica como simulados los que no se ajusten a un patrón que podríamos denominar como *tradicional*. Esto es inadmisible por atentar contra la libre configuración de cada matrimonio por parte de sus integrantes;
4. En nuestra opinión, la forma más adecuada para entender qué debe considerarse como matrimonio nulo por simulado no es tanto preguntarse qué es un matrimonio sino qué *no* es matrimonio, también por integración de las normas. No entramos a juzgar la configuración que del matrimonio hagan los cónyuges, sino a interpretar la finalidad legal del matrimonio o la *no* finalidad legal del matrimonio. Y no es matrimonio aquél que se dirige a sus consecuencias y no a su causa. La adquisición de la nacionalidad de la residencia por matrimonio está prevista como consecuencia, con otros requisitos, del casamiento, y no como razón para contraerlo;

(153) Aunque el matrimonio también puede producir el efecto inverso de pérdida de nacionalidad portuguesa a tenor del art. 30 (*vid.*, en relación con el anterior, art. 33).

(154) Art. 1.631.b CC portugués.

(155) Art. 1.635 CC portugués.

5. ¿Y cómo acreditar que el matrimonio celebrado lo es con la intención de adquirir esta nacionalidad o la residencia? Entendemos que no hay otro medio de prueba que la declaración expresa de los interesados sin que, por ejemplo, la mediación de precio pueda considerarse como única causa para denegar la celebración del matrimonio o para anularlo. Y ello es así porque la existencia del precio no significa necesariamente que se haya contraído *por* dinero sino, simplemente, *con* dinero, lo que no es lo mismo. Y, por otra parte, porque en caso de duda debe priorizarse el derecho al casamiento;
6. Por último, de la evolución legislativa en materia de matrimonio, puede deducirse que la preocupación del legislador no es en modo alguno la validez o nulidad del negocio (el matrimonio) celebrado, sino las consecuencias que en sus arcas puede tener el acceso de determinados sujetos a beneficios de cualquier tipo por medio del matrimonio.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., «¿Matrimonios mixtos o matrimonios de conveniencia?», *El foro: revista jurídico-cultural*, año 3, núm. 4, 1996, pp. 20-24.

CABRILLO, F., «Dinero, amistad y mujeres», sección La cárcel de papel, *Actualidad económica*, núm. 2719, mayo 2012, p. 18.

DIAGO DIAGO, M. P., «Matrimonios por conveniencia», *Actualidad civil*, núm. 2, 1996, pp. 329-347; FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «De la ficción a la realidad: La creciente problemática de los matrimonios de conveniencia en España», *Revista de derecho privado*, año núm. 82, septiembre, 1998, pp. 628-645.

GALA VALLEJO, C. «Matrimonios de conveniencia», *El graduado. Boletín informativo del Colegio de graduados sociales de Madrid*, Recuperado de <http://www.elgraduado.es/50/matrimonios_conveniencia.html>.

FERNÁNDEZ MASIÁ, E., «Problemas derivados de la celebración e inscripción de matrimonios simulados», *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 25, 1999, pp. 137-158.

MARTÍNEZ DE MORETÓN LLAMAS, M. L., «Matrimonios simulados: de conveniencia, blancos, nulos. Problemática sobre su inscribibilidad ante la duda de la falta de consentimiento. La doctrina de la DGRN en torno al tema», *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 15, 2004, pp. 47-56.

RODRÍGUEZ TORRENTE, J., «Los matrimonios simulados: repersuasiones canónicas de su tratamiento normativo civil», *Instituciones básicas, interacciones y zonas conflictivas de derecho canónico y derecho eclesiástico* (actas de las XXVIII Jornadas de actualidad canónica organizadas por la Asociación Española de Canonistas en Madrid, 26-28 de marzo de 2008), coord. por Rafael Rodríguez Chacón y Cristina Guzmán Pérez, 2009, pp. 189-226.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A., «Los matrimonios simulados», *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, coord. por Francisco Lledó Yagüe, Alicia Sánchez Sánchez y Oscar Monje Balmaseda, vol. 2, 2011 (Parte registral), pp. 157-182.

— *La fraude en matiere d'etat civil dans les etats membres de la CIEC*, Commission internationale de l'etat civil (CIEC), Edition actualisée de l'étude publiée en 1996, Strasbourg, diciembre de 2000.

— *Il matrimoni simulati. Studio sui matrimoni di convenienzia negli Stati membri della CIEC*, Commissione internazionale dello stato civile (CIEC), traducción italiana del texto francés editado por la Secretaría general, Strasbourg, marzo de 2010.

CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO EN RELACIÓN CON LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA (A PROPÓSITO DE LA STS NÚM. 825/2011, DE 23 DE NOVIEMBRE)

BELÉN CASADO CASADO

Profesora Contratada Doctor de Derecho Civil
Universidad de Málaga

RESUMEN

Carácter constitutivo de la sentencia de divorcio en relación con la extinción de la pensión compensatoria

Planteamos en este trabajo, al hilo del comentario de esta sentencia, la posible modificación en el posterior proceso de divorcio de las medidas adoptadas judicialmente en un proceso de separación cuando no ha habido alteración sustancial de circunstancias. Igualmente, entramos a analizar el valor de la libertad de pactos y acuerdos de los cónyuges dentro y fuera del proceso matrimonial, y el carácter obligatorio de los mismos. La retroactividad o irretroactividad de efectos de lo establecido tanto en el convenio regulador, como tal aprobado u homologado judicialmente, como en cualquier pacto privado no sometido a valoración judicial, así como la necesidad de establecer una diferenciación entre el contenido dispositivo e imperativo de estos acuerdos.

Palabras Clave: Divorcio, modificación de medidas, autonomía de la voluntad, convenio regulador, pensión compensatoria, procesos matrimoniales.

ABSTRACT

Constitutive nature of divorce decrees in connection with the extinction of the alimony

In this work we bring up, in connection with the commentary of this decree, the possible revision in the subsequent processes of divorce of those measures judicially adopted in a separation process when there has not been a substantial alteration of circumstances. At the same time, we go into analyzing the value of the freedom of pacts and agreements inside and outside the matrimonial process, and their compulsory nature. The retroactive or non-retroactive nature of effects of what has been established in both, the divorce agreement itself, judicially agreed and homologated, and in the private agreements, outside the judicial assessment, as well as the need to distinguish between the mandatory and non-mandatory content these agreements.

Key Words: Divorce, revision of measures, autonomy of will, divorce agreement, alimony, matrimonial processes.

SUMARIO

I. RESUMEN DE LA SENTENCIA.

II. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO.

III. EL CONVENIO REGULADOR Y LOS PACTOS *INTER PARTES*. EFICACIA. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

IV. MODIFICACIÓN DE MEDIDAS EN EL PROCESO MATRIMONIAL POR VALORACIÓN NUEVA O POR CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS. RETROACTIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD DE EFECTOS DE LA SENTENCIA.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

I. RESUMEN DE LA SENTENCIA

Los hechos que se detallan en esta sentencia son los siguientes: una pareja contrae matrimonio en el año 1981, fruto de esa relación nacen dos hijos que en el momento de la sentencia son mayores de edad. En el año 2004 se dicta sentencia de separación de los cónyuges que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Bizkaia en el año 2006. En ella se acordaron las siguientes medidas: a) uso y disfrute de la vivienda conyugal a favor de la esposa, b) pensión compensatoria atribuida a la esposa de 2000 euros durante cinco años y 1500 euros durante los tres siguientes, hasta completar el período de ocho años. El establecimiento del derecho de uso y disfrute de la vivienda así como de la pensión compensatoria nace pues del pacto entre las partes y dicho pacto recibe la posterior homologación judicial en la sentencia de separación.

En el año 2007 el esposo formula demanda de divorcio con petición de modificación de medidas: a) atribución del uso de la vivienda alegando que la esposa no la utilizaba y b) extinción de la pensión compensatoria con efectos desde enero del año 2005 por relación de pareja con otra persona y por trabajo remunerado, con devolución de cantidades recibidas con posterioridad a esa fecha. La esposa se opone a la demanda y alega que el marido no había hecho frente a su obligación de pago de las pensiones y de otros gastos generados por el inmueble que en su día fue el domicilio familiar. Pero no se especifica cuáles son las cuantías pendientes de pago por esos dos conceptos y desde qué fecha se ha producido el incumplimiento.

El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Santoña, en sentencia de 9 de febrero de 2009, acordó el divorcio y mantuvo las medidas establecidas en la sentencia de separación con el argumento de que el demandante conocía el hecho de la convivencia desde el momento de la separación, y no se opuso a la pensión. Entiende que ese hecho debió ser invocado en aquel momento conforme al art. 400 LEC y no resulta procedente alegarlo en un momento posterior.

El esposo recurre en apelación y la Audiencia Provincial de Santander, sección 2, de 13 de enero de 2010 estimó el recurso. Los argumentos para revocar la sentencia dictada en Primera Instancia fueron que la convivencia marital de la señora era un hecho incontrovertido, que la ley expresamente lo recoge como causa de extinción del derecho a la pensión, y que el marido podía reservarse la alegación de esta causa para un momento posterior. Establece la extinción de la pensión compensatoria desde el momento de la sentencia de divorcio, entendiendo que ésta tiene efectos constitutivos.

El marido recurre en casación al Tribunal Supremo al opinar que se había vulnerado el art. 101 en relación al momento de extinción de la pensión compensatoria. La sentencia recurrida sigue la corriente mayoritaria que entiende que la extinción opera desde la fecha de la sentencia, sin efecto retroactivo, pero el marido defiende que existe cierta contradicción en este sentido puesto que hay pronunciamientos judiciales que sostienen que es posible retrotraer los efectos de extinción de la pensión al tiempo de concurrencia de la causa. La petición en casación se funda exclusivamente en este motivo, es decir, que los efectos de la sentencia se retrotraigan al momento que se produjo la causa.

Manifiesta el Tribunal Supremo que debe valorarse si la sentencia de divorcio debe respetar las medidas adoptadas en la sentencia de separación o pueden producir efectos distintos cuando las circunstancias han cambiado y sean inútiles las anteriores medidas.

Recogemos el argumento del Tribunal por su trascendencia para el estudio de las cuestiones que planteamos con posterioridad. Dispone literalmente el Tribunal Supremo en su Fundamento de Derecho Quinto que… *si bien, como regla general, los efectos de la separación se consolidan con el divorcio, no necesariamente debe ocurrir así, porque el divorcio es una* ***situación nueva*** *que puede dar lugar a unos efectos distintos a la separación, derivados de su propia naturaleza extintiva del matrimonio, tal como establece el art. 86 CC. El divorcio es distinto de la separación y por ello pueden* ***replantearse*** *todas las medidas tomadas en la primera, entre ellas la de la pensión compensatoria.* ***La Ley ha previsto un procedimiento de modificación de medidas para los casos en que la situación de base que ha solucionado la crisis matrimonial no haya cambiado; por ello, con mayor razón, puede plantearse una modificación en el procedimiento de divorcio, puesto que se trata de una nueva situación que exigirá nuevas soluciones. Por ello se va a exigir que se pida la ratificación de las anteriores medidas, ya que de otro modo, deberían plantearse de nuevo todas y cada una de ellas.***

En conclusión, el divorcio constituye una nueva y distinta solución que será definitiva desde el momento de la firmeza de la sentencia, que en este aspecto, es constitutiva y por ello, todos sus efectos se van a producir desde la firmeza de la sentencia de divorcio[1].

Continúa diciendo que si el deudor ha consentido o pactado que se establezca la pensión conociendo la concurrencia de la causa de extinción en el procedimiento de la separación, puede pedir que se extinga en el momento del divorcio. Es posible alegar la causa concurrente, por la característica constitutiva del divorcio. Pero esta nueva situación sólo será efectiva desde la sentencia de divorcio y, por tanto, no puede ser retroactiva al momento de la demanda.

Finalmente y por ello, no casa la sentencia de la Audiencia y repite los argumentos anteriores dándole, desde nuestro punto de vista, un nuevo matiz, ya que menciona la irretroactividad de efectos por el conocimiento de la causa de extinción y por el consentimiento («pacto») en la imposición del pago de la pensión, puesto que no planteó con anterioridad modificación de medidas y mantuvo lo dispuesto en la sentencia de separación (antes expone que esta irretroactividad es por el carácter constitutivo de la sentencia); y

(1) La negrita es nuestra.

señala que la prueba de la causa de extinción sin más permite la extinción de la pensión compensatoria con efectividad desde la sentencia de divorcio. No obstante, con anterioridad menciona cómo el tribunal de primera instancia había aplicado la que llama teoría del consentimiento, que desestimó la demanda en base a la teoría de los actos propios y al principio de buena fe, exponiendo que se aparta radicalmente de este pronunciamiento.

Un dato curioso es que no impone condena en costas por *la dificultad del problema planteado, sobre el que esta Sala no había tenido ocasión de pronunciarse*.

No hay más argumentación jurídica que la expuesta, la mayoría reflejada en este texto en su dicción literal, esto es, no hemos recogido una síntesis de la argumentación sino un reflejo textual del Fundamento de Derecho Quinto y Sexto que resuelven la cuestión litigiosa. Ya vemos cómo causa cierta perplejidad que ante la dificultad del asunto, manifestada y declarada por la propia Sala, el pronunciamiento de resolución sea de esta brevedad. Es el denominado carácter constitutivo de la sentencia de divorcio el que permite cualquier modificación o alteración de las medidas acordadas en la sentencia de separación por ser una resolución *ex novo*, y entendemos que es también este carácter constitutivo, en opinión de la Sala, el que fundamenta la irretroactividad; y el conocimiento y consentimiento por el deudor, anterior a la sentencia de separación, de la causa de extinción de la pensión, el que apoya también la irretroactividad de efectos, según concluimos desde una interpretación literal de los fundamentos jurídicos de la sentencia, pues ese consentimiento manifiesta una voluntad de pacto.

II. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

Tras la reforma del Código Civil con la Ley 15/2005, de 8 de julio, el proceso de separación y divorcio se descausaliza; se habla de divorcio-remedio, y se rechaza ya la idea del divorcio como sanción, puesto que el legislador opta por hacer primar el ámbito de la libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial. Así expresamente queda manifestado en la Exposición de Motivos de dicha Ley. Y esta libertad (el matrimonio se configura como cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad, art. 10 CE) llega hasta la supresión de la necesidad de petición de separación con anterioridad al divorcio, de tal manera que sería posible la ruptura total del vínculo matrimonial pasados tres meses desde el nacimiento del mismo (art. 81 CC). Estos son los principios fundamentales inspiradores de la reforma, realizada con el propósito de adecuar el derecho a la nueva realidad social. Pero aun siendo posible el divorcio sin separación, podemos encontrar situaciones en las que exista separación judicial y posterior divorcio, ya que es una cuestión de opción y valoración personal o ideológica de los cónyuges.

La regulación del proceso de separación y divorcio, y sus efectos, es muy similar (arts. 81 y 86 CC, arts. 769 y ss LEC). Por otro lado, el art. 90 CC establece el contenido del convenio regulador común para ambos procedimientos. Este convenio regulador se convierte en instrumento jurídico de autorregulación de intereses por las partes. Se denomina negocio jurídico de derecho de familia sometido a valoración judicial. El principio de autonomía de la voluntad de las partes se manifiesta en su integridad en los siguientes puntos:

— Por un lado, la formulación legal del contenido del convenio es amplia, pero al mismo tiempo se configura como «mínima», esto es, no veda la posibilidad de introducir otras medidas diversas de las expresadas en dicho artículo[(2)].

— Las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el ámbito de la libertad para la autorregulación por las partes defienden de forma unánime una total libertad sobre los aspectos de índole patrimonial o económica, mientras que entienden se restringe por vía judicial esta libertad en las medidas relacionadas con los menores. La intervención estatal llega por tanto a materia de menores, por ser asunto de orden público, por estar configurado como principio general del derecho dicha protección, con reconocimiento expreso en la ley de este principio, por tener este también incidencia en normativa internacional[(3)].

— Conforme a la dicción literal del art. 90, sólo si no hay acuerdo el juez determinará lo procedente, pero en caso de haberlo será aprobado por el juez salvo si lo acordado es «gravemente perjudicial para uno de los cónyuges». Pero la intervención del juez en este ámbito se reduce a una aprobación formal del acuerdo, que no de la declaración de la separación o el divorcio, puesto que ésta opera con carácter constitutivo (*vid.* arts. 81 y 86 CC y Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, al subrayar que «la intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimiento de modificación. Sólo en estos casos deberá dictar una resolución en la que se impongan las medidas que sean precisas». La mención literal de la normativa ya por sí misma está determinando que la no aprobación de lo propuesto en el convenio sea restringida. De hecho, en la práctica no son rechazadas las propuestas de convenio regulador por apreciar esta situación perjudicial para uno de los cónyuges, aunque pudiera darse el grave perjuicio. Digamos que la práctica judicial favorece aún más esta libertad de autorregulación.

— La libertad es total, e igualmente el valor jurídico del pacto, en las situaciones de acuerdo sin homologación judicial. Así se ha pronunciado la Jurisprudencia en varias ocasiones[(4)] . Y nadie cuestiona el valor jurídico de un pacto entre las partes en las circunstancias de separación de hecho.

La sustanciación del proceso judicial de separación o divorcio tampoco varía (arts. 769 y ss. LEC). La cuestión principal estriba en dilucidar si las medidas acordadas en el procedimiento de separación pueden ser modificadas en el procedimiento de divorcio, o

(2) ALFONSO RODRÍGUEZ, M. E., comentario al art. 90 CC, en *Código Civil comentado*, vol. I, Directores: Cañizares Laso, de Pablo Contreras, Orduña Moreno, Valpuesta Fernández, Navarra, 2011, pp. 489 y ss.

(3) *Vid.* art. 3 Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ratificada por España en 1990, arts. 53.3 y 39 CE y art. 2 LOPJM. *Vid.*, también, ALFONSO RODRÍGUEZ, M. E., *Código Civil comentado*, *op. cit.*, p. 494, donde se recoge la línea jurisprudencial; en este sentido SSTS de 21 de diciembre de 1998, 23 de diciembre de 1998, 11 de julio de 2006 y la RDGRN de 1 de septiembre de 1998.

(4) ALFONSO RODRÍGUEZ, M.E., *op. cit.*, p. 494: «… si se trata de cuestiones sobre las que los esposos tienen pleno poder de disposición, producirán efectos entre ellos, no frente a terceros, con plena y absoluta independencia de que no quedará homologado judicialmente, enmarcándose todos esos acuerdos en el ejercicio de la autonomía privada (art. 1255 CC)».

estaría el juez vinculado por ellas. Pues bien, el art. 775.1 LEC permite la modificación de medidas definitivas «siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas», y ya hayan sido éstas adoptadas por mutuo acuerdo o adoptadas por el juez en defecto de acuerdo. El art. 90 CC dispone de la misma manera estableciendo la posibilidad de modificación por cambio sustancial en las circunstancias.

El procedimiento de divorcio se puede aprovechar como cauce judicial para modificar las medidas adoptadas en la separación cuando han cambiado dichas circunstancias, probando por tanto dicha alteración, que además debe ser sustancial. Pero, *a sensu contrario*, ¿estaría el juez del divorcio vinculado por lo acordado en la separación si no han cambiado estas circunstancias? Con ello los efectos de la separación seguirían teniendo vigencia en el tiempo, aunque pudiera plantearse en cualquier momento la modificación de medidas si se diera la alteración sustancial de circunstancias.

Pues bien, no está clara esta afirmación a nivel jurisprudencial y doctrinal. No sólo se plantea la posible modificación o supresión de medidas en la sentencia de divorcio con carácter *ex novo*, sin estar sometida a prueba de alteración sustancial de circunstancias, sino que además se llega incluso al planteamiento de que es necesario en el cauce procesal pedir la ratificación de las medidas adoptadas en la separación, puesto que, de no ser así, dejarían de tener efecto tras la sentencia de divorcio. En este sentido se han pronunciado la Jurisprudencia y la Doctrina. Así, por ejemplo, R. LLORENTE PINTOS[(5)] recoge resoluciones a favor y en contra de este planteamiento; resoluciones como: AP de Barcelona (Sección 18.ª), Auto núm. 249/2008, de 7 de octubre (*La sentencia de divorcio constituyó una nueva situación jurídica, teniendo efectos constitutivos según se infiere de lo dispuesto en el art. 89 CC, y así se deduce de los arts. 76 CE y 774.4 LEC sobre las medidas que hayan de sustituir a las adoptadas antes. Y puesto que en el procedimiento de divorcio nada se peticionó de forma expresa sobre el particular, perteneciendo al ámbito del principio dispositivo, la sentencia, por un mínimo de congruencia nada pudo decidir; si ello es así es obvia la improcedencia de una ejecución basada en un título que ninguna referencia hace al objeto de ejecución, por todo lo cual y sin necesidad de mayores argumentaciones debemos desestimar el recurso que se examina*); AP de Pontevedra (Sección 6.ª), sentencia núm. 435/2007, de 19 de julio; AP de Pontevedra (Sección 1.ª), sentencia núm. 98/1999, de 26 de febrero (*Es obvio que la pensión compensatoria es materia sobre la que el tribunal no puede pronunciarse de oficio, en cuanto que está en la órbita de la facultad dispositiva de las partes. De ahí que, y en cumplimiento de la norma antes citada, sea criterio aceptado por las Audiencias Provinciales la necesidad de que su petición por el demandada se haga en demandada reconvencional*), Sección 22.ª de la AP de Madrid en su Auto 234/2008 (*…la atribución del uso de la vivienda familiar acordada en el convenio de separación aprobado por la correspondiente sentencia no pervive porque no hay pronunciamiento sobre tal medida en la sentencia de divorcio y también porque no hay petición sobre tal medida en los escritos rectores en este proceso y dicha medida en el caso que nos ocupa está bajo el principio dispositivo…*).

(5) «Una nueva vía de extinción de la pensión compensatoria: la sustitución de medidas en el divorcio», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 50, 2011, pp. 21-48.

Igualmente en la obra de LLORENTE PINTOS antes citada encontramos resoluciones judiciales en contra de este llamado «principio de sustitución», argumentando con ello totalmente lo contrario: AP de Córdoba, Sección 3.ª, Auto 21/2004, de 27 de febrero (*… pues, esta sentencia de divorcio de 1 de octubre de 2002 no surte sus efectos de modo aislado y con total independencia de la separación y del convenio regulador que está insito en su espíritu como base del pronunciamiento, sino formando un todo indisoluble con ellos, ya que, sin su estimativa en conjunto, no es factible la interpretación precisa de la misma…*). La Audiencia Provincial de Granada en varias resoluciones ha mantenido el criterio de que en las sentencias de divorcio que han ido precedidas de otra de separación no es necesario que se acuerden nuevas medidas ni se modifiquen las ya establecidas, aunque para evitar equívocos recomienda que la sentencia de divorcio se manifieste expresamente sobre las medidas que produce, aun con la fórmula de que se mantengan las dictadas en la separación, la falta de pronunciamiento o resolución sobre alguna de ellas comportará que siga desplegando sus efectos la medida anteriormente adoptada y en base al título que la adoptó —sentencia de separación— hasta tanto concurra causa de extinción, carácter que no tiene necesariamente la sentencia posterior de divorcio; AP (Sección 3.ª), Sentencia núm. 390/2003, de 28 de abril; AP de Granada (Sección 5.ª), Sentencia núm. 95/2010, de 26 de febrero[(6)].

III. EL CONVENIO REGULADOR Y LOS PACTOS *INTER PARTES*. EFICACIA. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

En el proceso matrimonial de separación o divorcio es necesaria la presentación por las partes de la llamada «propuesta de convenio regulador», que se convierte posteriormente en convenio regulador tras la aprobación u homologación judicial. Por ello se habla de negocio jurídico de derecho de familia[(7)] sometido a la intervención judicial, como negocio jurídico especial o mixto dotado de contenido dispositivo e imperativo. Si esto es así ya

(6) Es significativa también la SAP de Vizcaya por la que la pensión compensatoria a favor de la esposa establecida en la anterior sentencia de separación se mantiene en un procedimiento de divorcio en el que la esposa estuvo en situación procesal de rebeldía y por lo tanto no pidió mediante reconvención la continuación de la pensión compensatoria. *Vid.* AP de Vizcaya, Sección 4.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2009.

Vid. MONTERO AROCA, J., *La pensión compensatoria en la sentencia de separación y en el divorcio (La aplicación práctica de los arts. 97, 00, 100 y 101 del Código Civil),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 120; recoge también en este sentido, entre otras, la SAP de Valladolid de 10 de julio de 1998 (*… es obvio que solicitada y obtenida dicha pensión en el procedimiento de separación, ninguna necesidad existe de reproducir dicha petición al tiempo del divorcio, pues el examen de las condiciones y requisitos precisos para obtener el reconocimiento a dicha pretensión fue efectuada ya al tiempo de la separación, siendo absolutamente innecesario pedir en el juicio de divorcio lo que ya se obtuvo al tiempo de la separación cuando la ruptura matrimonial se produjo*).

(7) TORRERO MUÑOZ, M., *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, coord. por LLOPIS GINER, J.M., Madrid, 2006, p. 25.

GIL MIQUEO, J., *Derecho de familia: procesos matrimoniales, convenio regulador, ejecución de sentencias, recursos, régimen tributario, familia y extranjería, parejas estables y otras vinculaciones personales y patrimoniales,* coord. por VILLAGRASA ALCAIDE, C., «El convenio regulador», 2011, pp. 333 y ss.

STS de 26 de enero de 1993 (RJ 1993/365) 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 queridos por las partes; se limita a homologarlo, después de que se comprueba que no es gravemente perjudicial para uno de los cónyu-

de entrada podemos intuir que el ámbito de la autonomía de la voluntad de todo negocio jurídico se verá mermado, naturalmente, por el contenido imperativo. También debemos tener en cuenta que puede haber un antes o un después de dicho convenio, ya que las partes pueden haber regulado sus intereses de forma particular o privada sin sometimiento a la intervención judicial o pueden modificar también de manera particular o privada lo aprobado en dicho convenio, para dejarlo así o para someterlo después a nueva aprobación judicial.

Debemos partir entonces, en primer lugar, de la diferenciación de conceptos, para no confundir la base normativa de aplicación de cada ámbito; una cosa es el convenio regulador propiamente, que será aquel cuyo contenido se detalla en el art. 90 CC y que a nivel procesal sigue los cauces de los arts. 777 y ss. LEC para los procesos matrimoniales, y otra cosa será, como término jurídico independiente, el acuerdo o pacto privado entre las partes fuera del cauce procesal y de la operatividad o practicidad del art. 90 CC. Nos referimos a cualquier pacto realizado en cualquier momento temporal por los cónyuges, bien como consecuencia de una separación de hecho, bien antes o después de una separación judicial o divorcio[(8)], que adquiere fuerza obligatoria por sí mismo producto de la autonomía de la voluntad de las partes. El contenido, la forma, el momento temporal, el posible carácter condicional, etc., es derivado de la capacidad de obrar de los sujetos intervinientes, del acuerdo o consentimiento de las partes y de nada más. Estos serán los llamados pactos o acuerdos que pueden ser elevados a escritura pública, que pueden ser posteriormente sometidos a la aprobación judicial y que participan propiamente de los caracteres de cualquier negocio jurídico[(9)].

Desde el punto de vista del convenio regulador el planteamiento que hacemos a nivel jurídico tiene que ver con la eficacia del pacto tras la homologación. Se entiende con ello que esta propuesta se convierte en convenio propiamente y adquiere eficacia jurídica tras la homologación. Por ello algunos autores hablan del convenio regulador como de una transacción sometida a condición, consistente en la homologación o aprobación judicial[(10)].

El Código civil señala que el juez no aprobará el convenio cuando resulte lesivo para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges. La intervención judicial en materia de menores no se discute pero en la práctica no se produce dicha intervención en lo relacionado con los cónyuges. Así la SAP de Madrid de 6 de marzo de 1998 dispone literalmente[(11)] que e*s difícilmente concebible, en el vigente estado de nuestro ordenamiento, la fiscalización por los órganos jurisdiccionales de las cláusulas que tengan una repercusión directa y exclusiva sobre los propios cónyuges. En efecto, y a salvo de aquellas*

---

ges o para los hijos, pero de ninguna manera examina la corrección contable y valorativa de las operaciones liquidatorias ni mucho menos la ausencia de vicios de la voluntad en el consentimiento prestado a las mismas por los cónyuges.

(8) En este sentido *vid.* MONTERO AROCA, J., *El convenio regulador en la separación y el divorcio (La aplicación práctica del artículo 90 del Código Civil)*, Valencia, 2002, pp. 16 y ss.

(9) Sería posible también la formalización de pactos privados en el convenio regulador que no formen parte del contenido obligatorio legal del convenio. Si son homologados también tendrían fuerza ejecutiva.

(10) MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, p. 71, recogiendo la opinión de sentencias como la SAP de Castellón de 3 de mayo de 2001, de Alicante de 17 de septiembre de 2000 y de Córdoba de 17 de marzo de 2000.

(11) Sentencia recogida por MONTERO AROCA, J., *op. cit.,* p. 73.

hipótesis en que las mismas fueran contrarias a las leyes, a la moral o al orden público, parece dicha previsión legal una obsoleta reminiscencia de épocas no lejanas aún en que se establecían claras discriminaciones por razón de sexo y matrimonio, en perjuicio de la esposa, y a la que, en el fondo, se atisba un intento protector a través del precepto estudiado, precisamente por su hipotética menor capacidad jurídica. Sin embargo tales discriminaciones han quedado ya claramente superadas por el desarrollo legislativo del artículo 14 de la Constitución, lo que deriva en la práctica inaplicabilidad del referido control judicial, en tanto el convenio no traspase los límites del artículo 1255 del Código civil[12]. En relación a la eficacia del convenio regulador tras la homologación, está claro que el mismo tiene plena validez entre las partes, y no consigue dicha validez con anterioridad como tal convenio regulador; además se convierte tras la intervención judicial en título ejecutivo[13]. Hablamos entonces de fuerza obligatoria, vinculante y ejecutiva del negocio jurídico sometido a control judicial.

Por otro lado, en relación a los que hemos llamado pactos o acuerdos, la cuestión de la eficacia, fuerza vinculante o poder ejecutivo de los mismos cambia. En primer lugar, debemos decir que estos pactos se sitúan en pleno ámbito de poder dispositivo, en materia naturalmente dispositiva; por ello los límites serán los marcados por el art. 1255 CC, ley, moral y orden público. Naturalmente, todas las cuestiones relacionadas con el plano económico y de los cónyuges juegan aquí con plena autoría, sin ni siquiera posibilidad legal de corrección a nivel exclusivamente formal y no práctico[14]. La fuerza obligatoria del pacto entre las partes no se discute[15], pero sí podrían cuestionarse los efectos frente a terceros si dicho pacto no ha sido elevado a escritura pública e inscrito en el Registro correspondiente. En relación a la materia de *ius cogens*, encontramos también posturas a favor de admitir la validez de dichos acuerdos pese a la inexistencia de control judicial en todo su contenido[16]. Pero debemos tener en cuenta que si perjudicara los intereses de los

(12) En el mismo sentido RUBIO GIMENO, G., «Control judicial de continguts sobre el conveni regulador i eficàcia enfront de tercers. Comentari a la STSJC de 10.9.2010», en *Indret, Revista per a l'anàlisis del dret*, Barcelona, 2011, pp. 13: «En tot cas, i com a conclusió del present epígraf, cal establir que les regulacions catalana i estatal de l'activitat d'homologació judicial del conveni són, en realitat, assimilables. Ni en aplicació d'un dret ni de l'altre el jutge pot denegar l'homologació d'un conveni regulador motivant que els acords celebrats són greument lesius per als interessos d'un dels cònjuges».

(13) *Vid.* art. 90 CC y art. 776 LEC.

(14) La libertad de autocontratación o de autorregulación de intereses es total, ni siquiera sometida a la limitación formal del art. 90 CC en relación a propuestas de convenios «gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges».

(15) *Vid.* ATAZ LÓPEZ, J., «Comentario a la STS de 3 de febrero de 2006», en *CCJC*, núm. 73, enero-abril de 2007, pp. 165-177. *Vid.* también PEREZ MARTÍN, A.J., *Derecho de Familia. Divorcio y separación de mutuo acuerdo. El procedimiento de modificación de medidas*, Valladolid, 1998, pp. 46 y ss., así como ROCA TRIAS, E., «Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis», en *Homenaje al Profesor Lluis Puig i Ferriol,* vol. II, Valencia, 2006, pp. 2107 y ss.

(16) *Vid.* también nota al pie anterior. Específicamente *vid.* PEREZ MARTÍN, A.J., *Derecho de Familia. Divorcio y separación de mutuo acuerdo*, *op. cit.*, p. 46: «El pacto al que hayan llegado los cónyuges sobre la atribución de la guarda y custodia a favor de uno de los progenitores y el establecimiento de un régimen de visitas respecto al otro, tiene en principio plena eficacia y validez sin que sea necesaria su homologación judicial, puesto que este pacto no tiene por qué trascender al ámbito judicial (…) Los progenitores podrán pactar expresa o tácitamente la forma en que cada uno de ellos va a cumplir sus deberes de patria potestad y eso tiene plena validez si no va en perjuicio de los hijos, ahora bien, este pacto no tiene carácter definitivo y por lo tanto puede modificarse cuando lo solicite alguno de los progenitores, modificación que podrá llevarse a cabo por nuevo acuerdo entre ellos o bien por resolución judicial, en la que sin duda tendrá gran valor probatorio el acuerdo en que en su día llegaron las partes».

menores su validez podría ser atacada en base a los argumentos jurídicos que ya tenemos, esto es, contrario a los límites de la autonomía de la voluntad y demás normativa específicamente imperativa y/o de protección de menores[17]. Pero estos acuerdos no tienen fuerza ejecutiva; sería necesario un proceso declarativo ordinario, haciéndolos valer en vía judicial[18].

Pero la existencia del pacto o acuerdo puede ser anterior o posterior a un proceso matrimonial consensuado, desde la libertad de contratación, y desde esta perspectiva habría que estudiar cómo se conjugan los efectos o cómo se resuelven las situaciones de colisión o duplicidad de pactos en sentido amplio (convenio regulador y pacto o acuerdo). Como se trata de figuras jurídicas diferentes pero similares, habrá que darle cierta similitud como negocios jurídicos respecto del contenido obligacional; por ello, cualquier acuerdo posterior en diferente sentido está estableciendo una modificación de lo ya reflejado en el anterior, con fuerza vinculante para las partes desde el consentimiento[19], sin estar sometidos a requisito de forma en virtud del art. 1278 CC. Y esta misma afirmación la podemos realizar respecto del convenio regulador anterior, y posterior acuerdo modificatorio a nivel privado, siempre que estemos ante materia dispositiva, con la particularidad de que sólo la discusión posterior de la eficacia *inter partes* de ambos acuerdos podría evitar la ejecución de la sentencia a través del mecanismo procesal de la oposición a la ejecución de resoluciones o probando la existencia del acuerdo privado subsiguiente modificatorio en proceso declarativo posterior[20]. Sí habría ciertas dudas respecto del contenido imperativo, pero entendemos que sería igualmente vinculante el acuerdo ulterior respetando la norma imperativa, por ejemplo, respecto a la modificación de la pensión de alimentos de menores[21]. De la misma manera, la modificación mediante pacto de lo establecido en anteriores acuerdos o en el convenio regulador no está sometida al requisito de la alteración sustancial de circunstancias, porque el consentimiento mutuo de las partes permite cualquier modificación en virtud del art. 1255 CC, y de la misma manera la retroactividad o irretroactividad de efectos se plantea desde esta interpretación, es decir, desde la libertad y respeto a lo acordado, pudiendo las partes determinar si dicho acuerdo adquiere eficacia tras la firma, tiene efectos retroactivos al momento que se señale, o está sometido incluso a condición suspensiva hasta el acaecimiento de ciertas circunstancias[22].

---

(17) Arts. 1255 y 154 CC, art. 2 LOPJM, art. 3 Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, arts. 39 y 53.3 CE.

(18) Aunque no tienen fuerza ejecutiva por sí misma. *Vid.* MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, p. 40. «La competencia en estos casos no queda atribuida a los Juzgados de Familia, sino a los juzgados civiles en general, pues no se trata de aplicar una norma específica de las del Libro I, Título I, Capítulo IX del Código Civil, sino las propias de los contratos en general, pues recuérdese que el Tribunal Supremo se ha centrado en los arts. 1255 y 1256 de ese cuerpo legal».

(19) Cosa distinta serán los efectos frente a terceros de los pactos modificatorios, ya que la libertad de pactos no puede perjudicar los intereses de terceros.

(20) MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, p. 311. *Vid.* art. 556 LEC.

(21) MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, pp. 306 y ss. recogiendo AAP Navarra de 25 de mayo de 1994, AAP Baleares de 16 de octubre de 2000, modificando mediante pacto el convenio regulador referido a materia de alimentos hijos menores. Pero también encontramos sentencias discrepantes. Tampoco está tan claro cuando se pretende hacer valer en proceso matrimonial ulterior y no en proceso declarativo ordinario.

(22) Habría también que tener en cuenta la base del negocio jurídico en el sentido de la interpretación del clausulado obligatorio, puesto que pudieran los pactos acoger una duración temporal de lo convenido intepretando la voluntad implícita de las partes.

Si entramos a analizar el contenido propiamente de los pactos o del convenio regulador en los aspectos que se detallan en la sentencia que comentamos, esto es, fijación de pensión compensatoria y derecho a uso de vivienda, el valor de la autonomía de la voluntad en este tema queda reflejado mediante estas ideas:

— Entienden la Doctrina y la Jurisprudencia que la fijación de pensión compensatoria es plenamente dispositiva. De esta manera se han valorado como legalmente admisibles pactos de todo tipo en relación a la fijación, renuncia, características, cuantía de la pensión, negociación o transacción. Incluso la renuncia anticipada a la pensión ha sido admitida, pese a tratarse de una renuncia con carácter preventivo, previa al nacimiento del derecho, o condicionada a la existencia de la ruptura; pero se ha permitido la alegación de la cláusula *rebus sic stantibus* si las circunstancias concurrentes al tiempo de la separación o divorcio eran muy diferentes e imprevisibles(23). Debemos también indicar que ha sido admitida la fijación de pensión compensatoria en casos en los que legalmente no había nacido por ley el derecho a la misma o se había extinguido por la existencia de algunas de las causas de extinción que detalla el Código civil en su art. 101 CC(24). Nos referimos a situaciones, por ejemplo, de dudoso nacimiento del derecho determinado por el poco tiempo de relación matrimonial o por las condiciones o cualificación profesional del cónyuge, por el empleo que ha ido desarrollando o ha obtenido con posterioridad, etc., o de extinción por relación matrimonial o convivencia marital con otra persona. Si estamos ante norma dispositiva sería válido cualquier acuerdo, la propuesta en convenio regulador sería homologada en este aspecto sin ningún problema(25). La efectividad plena en relación al cumplimiento de lo establecido estaría determinada por la fecha del acuerdo privado de constitución, salvo si se hubiesen suspendido los efectos, o por la fecha de la sentencia de separación o divorcio con la homologación del acuerdo. Las modificaciones o alteraciones de los pactos estarían admitidas en cualquier sentido. Pero hay que tener en cuenta el nacimiento del derecho a recibirla; si por ley no ha nacido este derecho por no concurrir los presupuestos del art. 97

(23) ROCA TRIAS, E., *op. cit.*, pp. 2135 y ss.: «A mi modo de entender, la pensión no es un derecho obligatorio, por lo que queda incluida dentro de las facultades dispositivas del renunciante y ello puede ocurrir de forma absolutamente gratuita o bien de forma que sustituya la pensión por un contrato de alimentos convencionales. Y puede ocurrir también que se establezcan complementos a una hipotética pensión de futuro, como ocurrió en el caso resuelto por la sentencia de 7 de marzo de 1995 (RJ 1995/2151). Se puede objetar que cuando se renuncia a un derecho antes de que se produzca el supuesto de hecho que lo hace surgir, se está renunciando en realidad a una expectativa y éstas no admiten renuncia, pero creo posible esta opción en base a los argumentos siguientes: i) los cónyuges pueden regular los efectos de su posible ruptura en sus capitulaciones matrimoniales de acuerdo con el art. 15.1 CF; ii) se considera en general que la pensión no es imperativa, de modo que su renuncia no va contra el principio de orden público familiar, iii) porque siendo considerada la pensión como una indemnización por el daño objetivo provocado por al ruptura nada impide aplicar la regla del art. 1102 CC que admite al renuncia a la responsabilidad que no provenga del dolo». *Vid.* también GASPAR LERA, S., «Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad», en, *ADC*, julio-septiembre de 2011, pp. 1058 y ss., LEONOR AGUILAR Y HORNERO MÉNDEZ, «Autonomía de la voluntad y pensión compensatoria: efectividad de los pactos conyugales de renuncia previa», en *Perspectivas del Derecho de Familia en el S. XXI,* dir. por Lasarte Álvarez, 2004, p. 71, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Valencia, 1995, pp. 41 y ss.

(24) *Vid.* Sentencia que referenciamos en este artículo. *Vid.* MONTERO AROCA, J., *La pensión compensatoria en la separación y en el divorcio (La aplicación práctica de los artículos 97,99, 100 y 101 del Código civil)*, Valencia, 2002.

(25) *Vid.* en MONTERO AROCA, J., *op. cit.*, pp. 250 y ss., diferencias en los conceptos «homologación» para el contenido dispositivo y «aprobación» para el contenido imperativo.

CC, el carácter obligacional del derecho a recibirla es puro, es decir, ha nacido del pacto de las partes sin más (art. 1255 CC), y siendo esto así, siendo por ello contenido dispositivo, no puede cuestionarse su validez. Resulta pacto vinculante en virtud de los arts. 1254, 1255, 1256, 1257, 1258 CC. Otra cosa sería que se negase que este pacto recogiese propiamente una pensión compensatoria, con la naturaleza y caracteres del art. 97 CC cuando conforme a la ley no ha nacido el derecho a recibirla.

— En relación al derecho de uso de la vivienda fuera del ámbito de materia de *ius cogens*, se convierte en plenamente dispositivo. Así lo afirman la doctrina y jurisprudencia[(26)]. Con ello, y desde este punto de vista, traeríamos de nuevo a colación todo lo referenciado anteriormente en relación a la fijación de la pensión compensatoria. No creemos que deba ser especialmente tratado cada uno de los puntos del convenio o del acuerdo sobre la base de estas ideas, sino que la delimitación autonomía de la voluntad/intervención estatal juega en relación a la reglas normas dispositivas/normas imperativas para esta concreta situación, como negocio jurídico mixto.

IV. MODIFICACIÓN DE MEDIDAS EN EL PROCESO MATRIMONIAL POR VALORACIÓN NUEVA O POR CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS. RETROACTIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD DE EFECTOS DE LA SENTENCIA

Ya dejamos planteado cómo la regulación del proceso de separación y divorcio es parecida (arts. 81 y 86 CC, arts. 769 y ss. LEC). Por otro lado, el art. 90 CC establece el contenido del convenio regulador común para ambos procedimientos. Este convenio regulador se convierte en instrumento jurídico vinculante puesto que determina el nacimiento de obligaciones y derechos para ambas partes. En relación a los efectos que produce la sentencia, específicamente detallados en la normativa, el art. 83 CC establece el cese de la presunción de convivencia entre los esposos con la resolución judicial de separación, así como la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica[(27)]. La sentencia de divorcio produce la ruptura o disolución del vínculo, y estos son efectos que se determinan sólo desde el momento del pronunciamiento judicial. Dice el art. 89 CC literalmente que «La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza». El carácter vinculante y directamente ejecutivo de lo acordado y aprobado judicialmente se detalla en el art. 90 CC («Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio»); así como el art. 776 LEC.

Indudablemente la sentencia tiene carácter constitutivo en este aspecto, el detallado en los arts. 83 y 89 CC, y esta sentencia es la que produce modificación del estado civil,

(26) PÉREZ MARTÍN, A.J., *Derecho de Familia*, *op. cit.*, p. 58, NIETO ALONSO, A., «El convenio regulador como elemento imprescindible en la separación y divorcio consensuales. Las cuestiones más polémicas», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 17, 2002, p. 27 y ss.

(27) Art. 83 CC: «La sentencia de separación produce la suspensión de la vida en común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica».

dándose de oficio por el juzgado traslado de dicha modificación a efectos de Registro civil; Indudablemente, y conforme a la interpretación literal de la norma, las medidas adoptadas en el convenio son vinculantes, tienen fuerza obligatoria y fuerza directa ejecutiva, pero también conforme a la dicción literal sólo pueden ser modificadas por alteración sustancial de las circunstancias que se valoraron y tuvieron en cuenta en el momento de dictar el pronunciamiento judicial (art. 775 LEC y art. 90 CC). Entendemos que no es posible la modificación de medidas sin que exista alteración sustancial de circunstancias.

Pero esta postura es contraria a la que defiende el carácter constitutivo de la sentencia de divorcio relacionado con el llamado **principio de sustitución**(28), porque va en pro de la mayor libertad de valoración judicial, en cuanto que es partidaria de la evaluación *ex novo* en el proceso de divorcio de las medidas que pudieron adoptarse vía judicial en la sentencia de separación. Las decisiones judiciales que defienden esta idea entienden además que el discurso a favor de esta interpretación lleva incluso a hacer necesaria la ratificación, o planteamiento por reconvención de medidas ya aprobadas judicialmente para evitar el vacío judicial posterior por omisión, ya que no procedería el pronunciamiento de oficio cuando estamos ante materia dispositiva, en virtud del principio procesal civil de rogación.

A favor de esta postura se manifiesta la sentencia que traemos aquí como objeto de comentario en este artículo. Lo dice así expresamente el Tribunal y se pronuncia en consecuencia al determinar que la pensión compensatoria con carácter temporal que se fijó en su día en virtud de sentencia de separación no procede por haber hecho el Tribunal valoración nueva, por las circunstancias determinantes de su extinción por convivencia marital de la esposa con otra persona. Igualmente entiende que debe haber una irretroactividad de efectos, teniendo eficacia desde la fecha de la sentencia.

Desde esta opinión habría pues *de facto* dos cauces para modificar las medidas aprobadas judicialmente, el llamado propiamente procedimiento de modificación de medidas, que exige la prueba de la alteración sustancial de circunstancias, grave e imprevisible, y el procedimiento de divorcio. Sin embargo, no hay previsión legal expresa en este último sentido, sino interpretación jurisprudencial y corriente doctrinal en esta línea, que en ningún caso llega a ser unánime ni siquiera mayoritaria. La interpretación literal de la norma llevaría a afirmar que sólo es posible la modificación en las situaciones de alteración de circunstancias, entendiendo la literalidad *a sensu contrario* puesto que no se permite otra modificación. Igualmente, el planteamiento del carácter constitutivo de la sentencia refrenda mejor la irretroactividad de efectos, puesto que si se produce una valoración *ex novo* ésta debiera sólo ser efectiva desde la aprobación judicial. Así se manifiesta igualmente el Tribunal en este caso, no admitiendo el recurso en la pretensión de efectos desde la interposición de la demanda.

Otro dato a tener en cuenta es que dicha interpretación «constitutiva» no se presenta como algo específico referido a ciertos aspectos del contenido del convenio, sino que las argumentaciones jurídicas no hacen distinción, son generalizadas respecto de todo el contenido, sean aspectos puramente económicos, relacionados con los menores, con la

(28) *Vid.* epígrafe II, Planteamiento introductorio.

pensión compensatoria, el derecho de uso de la vivienda, se trate por tanto de contenido imperativo o de contenido dispositivo[29].

Otro tema importante es el de la retroactividad e irretroactividad de efectos de la sentencia. La norma menciona la irretroactividad en relación a la disolución del vínculo o al cese de la presunción de convivencia (arts. 83 y 86 CC), pero nada se dice de todos los demás efectos que puede producir la aprobación del convenio o la existencia de pactos. Pensamos que desde la valoración de la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación que rige estos procesos se puede determinar una retroactividad al momento de la interposición de la demanda o al momento de la fecha del acuerdo, ya que no existe argumentación jurídica para negar esta posible retroactividad y sí argumentación positiva admitiendo la libertad de pactos o acuerdos aprobados por convenio, donde las partes pueden fijar esta retroactividad.

En relación a la eficacia de los pactos respecto de terceros, admitiendo ser ésta una cuestión compleja susceptible de tratamiento especial, pensamos que la eficacia frente a terceros de lo pactado con carácter general puede producirse tanto antes como después del pronunciamiento judicial y podría verse afectada por las modificaciones posteriores de medidas en función del caso concreto. En relación al divorcio, el art. 89 CC menciona que «no perjudicarán a terceros de buena fe sino a partir de la inscripción en el Registro civil», refiriéndose a la modificación del estado civil y al carácter constitutivo de la sentencia de divorcio respecto a la disolución del vínculo. Pero es conocida la posibilidad de liquidación de gananciales en cualquier momento, la modificación del régimen económico mediante capitulaciones matrimoniales, la protección normativa de intereses de terceros, de acreedores en relación a situaciones de fraude de derechos, etc.[30]. Con ello planteamos que la cuestión de los efectos frente a terceros de estas medidas iría más allá de la valoración *ex novo*, retroactiva o irretroactiva de la sentencia, porque se hace depender de otros factores.

***

De todo lo estudiado hasta ahora, las ideas analizadas son las siguientes y las exponemos a modo de recopilación:

— Es reconocida la libertad de autocontratación o de autorregulación de los particulares en los procesos matrimoniales. La propia regulación del divorcio ya desde la reforma del año 1981 la contemplaba y se entiende se amplía dicho reconocimiento con la reforma del año 2005. Este reconocimiento lleva a proclamar con rotundidad que debe predicarse esta autonomía con total valor respecto del contenido dispositivo del convenio en los procesos matrimoniales.

— El convenio regulador aprobado judicialmente se entiende es negocio jurídico especial o mixto dotado de carácter vinculante, sirviendo además de título ejecutivo directo.

— Los pactos o acuerdos no aprobados judicialmente son válidos; pero no está claro si el juez en los procesos matrimoniales está vinculado por ellos, aunque sí desple-

(29) Con la salvedad de que la ratificación o reconvención de medidas por no poder ser declaradas de oficio sólo rige respecto del contenido dispositivo.

(30) *Vid.* art. 1317 CC.

garán su eficacia como pacto privado cuando es cuestionada su validez en proceso declarativo ordinario.

— La libertad de valoración judicial, según algunas opiniones, debe llevar incluso a no limitar la actuación del juez en un proceso de divorcio que ha estado precedido por proceso de separación, pudiendo ser examinados de forma distinta aspectos vinculantes ya nacidos de un anterior convenio regulador.

— La libertad de autorregulación, la autonomía de la voluntad reconocida en los procesos matrimoniales civiles, sólo se manifestará por tanto en la posibilidad de realizar la propuesta de convenio y su reconocimiento, pero no en lo relativo a la efectividad *ex post* de ésta, puesto que cede a favor de la «autonomía judicial». O entendemos así lo analizado o estamos obligados a declarar la existencia de una postura incoherente, que defiende la libertad de pactos y niega a continuación el carácter obligatorio de los mismos.

— Y aunque no tenga mucho sentido esta idea, entienden que sí hay una efectividad *ex post* de lo acordado cuando el planteamiento de su eficacia se produce fuera del proceso matrimonial, con lo cual los efectos de lo pactado van a depender de si se ha producido o no el refrendo judicial del acuerdo y del proceso judicial en el que se valoren. Además, siguiendo esta postura debemos saber que el carácter vinculante de las decisiones judiciales adoptadas también se subordina a si derivan de proceso de separación o de proceso de divorcio precedido de separación.

— Se cuestiona si la libertad de autorregulación podría llegar incluso a hacer nacer derechos y obligaciones de contenido similar a los derechos reconocidos vía legal, por ejemplo, como ocurre en este caso, la fijación de pensión compensatoria en el convenio a pesar de que el derecho a recibirla se haya extinguido por convivencia marital con otra persona.

— Los efectos retroactivos o irretroactivos de lo acordado judicialmente deben conjugarse con la libertad de pactos que permite una fijación de efectos vinculados al propio acuerdo o convenio, como pudieran ser los determinados a partir de la fecha del consentimiento, de la firma del convenio o pacto, o a partir del reconocimiento o aprobación judicial.

— Otra idea que se expone, aunque tampoco tenga mucho sentido, sería la necesidad, parece ser, de establecer una separación respecto del contenido obligacional de lo acordado, en función de si es imperativo/dispositivo, con aprobación o sin aprobación judicial, en un proceso judicial o en otro proceso judicial, con los problemas de seguridad jurídica que ello acarrea. Habría por tanto, pactos más o menos obligatorios a nivel judicial, más o menos vinculantes; algunos con eficacia directa ejecutiva, otros con eficacia declarativa, otros con posibilidad de revisión judicial *ex post*…

— No debemos olvidar que desde este planteamiento podría obviarse la obligatoriedad o «incumplir» lo pactado sin consecuencias jurídicas mediante proceso matrimonial donde se sometieran de nuevo a examen todas las cuestiones acordadas, con posibilidad con ello de revisión o valoración nueva de medidas.

CONCLUSIONES

1. Hay un reconocimiento expreso legal, doctrinal y jurisprudencial del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de familia, y en específico en el marco de los procesos matrimoniales ante situaciones de crisis matrimonial, con una limitación referida solamente a la normativa de *ius cogens*.

2. Igualmente la libertad de pactos o acuerdos privados en materia de derecho de familia fuera del ámbito del convenio regulador y proceso matrimonial existe y se rige por la libertad total de pactos con los límites exclusivos del art. 1255 CC (ley, moral orden público). En este último caso, la obligatoriedad de lo pactado lleva a poder exigir su cumplimiento vía judicial, probando la existencia del acuerdo, y desde los efectos que las propias partes han pactado en el contrato; hablamos pues de incumplimiento, de proceso de declarativo para su cumplimiento y de vía ejecutiva posterior de lo declarado conforme a las normas generales.

3. Entendemos que, desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad, no deben darse diferencias entre uno y otro ámbito (puramente dispositivo de los acuerdos o pactos fuera de los procesos matrimoniales y «seudodispositivo» del convenio y del proceso matrimonial). En los procesos matrimoniales la decisión judicial se convierte directamente en título ejecutivo. En los procesos matrimoniales la valoración judicial en relación al contenido imperativo debe ser amplia, podría modificarse, ser objeto de nuevo examen, sin cortapisas, pero entendemos que respecto del marco económico, obligacional o puramente dispositivo, los efectos obligacionales deben funcionar de la misma manera que funcionan fuera del proceso matrimonial, esto es, debe restringirse el actuar judicial en *pro* del principio de libertad de contratación de las partes. Siendo ello así, el carácter obligatorio de las decisiones no podría someterse a nuevo examen salvo en situaciones de alteración sustancial de circunstancias, como expresamente permite la ley.

4. El reconocimiento amplio de la libertad de contratación en esta materia llevaría igualmente a reconocer legalmente el pacto de nacimiento de derechos, y a disponer una eficacia retroactiva o irretroactiva en función de cómo se haya pactado. Por ejemplo, sería obligatorio el pago de pensión económica al cónyuge, en la cuantía estipulada, de la forma acordada, y desplegaría eficacia o se extinguiría en el momento que hubiesen acordado las partes. No podrían utilizarse con resultado positivo los procesos matrimoniales para no cumplir con lo acordado previamente de forma privada o mediante sentencia de separación. Estaría el juez vinculado por este pacto previo.

5. La forma de conjugar los efectos entre uno y otro proceso (matrimonial/civil ordinario) no puede llevar en ningún caso a negar valor o a dotar de menos valor a lo que tiene una finalidad y un fundamento idéntico.

6. Debemos saber también que hay base legal para entender que los pactos privados deben cumplirse, ya que lo contrario supondría, conforme al art. 7 CC, conducta contraria a la buena fe, abuso de derecho y actuación contraria a los propios actos. Y además, lo contrario se convierte en herramienta perversa para poder incumplir lo pactado «con autorización judicial».

Conclusiones referidas a la sentencia que analizamos

Si se pactó en virtud de convenio en un proceso matrimonial de separación el pago de una pensión llamada compensatoria, en un momento temporal en el que ya se había extinguido la causa que dio origen al nacimiento de la misma por convivencia marital de la esposa con otra persona, este derecho nació exclusivamente del pacto. El juez en el proceso de separación así lo entendió y determinó su validez respetando el principio de libertad de contratación de las partes, estando pues ante un acuerdo privado con refrendo judicial.

En un posterior proceso de divorcio, no podría el juez determinar la extinción de la pensión por concurrencia de causa de extinción legal (art. 101 CC), cuando nació existiendo dicha causa de extinción, al configurarse con alcance exclusivamente dispositivo. Esta línea de interpretación seguida en relación al carácter dispositivo de la pensión compensatoria, que en este caso bien podría llamarse pensión económica sin más por no ajustarse expresamente a lo prevenido por ley en el art. 97 CC, es la que de forma prácticamente unánime ha defendido la doctrina y la jurisprudencia. Distinto es que la parte «afectada» por el pago de esta pensión económica de alcance elevado utilice otras herramientas legales posibles, y posiblemente viables en este caso, a través de un proceso declarativo ordinario, como sería la petición de nulidad de lo pactado por vicios del consentimiento, error, dolo, intimidación o violencia, si consigue probar la existencia del vicio y se dan los presupuestos de aplicación. Argumentos que llevarían incluso a afirmar la ineficacia parcial de ciertos aspectos del pacto o la ineficacia total de lo prevenido, según el caso.

De la misma manera, la interpretación de la base del negocio, los criterios de interpretación de los contratos, podrían ser utilizados para defender que la voluntad de las partes cuando pactaron en este sentido fue la de establecer una temporalidad o unas condiciones respecto al nacimiento de ese derecho[31].

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, L., «Autonomía de la voluntad y pensión compensatoria: efectividad de los pactos conyugales de renuncia previa», en *Perspectivas del Derecho de Familia en el S. XXI, XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Dir. Carlos Lasarte Álvarez, 2004, p. 70.

ALFONSO RODRÍGUEZ. M.E., comentario al art. 90 CC, en *Código Civil comentado*, vol. I, Directores: Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno, Valpuesta Fernández, Navarra, 2011, pp. 489 y ss.

ANDERSON, M., «La modificación de medidas derivadas de pleitos matrimoniales: el art. 775 de la LEC», en *Perspectivas del Derecho de Familia en el S. XXI, XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Dir. Carlos Lasarte Álvarez, 2004, p. 67.

ATAZ LÓPEZ, J., «Comentario a la STS de e de febrero de 2006», en *CCJC*, núm. 73, pp. 165-177.

BARCELÓ DOMÉNECH, J., *La extinción de la pensión de separación o divorcio por convivencia marital (De acuerdo a la Ley de 8 de julio de 2005 de reforma en materia de separación y divorcio)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

(31) *Vid.* arts. 1281 y ss.

CABEZUELO ARENAS, A.L., «Comentario a la Sentencia de 5 de noviembre de 2008», en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 905-927.

— «Limitación temporal en sentencia de divorcio de pensión compensatoria concedida en la sentencia de separación con carácter indefinido», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 9, 2002, pp. 503-512.

CAÑIVANO, M.A., «El "covenat marriage" como alternativa a las no "fault divorce laws": una reflexión sobre la permanencia del vínculo matrimonial», en *Revista de Derecho Privado*, febrero, 2002, pp. 168-182.

CUTILLAS TORNS, J.M., «La petición en el proceso de la actualización de la pensión alimenticia y compensatoria: retroactividad e irretroactividad de sus efectos», en *Revista General del Derecho,* núm. 658-659, 1999, pp. 8845-8870.

DE LA IGLESIA MONJE, M.I., «El concepto de convivencia marital y extinción de la pensión compensatoria», en *RCDI*, núm. 703, 2007, pp. 2311-2316.

— «Convenio regulador-denegación de la inscripción de ciertas cláusulas (Resolución de la DGRN de 11 de septiembre de 2003)», en *RCDI*, núm. 680, pp. 3410-3412.

GASPAR LERA, S., «Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad», en *ADC*, julio-septiembre de 2011, pp. 1041-1074.

GIL MIQUEO, J., *Derecho de familia: procesos matrimoniales, convenio regulador, ejecución de sentencias, recursos, régimen tributario, familia y extranjería, parejas estables y otras vinculaciones personales y patrimoniales*, coord. por Villagrasa Alcaide, C., *El convenio regulador*, 2011, pp. 333 y ss.

LATHROP, F., «Naturaleza jurídica del Convenio Regulador de las crisis matrimoniales», en *Perspectivas del Derecho de Familia en el S. XXI, XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Dir. Carlos Lasarte Álvarez, 2004, p. 69.

LLORENTE PINTOS, R., «Una nueva vía de extinción de la pensión compensatoria: la sustitución de medidas en el divorcio», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 50, 2011, pp. 21-48.

MAGAZ SANGRO, C., «El proceso para la aprobación del convenio regulador (Artículo 777 LEC) y sus secuelas», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2006, pp. 433-493.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «Comentario a la STS de 22 de abril de 1997», en *CCJC*, núm. 45, septiembre-diciembre de 1997, pp. 951-959.

— *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Valencia, 1995.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Acuerdos entre convivientes *more uxorio*», conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado en día 17 de febrero de 2000, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XL, pp. 205- 249.

MORENO-TORRES HERRERA, M.L., «Pensión compensatoria y régimen económico del matrimonio», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 44, 2009, pp. 25 y ss.

MONTERO AROCA, J., *La pensión compensatoria en la separación y en el divorcio (La aplicación práctica de los artículos 97, 99, 100 y 101 del Código Civil),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

— *El convenio regulador en la separación y en el divorcio. (La aplicación práctica del artículo 90 del Código Civil)*, Valencia, 2002.

MORENO. V., «La validez de los acuerdos prematrimoniales», en *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía,* 5, 2008, pp. 1345-1347.

NIETO ALONSO, A., «El convenio regulador como elemento imprescindible en la separación y el divorcio consensuales. Las cuestiones más polémicas», en *Revista de Derecho de Familia, Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, núm. 17, octubre 2002, pp. 17-51.

PARRA TREGÓN, D., «Estudio práctico sobre la modificación y extinción de la pensión compensatoria», en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 95, núm. 2, 1996, pp. 517-530.

PÉREZ MARTÍN, A.J., *Derecho de Familia. Divorcio y separación de mutuo acuerdo. El procedimiento de modificación de medidas*, Valladolid, 1998.

PÉREZ UREÑA, A., «La extinción de la pensión compensatoria por la convivencia *more uxorio* del beneficiario», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 18, 2003, pp. 257-261.

PINTO ANDRADE, C., «La genérica validez de los pactos en prevención de la ruptura matrimonial», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 49, 2010, pp. 63-74.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F., «Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1995», en *CCJC*, núm. 40, enero-marzo de 1996, pp. 19-28.

REYES GALLUR, J.J., «¿Es procesalmente admisible la "revocación de la ratificación" prestada por el cónyuge en un convenio regulador antes de dictarse sentencia», en *Revista de Derecho de Familia, Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, núm. 47, 2010, pp. 315-318.

ROCA TRIAS, E., «Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis», en *Homenaje al Profesor Lluis Puig i Ferriol*, vol. II, Valencia, 2006, pp. 2107 y ss.

ROMERO COLOMA, A.M., «La extinción de la pensión compensatoria por el cese de la causa que la motivó. Especial referencia a los trabajos ocasionales», en *Revista Jurídica del Notariado,* marzo de 2008, pp. 301-311.

RUBIO GIMENO, G., «Control judicial de continguts sobre el conveni regulador i eficàcia enfront de tercers. Comentari a la STSJC de 10.9.2010», en *Indret, Revista per a l'anàlisis del dret*, Barcelona, 2011, pp. 1-22.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., *La extinción de la pensión compensatoria*, Comares, 2005.

TAMAYO, S., «La intervención judicial en la aprobación del convenio regulador», en *Perspectivas del Derecho de Familia en el S. XXI, XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Dir. Carlos Lasarte Álvarez, 2004, p. 68.

TORRERO MUÑOZ, M., *El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos*, coord. por Llopis Giner J.M., Madrid, 2006, pp. 19 y ss.

— «Resolución DGRN de 5 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2268)», en *CCJC*, núm. 62, mayo-septiembre de 2003, pp. 673-680.

URIBE SORRIBES, A., «Inscripción en el Registro de la Propiedad del Convenio Regulador de las relaciones conyugales en los supuestos de separación y divorcio», en *Academia Granadina del Notariado, Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 72, diciembre de 1986, pp. 2369-2384.

ZARRALUQUI, L., *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio (naturaleza jurídica, determinación, transmisión y extinción)*, Lex Nova, 2001.

Revista de

Derecho de Familia

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

GUARDA Y CUSTODIA

La exigencia legal, contenida en el art. 92.8 del CC, de informe favorable del Ministerio Fiscal, carece de razonabilidad y proporcionalidad, al otorgar un «poder de veto» al Ministerio Fiscal que limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE reserva con carácter exclusivo a los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial.

Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 185/2012, de 17 de octubre

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

En el procedimiento tramitado en el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 (Juzgado de familia), la demandante presentó demanda de divorcio contra su marido y solicitó la guardia y custodia de su hija. El demandado contestó a la demanda solicitando que se atribuyera la guardia y custodia a ambos progenitores. El Ministerio Fiscal en el acto de la comparecencia interesó que la guardia y custodia de la hija menor se otorgara únicamente a la madre. Por Sentencia de 12 de septiembre de 1998 se declaró disuelto el matrimonio por divorcio, se mantuvo la patria potestad compartida de ambos progenitores sobre su hija menor y se atribuyó su guarda y custodia a la madre, pudiendo el padre estar con su hija cuando ambos progenitores así lo decidieran de común acuerdo, estableciendo, para el caso de desacuerdo, un régimen de comunicación y estancia de la hija con el padre no custodio.

Interpuesto recurso de apelación por el padre, la Sec. 5.ª de Las Palmas planteó la cuestión de inconstitucionalidad del apartado 8 del art. 92 del Código Civil, en la redacción dada al mismo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, en relación con los arts. 14, 24, 39 y 117 CE, en cuanto supedita la decisión jurisdiccional de la custodia compartida del hijo menor a petición de uno de los progenitores a la existencia de informe favorable del Ministerio Fiscal.

El Tribunal Constitucional estimó la cuestión y declaró inconstitucional y nulo el inciso «favorable» contenido en el art. 92.8.º del Código Civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Es objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad el art. 92.8.º del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley

de Enjuiciamiento Civil en materia de nulidad, separación y divorcio, que dispone: «Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor».

No se puede dudar de que el número 8.º del art. 92 del Código Civil es una norma de carácter excepcional, como expresamente lo advierte el precepto, porque la custodia compartida descansa en el principio general de existencia de acuerdo entre los progenitores (número 5.º de ese mismo art. 92), de modo que cuando no exista dicho consenso únicamente podrá imponerse si concurren los presupuestos normativos. Es decir, que hayan quedado acreditados los siguientes extremos: la petición de un progenitor, el informe favorable del Ministerio Fiscal y el beneficio del menor. El legislador de 2005, lejos de establecer en estos casos una norma prohibitiva, ha autorizado al Juez para que, a pesar de la oposición de uno de los progenitores (y, por tanto, con quiebra del principio general de pacto que inspira la reforma); pueda imponer la custodia compartida, pero sometida al cumplimiento de aquellos requisitos. El primero de ellos —como se ha dicho— es que medie solicitud de uno de los padres, por lo que no puede imponerse nunca de oficio. En segundo lugar, que el Ministerio Público informe favorablemente respecto de la adecuación de la medida solicitada para la correcta protección del interés superior del menor, es decir, respecto de la bondad de una posible imposición judicial de la guarda conjunta con oposición de un progenitor. El tercero, y no es una obviedad subrayarlo, es el interés del menor (favor filii) que debe regir cualquier actuación de los poderes públicos dirigida a la adopción de cuantas medidas conduzcan al bienestar y protección integral de los hijos.

Con la introducción de estos requisitos se establecen concretas garantías, que aseguran que el único fundamento de la ruptura del principio de la autonomía de la voluntad de los progenitores, es el de la prevalencia del interés del menor. Y siendo ello así, parece razonable que la exigencia de un informe del Ministerio Fiscal adquiera una verdadera dimensión protectora de los intereses de los menores dada su condición de defensor legal de los mismos (arts. 124 CE y 3.7 EOMF). Ahora bien, adviértase que la efectividad de dicho dictamen se sitúa en un momento anterior al ejercicio de la potestad jurisdiccional y sólo dándose las garantías establecidas en la norma, el Juez mantiene sus opciones de decisión. Quiere ello decir que únicamente en el caso de que el dictamen de la Fiscalía sea favorable, podrá acordar la guarda compartida porque es a lo que le faculta el precepto. *Sensu contrario*, tal como está redactada la norma, si no concurre tal dictamen, el órgano judicial no está legitimado para acordarla o establecerla.

Y es en este último supuesto donde quiebra, en términos constitucionales, la razonabilidad de la norma enjuiciada (arts. 117, 39 y 24 CE). Precisamente porque una custodia compartida impuesta judicialmente debe ser excepcional conforme a la normativa vigente o, lo que es igual, porque debe obligarse a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor, de modo que dicha decisión no puede quedar sometida al parecer único del Ministerio Fiscal, impidiéndose al órgano judicial valorar sopesadamente el resto de la prueba practicada.

Con todo lo dicho hasta aquí, no es difícil deducir que, en aquellos casos en los que el Ministerio Público emita informe desfavorable, no puede impedir una decisión diversa del Juez, pues ello limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial.

Ningún argumento o motivo de peso existe que justifique, en consecuencia, la inserción por el legislador de este límite a la función jurisdiccional al haber otorgado un poder de veto al Ministerio Fiscal. A ello cabe añadir que la imposición de ese dictamen obstativo, entra igualmente en contradicción con la regulación procesal y civil de las facultades del juez para la adopción de cuantas medidas considere beneficiosas para el menor. Así, y sólo a título de ejemplo, pueden ser citadas las normas contenidas en el art.158 CC, que faculta al juez, de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, para adoptar

las disposiciones que considere necesarias para apartar al menor de un peligro o de evidentes perjuicios. En el mismo sentido, el art. 752 LEC, donde se le desvincula del acuerdo de las partes para fijar las medidas necesarias, como igualmente lo está por el convenio regulador ex art. 777.7 LEC, o cuando se declara en el art. 774.5 LEC la eficacia no suspensiva de las sentencias dictadas en procesos de separación o divorcio.

Tampoco el mandato del art. 39 CE otorga razonabilidad y proporcionalidad a la norma cuestionada, pues aun siendo cierto que todos los Poderes Públicos —Jueces y Ministerio Fiscal— deben asegurar la protección integral de los hijos, tal como se ha razonado en el fundamento de derecho anterior, existe una invasión del Ministerio Fiscal en las competencias jurisdiccionales. La Fiscalía no limita su intervención a llevar a cabo una valoración de los presupuestos normativos, en un estadio precedente y con una funcionalidad distinta de la desarrollada por el titular del órgano jurisdiccional, sino que tiene la facultad de vetar la decisión discrepante del Juez, bastándole para ello con no informar, hacerlo neutralmente o desfavorablemente. Es cierto que no puede obviarse que el Ministerio Público, en virtud del propio texto constitucional (art. 124 CE), actúa sometido a los principios de legalidad e imparcialidad para promover la acción de la justicia y, en especial, que tiene la misión de velar por la defensa de los derechos de los menores (art. 3.7 EOMF), de manera que su dictamen previsto en el art. 92.8.º del Código Civil encaja con naturalidad y razonabilidad en la posición constitucional y en las funciones propias del Ministerio Fiscal. Sin embargo, ello no puede llevar a afirmar que el órgano jurisdiccional no está facultado para imponer el régimen de custodia que estime más adecuado, porque hacerlo sería tanto como vaciar de contenido la norma excepcional y dejar al arbitrio del Ministerio Público la elección del mismo. El interés prevalente de los hijos menores, así como la inexistencia de un acuerdo entre los progenitores son motivos con suficiente peso constitucional como para afirmar que el informe del Ministerio Fiscal, sea o no favorable, no puede limitar la plena potestad jurisdiccional; todavía con mayor motivo, cuando el propio legislador no lo limita cuando hay acuerdo entre los progenitores (art. 92.5.º CC).

En conclusión, ha de afirmarse que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal *ex* art. 92.8 CC debe ser declarada contraria a los dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida.

A la misma conclusión se llega examinando la alegación recogida en el Auto de planteamiento relativa a la supuesta colisión de la disposición impugnada con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, por condicionarse —a juicio de la Sala— el derecho de la parte a obtener un pronunciamiento sobre el fondo al requisito de que el Fiscal informe favorablemente sobre su pretensión.

La denegación del ejercicio de la guarda compartida debida a la vinculación del Juez al dictamen del Fiscal, conforme al procedimiento establecido en la Ley 15/2005, de 8 de julio, supone la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, pues aunque la actuación del Ministerio Público está prevista para asegurar el bienestar de los hijos menores, el hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender de tal dictamen, menoscaba *de facto* el derecho a obtener una resolución sobre el fondo. La tacha de inconstitucionalidad planteada ha relacionado adecuadamente el derecho a obtener una resolución judicial motivada, puesto que, en la práctica, y aunque se obtenga una sentencia, el pronunciamiento sobre el fondo queda irremediablemente vinculado al dictamen del Fiscal. Al igual que el acuerdo entre los progenitores (art. 92.5.º del CC) conlleva una sentencia judicial sobre el fondo, en el supuesto del art. 92.8.º CC, aunque también se obtiene una resolución judicial sobre el fondo, lo cierto es ya viene predeterminada por la decisión del Ministerio Público y, como ya se ha dicho, la función de administrar justicia reside con carácter exclusivo en los Jueces y Tribunales y no en el Ministerio Público (art. 117.3 CE).

En este mismo sentido, cabe realizar una nueva consideración. No es lo mismo que sea el Ministerio Fiscal quien posea la facultad de decisión en régimen de guarda y custodia, cuando no hay acuerdo entre los progenitores, a que la tenga el Juez, pues la diferencia entre ambas actuaciones radica, entre otras, en que la de este último puede ser revisada, modificada o revocada a través de los recursos oportunos y, sin embargo, el dictamen desfavorable del Ministerio Fiscal es irrecurrible. Ello provoca no sólo que las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo tampoco puedan valorar y decidir si el interés del menor requiere esa guarda y custodia compartida, es decir, de nuevo su función jurisdiccional queda impedida por la previa decisión del Ministerio Público, sino también que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se vea gravemente comprometido. Todo lo dicho hasta aquí lleva, a juicio de este Tribunal Constitucional, a afirmar que no sólo la norma cuestionada conculca la función jurisdiccional garantizada en el art. 117 CE.

Resta por analizar la posible inconstitucionalidad del art. 92.8.º del Código Civil por vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) y, en particular, el derecho a la igualdad de los niños (art. 10.2 CE en relación con el art. 2 de la Convención de los derechos del niño y art. 39.2 CE), así como el principio de protección de los niños que debe orientar a todos los Poderes Públicos (art. 39.3 y 4 y art. 53.3 CE).

Se afirma en el Auto de planteamiento que carece de justificación exigir el informe favorable del Fiscal para que el Juez pueda otorgar la custodia compartida en el caso de que no exista acuerdo entre los padres y, en cambio, no exigir con este carácter el informe del Ministerio Público en el supuesto de que los padres estén de acuerdo en compartir la custodia. Considera el órgano judicial cuestionante que la discrepancia entre las partes del proceso no justifica de manera razonable un tratamiento jurídico distinto sobre el carácter vinculante o no para el Juez del dictamen del Ministerio Fiscal. También se sostiene que, pese a la oposición procesal, puede existir una común voluntad, material o de fondo, en que ambos progenitores compartan su tiempo con el hijo común. Por todo ello, considera el Auto que este tratamiento desigual en el régimen de atribución de la guarda conjunta puede lesionar lo dispuesto en los arts. 14 y 39 CE.

Dado que en los anteriores fundamentos jurídicos hemos declarado el carácter inconstitucional del término «favorable» referido al dictamen del Ministerio Fiscal en el supuesto contemplado en el art. 92.8.º CC, y a los efectos que ahora importan de obtener una resolución judicial sobre la guarda y custodia con idénticas garantías para los interesados y con igual libertad y discrecionalidad para el órgano judicial en todo los supuestos, el hecho de que el Ministerio Público emita uno u otro informe pierde ya su relevancia en relación con la posible vulneración del art. 14 CE. El motivo de que este Tribunal Constitucional realice tal afirmación no es otro que el de constatar que, en cualquier caso, la alegada vulneración procedería en definitiva, no de la regulación de situaciones distintas, que lo son, sino de la circunstancia de que el órgano judicial vea limitada, dependiendo de cada supuesto, su función jurisdiccional.

A juicio de este Tribunal Constitucional, el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional.

Finalmente, e incidiendo en lo expuesto anteriormente, hemos de afirmar que no procede entrar a examinar si la disposición cuestionada vulnera o no el derecho de los niños a la igualdad ante la ley (arts. 14 y 39.2 CE), puesto que el art. 92. 8.º del Código Civil hace descansar el distinto tratamiento en lo que a su guarda se refiere en la existencia o no de acuerdo entre los progenitores respecto de la adopción de la medida de custodia compartida (art 39. 2 y 4 CE) y en la existencia o no de un informe favorable del Ministerio Fiscal.

Es cierto que en la STC 183/2008, de 22 de diciembre, FJ 3, tuvimos ocasión de poner de manifiesto que «el derecho de los menores que estén en condiciones de formarse un juicio propio a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que les afecte, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, aparece recogido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 12) y que en nuestro ordenamiento, el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor reconoce su derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que esté directamente implicado y del que se deba derivar una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (art. 9.1 CE; por todas, STC 22/2008, de 31 de enero, FJ 7). Además, cabe citar aquí el art. 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, publicada en el DOUE de 14 de diciembre de 2007 e íntegramente reproducida en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de junio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, en que se establece que «[l]os niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez». En armonía con la normativa citada, la regulación del Código Civil sobre la guarda compartida, como hemos visto en los fundamentos precedentes, prevé la audiencia del menor en estos procesos (art. 92.6.º del Código Civil), al disponer que «en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia», el órgano judicial debe «oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor». Y así, a este Tribunal, no le alberga duda de que la regulación contenida en el art. 92.8.º del Código Civil y en sus concordantes de la ley procesal en nada impide el derecho de los menores a ser oídos, porque lo serán, aunque su parecer en definitiva quede, como ocurre con el del órgano judicial, postergado por el informe vinculante del Ministerio Público.

En definitiva, como consecuencia de lo argumentado en los fundamentos anteriores, procede estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria y declarar la inconstitucionalidad del inciso «favorable» contenido en el art. 92.8.º del Código Civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por ser contrario a los arts. 117.3 y 24 CE.

FILIACIÓN

Tras declararse la filiación paterna no matrimonial, la madre solicita que el orden de los apellidos sea primero el materno y segundo el paterno. Desestimada la petición, recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional pero se inadmite el recurso al no justificar la especial trascendencia constitucional del recurso.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Recurso 176/2012, de 15 de octubre

Ponente: **Excmo. Sr. D. Andrés Ollero Tassara**

ANÁLISIS DEL CASO

Don Juan Sebastián T.S. formuló demanda de juicio ordinario en reclamación de reconocimiento de filiación no matrimonial contra doña Josefa L.M., y la hija menor de ésta, C.V.

La madre se opuso a la demanda y, con carácter subsidiario, para el caso de estimación de la acción de filiación, formuló demanda reconvencional solicitando la privación de la patria potestad del actor por las difíciles relaciones habidas entre ellos desde que la niña fue concebida.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Palma de Mallorca dictó Sentencia el 14 de febrero de 2007 por la que, estimando íntegramente la demanda, declaró que el actor: «es el padre biológico de la menor [C.V.L.M.], se deberá estar y pasar a todas las partes por la anterior declaración y una vez firme la sentencia se remitirá testimonio de la misma al Registro Civil para inscripción y rectificación correspondiente, constando la niña con el apellido del padre». En relación con esta última cuestión la Sentencia motiva en el fundamento jurídico primero: «debe concluirse que D. Juan Sebastián [T.S.] es el padre de la menor [C.V.] y que tiene derecho a inscribir su paternidad en el Registro Civil y a dar apellido a su hija». En cuanto al orden de los apellidos, el Juzgado declara que debe ser el general, «es decir primero el del padre y después el de la madre, con independencia de que la filiación paterna se haya formalizado con posterioridad, sin perjuicio del acuerdo al que puedan llegar los progenitores al respecto». El Juzgado llega a esta conclusión a partir del Código civil (art. 109), la Ley del registro civil (arts. 53 y 55) y el reglamento del Registro Civil (arts. 194, 197 y 198), teniendo en cuenta la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 7 de diciembre de 2001 en relación con un supuesto similar.

En grado de apelación, la AP de Baleares, Sec. 3.ª, dictó Sentencia el 18 de septiembre de 2007 desestimando el recurso interpuesto por la madre. La Audiencia razona, en primer término, que la cuestión del orden de los apellidos es nueva, sin que se planteara en la instancia. Sin embargo, entró en el fondo de la cuestión considerando que, tras la entrada en vigor de la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, los progenitores podían de común acuerdo determinar el orden de los apellidos respectivos que transmiten a sus hijos y que, en su defecto, regía el establecido por el art. 194 del reglamento del Registro Civil. Así, a juicio del órgano judicial, «el derecho de opción sobre el orden de los apellidos exige el consentimiento del padre y de la madre, consentimiento que, al afectar a un derecho de la personalidad, ha de requerirse que sea expreso, lo cual no concurre en el supuesto de autos. Tampoco el art. 55 de la Ley del registro civil puede fundamentar la decisión sobre el orden de los apellidos, y ello por cuanto, el único derecho de opción que regula es el referido al supuesto de nacimiento con una sola filiación reconocida (concediéndose al único progenitor que reconoce la filiación determinar cuál sea el orden de los apellidos del hijo) que no sería ya el del presente caso en que, desde la sentencia estaría reconocida tanto la filiación materna como la paterna». En relación a la solicitud de inconstitucionalidad planteada por la demandada, el Tribunal ad quem señala que la reforma de los arts. 109 del Código civil y 54 y 55 de la Ley del Registro Civil por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, pretende establecer un trato más justo y menos discriminatorio para la mujer, permitiendo que ya inicialmente puedan los padres de común acuerdo decidir el orden de los apellidos de sus hijos. Cita al efecto la exposición de motivos de la citada ley, que vincula la reforma con el principio de igualdad reconocido en nuestra Constitución y las diversas decisiones de ámbito internacional adoptadas sobre esta materia.

D.ª Josefa interpuso recurso de casación que fue inadmitido.

D. Josefa interpuso recurso e amparo ante el Tribunal Constitucional que finalmente fue inadmitido.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La demanda de amparo denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), dado que las resoluciones judiciales impugnadas, tras haber determinado y declarado la filiación paterna de su hija menor —nacida el 9 de noviembre de 2005— ordenan la inscripción de los apellidos en el Registro Civil, constando como primero el del padre. Este orden no ha tenido en consideración —a juicio de la demandante— ni la voluntad contraria de la madre, ni las circunstancias que han rodeado la vida de la menor desde su concepción. La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) derivaría de la aplicación judicial del art. 194 del Reglamento del Registro Civil, al imponer un orden de apellidos discriminatorio en ausencia de acuerdo entre los progenitores. Tal aplicación conculca, a su vez, el principio de supremacía constitucional y jerarquía normativa (art. 9.3 CE), puesto que tal regla registral violaba el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo. En apoyo de su argumento cita la STC 39/2002, sobre el art. 9.2 del Código civil (en la redacción anterior a la Ley 11/1990) en la parte en que imponía en las relaciones personales entre cónyuges la «ley nacional del marido al tiempo de la celebración» del matrimonio en defecto de los puntos de conexión principalmente establecidos para la determinación de la legislación aplicable. Por todo ello solicita se declare la vulneración de su derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE), como resulta de la imposición a su hija del apellido paterno en primer lugar, así como el reconocimiento de su derecho a determinar el orden de los apellidos de la menor, manteniendo como primero el de la madre o, subsidiariamente, que el órgano judicial lo determine, previa ponderación de las circunstancias concurrentes. Solicita también la declaración de inconstitucionalidad del art. 194 del Reglamento del Registro Civil.

La demandante solicita, entre otras cosas, la declaración de inconstitucionalidad del art. 194 del Reglamento del Registro Civil. Sin embargo, como acertadamente pone de relieve el Ministerio Fiscal, el objeto de este recurso debe ser, estrictamente, la aplicación que han hecho los Tribunales ordinarios de ese precepto. El recurso de amparo no persigue la depuración del ordenamiento jurídico, pues su objeto se circunscribe a la reparación de los derechos fundamentales lesionados por actuaciones procedentes de los poderes públicos. En consecuencia, no es la vía idónea para impugnar disposiciones normativas si no están vinculadas a la concreta y efectiva lesión de algún derecho fundamental (como venimos diciendo desde la STC 40/1982, de 30 de junio, FJ 3; y posteriormente SSTC 54/2006, de 27 de febrero, FJ 3 y 34/2011, de 28 de marzo, FJ 1). Ello sin perjuicio de que, «concurriendo esa vinculación, no le está vedado a este Tribunal entrar a examinar en un proceso de amparo el contenido de cualquier disposición general, ya sea para enjuiciar la interpretación que de la misma hayan realizado los órganos judiciales, ya lo sea para valorar si la concreta vulneración de los derechos y libertades fundamentales proviene de la propia disposición».

Con carácter previo al examen de fondo de las quejas formuladas debemos comprobar si, como plantea el Ministerio Fiscal, procede la inadmisión del recurso de amparo a tenor de lo dispuesto en el art. 50.1 a), en relación con el art. 49.1, ambos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), por no haber satisfecho la recurrente la carga que le incumbía de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso. Este análisis no resulta impedido por el momento procesal en el que nos encontramos. Según doctrina reiterada de este Tribunal, los defectos de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan sanados porque la demanda haya sido inicialmente admitida a trámite. Por consiguiente, los presupuestos para la viabilidad del recurso pueden reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión (por todas, SSTC 323/2006, de 20 de noviembre, FJ 1; 191/2009, de 28 de septiembre, FJ 2; 53/2010, de 4 de octubre, FJ 2; 12/2011, de 28 de febrero, FJ 2; y 44/2011,

de 11 de abril, FJ 2). Este criterio rige también, naturalmente, cuando, como en el presente caso, se trata de verificar si el demandante ha cumplido con la carga de justificar la especial trascendencia constitucional (SSTC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 2; 143/2011, de 26 de septiembre, FJ 2; y 107/2012, de 21 de mayo).

El examen de esta causa de inadmisión debe partir de que «el recurrente ha de satisfacer necesariamente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 49.1 *in fine* LOTC, la carga de justificar en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso» (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, citando los AATC 188/2008, de 21 de julio; 289/2008 y 290/2008, de 22 de septiembre). Este requisito se configura, no sólo como una carga procesal de la parte, sino también como un «instrumento de colaboración con la Justicia constitucional, habida cuenta de que el legislador ha querido que la valoración del Tribunal acerca de la especial trascendencia constitucional de cada recurso venga siempre precedida de la iniciativa y apreciaciones de la parte, recogidas en su escrito de demanda» (STC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3). Su ausencia es insubsanable toda vez que «la interposición del recurso de amparo está sujeta a plazos de caducidad preclusivos, que no pueden ser reabiertos para dar cumplimiento a un requisito que afecta directamente a la determinación misma de la pretensión deducida en el recurso de amparo» (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3).

Para satisfacer esta exigencia, la demanda de amparo no tiene que ajustarse a un modelo rígido, pero sí responder a los «cánones propios de este tipo de escritos procesales» (STC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2) y «tener en cuenta las precisiones que, con relación a esa específica carga, ha ido efectuando este Tribunal a través de diversas resoluciones que despejan las posibles dudas sobre el modo en el que se tiene que hacer efectiva» (STC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3). En particular, la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, avanzó en la interpretación del art. 50.1 b) LOTC identificando una serie no exhaustiva de casos en que «cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional». Hemos precisado también que la carga de justificar esta especial trascendencia consiste en un «esfuerzo argumental» (ATC 154/2010, de 15 de noviembre, FJ 4) que ponga en conexión las vulneraciones constitucionales alegadas con los criterios del art. 50.1 b) LOTC, explicitando la «proyección objetiva del amparo solicitado» y traduciendo en el plano formal (art. 49.1 LOTC) la exigencia material de la especial trascendencia constitucional del asunto (ATC 264/2009, de 16 de noviembre, FJ único).

Por esta razón, no basta razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental (SSTC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2; 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 143/2011, de 26 de septiembre, FJ 2; 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 3; también AATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2; 289/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 290/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 80/2009, de 9 de marzo, FJ 2; y 186/2010, de 29 de noviembre, FJ único); es preciso que «en la demanda se disocie adecuadamente la argumentación tendente a evidenciar la existencia de la lesión de un derecho fundamental —que sigue siendo, obviamente, un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo— y los razonamientos específicamente dirigidos a justificar que el recurso presenta especial trascendencia constitucional» (STC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2). Consecuentemente, «la exposición sobre la verosimilitud de la lesión del derecho fundamental no puede suplir la omisión de una argumentación expresa sobre la trascendencia constitucional del recurso de amparo» (ATC 252/2009, de 19 de octubre, FJ 1). Por lo mismo, tampoco satisface este requisito la demanda que pretende cumplimentar la carga justificativa con una «simple o abstracta mención» de la especial trascendencia constitucional, «huérfana de la más mínima argumentación», que no permita advertir «por qué el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en atención a su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales» que se aleguen en la demanda (STC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3, citando el ATC 187/2010, de 29 de noviembre, FJ único).

Aplicando la doctrina expuesta al caso de autos, hemos de coincidir con el inicial pare-

cer del Ministerio Fiscal en que la demanda de amparo no contiene una justificación suficiente de su especial trascendencia constitucional conforme al art. 49.1 LOTC. La demanda, no es ya que carezca de un apartado sobre su especial trascendencia constitucional, es que no menciona siquiera este requisito. Es más, no se halla esfuerzo argumental alguno destinado a vincular la vulneración constitucional alegada con los criterios del art. 50.1 b) LOTC. La demanda desconoce pura y simplemente que, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, pesa sobre el recurrente la carga de argumentar explícitamente que el amparo solicitado tiene una proyección objetiva.

No obstante lo expuesto, a juicio del Ministerio Fiscal, habría dos argumentos capaces de contrarrestar esta insuficiencia, justificando la admisibilidad del recurso de amparo. El primero consiste en que «el examen del contenido de la demanda y su planteamiento permite dimensionar la proyección objetiva del amparo solicitado, más allá de la dimensión subjetiva de la lesión que denuncia, de tal modo que es posible identificar, en el presente caso, las razones por las que el recurso presentado justifica una decisión sobre el fondo en atención a su importancia para la interpretación, aplicación y eficacia general de la Constitución o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales que se alegan en la demanda [art. 50.1 b) LOTC], en el presente caso, el principio de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE)». Señala el Fiscal en este sentido que el recurso tiene trascendencia constitucional, pues «la lesión que se denuncia tendría directamente su origen, según la demanda, en la norma jurídica aplicada en las resoluciones judiciales impugnadas» por lo que «la denuncia planteada tendría perfecto encaje en el supuesto contemplado en la letra c) de la mencionada STC 155/2009, FJ 2»; y que «la demanda plantea un problema de alcance constitucional acerca de la delimitación del contenido esencial del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación por razón de sexo, relacionado con la preferencia en el orden de los apellidos, sobre el cual no existe doctrina específica del Tribunal Constitucional», lo que «tendría encaje en la letra a) de la STC 155/2009, FJ 2».

Frente a este razonamiento, tenemos que afirmar que, conforme a la doctrina constitucional expuesta, el recurrente debe desplegar un «esfuerzo argumentativo» para justificar la proyección objetiva de la vulneración producida y colaborar con este Tribunal en la tarea de identificarla. Si se elude esta carga formal, no cabe trasladársela al Tribunal Constitucional, para que éste supla las deficiencias en que incurre la demanda a través de un ejercicio intelectual del que resulten las razones por las que el recurrente parece que entiende que sus pretensiones tienen una dimensión objetiva. Además, razonando de este modo, acaban confundiéndose dos requisitos que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional diferencia y quiere mantener separados: la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 49.1 *in fine* LOTC), por un lado, y la existencia misma de tal especial trascendencia [art. 50.1 b) LOTC], por otro. Si considerásemos que para tener por cumplido el primer requisito basta hallar la proyección objetiva que verdaderamente tiene el recurso, estaríamos soslayando la exigencia del art. 49.1 *in fine* LOTC, como si fuera una indicación legal puramente superflua que nada añade a lo dispuesto en el apartado 1 b) del artículo siguiente. En definitiva, no cabe eludir el hecho de que un recurso no justifica su especial trascendencia constitucional mediante la vía de subrayar las razones por las que podría tenerla efectivamente.

En ausencia de justificación alguna relativa a este requisito, «el recurrente sitúa implícitamente el cumplimiento de su carga justificativa en la argumentación con la que sostiene la lesión de los derechos fundamentales alegados, confundiendo la vulneración del derecho con la especial trascendencia constitucional del recurso, o, alternativamente, el recurrente incumple de modo radical un deber que ha de satisfacer necesariamente» (STC 143/2011, de 26 de septiembre, FJ 2). Consecuentemente, el presente recurso debe inadmitirse por incumplimiento del art. 49.1 *in fine* LOTC.

TRIBUNAL SUPREMO

PATRIA POTESTAD

Aunque hubo un inicial desapego, pasividad e indiferencia del padre del que ya ha salido, no se advierte peligro, perjuicio o perturbación para la hija que justifique la privación de la patria potestad, si bien provisionalmente se atribuye la custodia a los abuelos maternos hasta tanto se restablezca la relación paterno-filial.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Carmelo y D.ª Irene tuvieron una hija, Encarnación, que nació el 13 de marzo de 2002. Los padres se separaron.

La madre pidió la regulación de las visitas por parte del padre a la niña, que fue acordada mediante auto de 14 de junio de 2002, atribuyéndose la guarda y custodia a la madre, derecho de visitas al padre y una cantidad por alimentos a su cargo. El padre tuvo un solo encuentro con la niña cuando nació y en el momento de presentar la demanda origen de este litigio no había tenido más contactos con su hija, al haberse separado de la madre.

Después del fallecimiento de la madre en 2007, la niña pasó a convivir con sus abuelos, D. Efraín y D.ª Leocadia; su tío pidió la constitución de la tutela, que no pudo constituirse por haber comparecido el padre, oponiéndose a ella en tanto que titular de la patria potestad.

D. Carmelo interpuso una demanda contra los abuelos y los tíos de su hija, en la que solicitó que se regularan las relaciones paterno-filiales sobre la guarda y custodia y el derecho de visitas de su hija Encarnación. A esta demanda se acumuló la interpuesta por Efraín, D.ª Leocadia, abuelos de Encarnación y D.ª Salvadora y D. Eugenio, tíos maternos, que solicitaban la privación de la patria potestad del padre por falta de atención a la menor y, subsidiariamente, su suspensión, encomendándose la custodia a los abuelos maternos, con privación asimismo del derecho de visitas y, también, el establecimiento de una pensión de alimentos a cargo del padre.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid dictó Sentencia el 28 de abril de 2009 desestimando la demanda presentada por el padre D. Carmelo y, estimando en parte la presentada por los abuelos y tíos de Encarnación, adoptó las siguientes medidas: 1) Se acuerda la privación de la patria potestad de D. Carmelo sobre su hija Encarnación. 2) Se

nombran tutores de Encarnación a D.ª Leocadia y a D. Eugenio, quienes han aceptado su cargo. 3) Se establece un régimen de contactos muy progresivo entre padre e hija, con una necesaria actuación preliminar. 3.1) Dicha actuación preliminar se llevará a efecto en el Servicio de Orientación y Mediación familiar de los Servicios Sociales de Colmenar Viejo y sin la presencia del padre. En la fecha que dicho Servicio determine Encarnación deberá acudir al mismo acompañada de sus abuelos y de otros familiares que dichos abuelos consideren oportuno. Si el Servicio estima preferible otra presencia familiar se deberá estar a sus sugerencias. En dicha visita preliminar, a la que reiteramos que no acudirá el padre, se informará a Encarnación no sólo de la existencia de D. Carmelo, sino también del interés del padre en relacionarse con ella y del régimen de visitas primario o provisional que después se mencionará. El referido Servicio informará inmediatamente a este Juzgado y a más tardar en 48 horas del resultado de esa primera entrevista, recogiendo la reacción de Encarnación. 3.2) De ser positivo el informe presentado por el Servicio mencionado se acuerda un primer régimen de visitas entre padre e hija consistente al principio en dos horas los primeros sábados de cada mes en el Punto de Encuentro más cercano al domicilio de Encarnación. A la vista de los informes del Punto de Encuentro encargado se podrá adecuar el régimen de visitas a la evolución de los contactos entre padre e hija. En cualquier caso, y en esta fase inicial, durante la mitad de las vacaciones de verano se suspenderán estos contactos, eligiendo dicha mitad, de momento, los tutores de Encarnación. 3.3) De ser negativo el informe presentado por el Servicio mencionado, éste deberá manifestar qué actuación sería la más idónea, siempre tendiendo a entablar un contacto siquiera mínimo entre padre e hija. 4) Se fija como alimentos para la hija a cuyo pago quedará obligado D. Carmelo la cantidad de 380 euros mensuales, que deberá ingresar en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que a tal efecto designen los tutores de Encarnación, siendo revisable esta cantidad anualmente el 1 de enero con arreglo al IPC o índice que lo sustituya, más el 50% de los gastos extraordinarios».

En grado de apelación, la Sección 24.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 6 de mayo de 2010 estimando parcialmente el recurso interpuesto por el padre biológico y dejando sin efecto la privación de la patria potestad que ostenta D. Carmelo respecto de su hija menor Encarnación, así como dejando sin efecto la tutela provisional y la designación de tutores, para aquella, con recuperación de la guarda respecto de la menor, previo régimen de visitas transitorio en tanto consolida la custodia, que provisionalmente se atribuye a D.ª Leocadia y a D. Eugenio. Razona la Sentencia: a) que la patria potestad está concebida legalmente en beneficio de los hijos y requiere el cumplimiento de los deberes descritos en el art. 154 CC (SSTS de 18 de octubre de 1996 y 6 de julio de 1996); b) las limitaciones al ejercicio de la patria potestad deben estar de acuerdo con el principio de protección del interés del menor; c) la privación de la patria potestad ha de reputarse excepcional por su gravedad y «aplicarse únicamente en casos extremos», de modo que «para establecerla no basta la sola constatación de un incumplimiento, aun grave, de los deberes paterno-filiales, sino que es necesario que su adopción venga aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte conveniente en un determinado momento para los intereses del menor»; d) de los hechos resulta que: no queda acreditado el peligro para la menor; no concurren las circunstancias determinantes de la privación de la patria potestad, que solo debe adoptarse «en circunstancias muy puntuales y desde luego, siempre que ello redunde en interés de la niña, beneficio que aquí en modo alguno se acredita»; el informe emitido en 2008 por

el perito del equipo técnico no recomienda la privación, teniendo presente el bienestar del menor; el padre ha desplegado una investigación para conocer el paradero de su hija, y D. Carmelo «es una persona resolutiva, reflexiva y responsable, capaz al menos teóricamente, de planificar, organizar y realizar tareas relacionadas con el cuidado de la niña y de tomar decisiones que garanticen su integración y desarrollo adecuados, siendo persona constante y tenaz ante los problemas que surjan, e informándose poco probable un abandono para la menor», y e) «no advertimos qué peligro, perjuicio o perturbación, pueda suponer para Encarnación la privación de su patria potestad al progenitor biológico, y es lo acordado en la instancia un simple castigo sin jurídica retribución para la niña, o una represalia, sin otro fundamento que el previo desapego, pasividad e indiferencia del padre de la que bien ahora parece haber salido».

D.ª Leocadia, D.ª Salvadora y D. Eugenio interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso está redactado como un escrito de alegaciones, aunque parece claro que lo que se considera infringido es la jurisprudencia de esta Sala, en las sentencias que identifica. Después de referirse al interés del menor, señala que la sentencia recurrida estima que el padre no ha incurrido en un grave incumplimiento, sino que se ha producido un simple distanciamiento y, sin embargo, los recurrentes entienden que el padre de Encarnación ha incumplido gravísimamente los deberes inherentes a la patria potestad, al haber hecho dejación de todas sus competencias de forma permanente durante la vida de la hija. No es un simple distanciamiento, sino un grave incumplimiento el haberse desentendido por completo de la niña.

El motivo no se estima.

La patria potestad constituye un *officium* que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor. Tal como se ha dicho reiteradamente en las sentencias de esta Sala, las causas de privación de la patria potestad están formuladas en forma de cláusula general en el art. 170 CC y requieren ser aplicadas en cada caso según las circunstancias concurrentes. La STS 183/1998, de 5 marzo dijo que la amplitud del contenido del art. 170 CC y la variabilidad de las circunstancias «exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación [...] en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor [...]».

Sobre la base del interés del menor, debe también tenerse en cuenta que en este caso hay que examinar si la privación de la potestad es conveniente o no para la niña, dejando de lado las complejas relaciones personales entre el padre y la familia extensa de Encarnación y esto es lo que ha realizado la sentencia recurrida al valorar las pruebas que constan en los autos.

La sentencia recurrida ha apreciado las pruebas presentadas en relación a la concurrencia o no de causa de pérdida de la patria potestad del padre de acuerdo con los criterios de racionalidad exigidos en el ordenamiento jurídico. El escrito de los recurrentes valora esta prueba de forma distinta, en su propio interés, sin que se haya impugnado su valoración a través del cauce procesalmente correcto. En definitiva, se hace supuesto de la cuestión, porque se parte de una apreciación del resultado de la prueba que no tiene en cuenta lo dicho en la apelación y se busca convertir la casación en una tercera instancia. Por todas estas razones, debe concluirse que el recurso presentado no se ajusta a la correcta técnica casacional.

La parte recurrente no ha demostrado que se haya vulnerado la doctrina de esta Sala en lo referente a la interpretación de las causas de privación de la patria potestad. Todas las sentencias que los

recurrentes citan en apoyo de sus tesis se refieren a supuestos en que o bien se olvidan los hechos probados (STS 900/2005, de 10 octubre), o bien el padre desconocía el paradero de la hija porque la madre se lo había ocultado (SSTS 654/2004, de 12 julio; 1127/2003, de 27 noviembre), o bien se ha probado un incumplimiento reiterado (STS 998/2004, de 11 octubre). En realidad, todas las sentencias citadas confluyen en el problema de la prueba, en el que inciden los actuales recurrentes.

En conclusión, no se acredita en el recurso que concurra un interés de la menor Encarnación que deba producir la privación de la patria potestad.

No se priva al padre de la patria potestad toda vez que éste, una vez disipadas las dudas sobre su paternidad tras la práctica de la prueba biológica a la que se prestó voluntariamente, no se opuso a la pretensión formulada de contrario.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Miriam mantuvo unas relaciones de hecho con D. Carlos Antonio, de las que nació una niña el 9 de julio de 2007.

Miriam interpuso contra D. Carlos Antonio una demanda de reclamación de la filiación no matrimonial, en la que solicitaba que se declarara padre de la menor al demandado practicándose la oportuna inscripción y que se fijara una cantidad de 300 euros de alimentos mensuales, para la niña, actualizables con el IPC. Pidió que se practicara la prueba biológica.

D. Carlos Antonio se opuso a la demanda, pero aceptó la práctica de la prueba biológica, que arrojó un resultado positivo sobre la paternidad del demandado.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Madrid dictó Sentencia el 2 de julio de 2009 estimando la demanda ya que el dictamen emitido por el Instituto Nacional de Toxicología determinaba de manera irrefutable que el demandado era el padre de la niña Aurora y fijó los alimentos en la cantidad de 190 euros, de acuerdo con la petición del Ministerio Fiscal y las circunstancias del obligado a prestarlos.

En grado de apelación, la AP de Madrid, Sec. 22.ª, dictó Sentencia el 13 de abril de 2010 confirmando la Sentencia del Juzgado. La recurrente alegaba que la filiación se había determinado contra la oposición del padre y que la reducción de la cantidad pedida en concepto de alimentos suponía un grave perjuicio para la niña, por lo que pedía que se aplicase el art. 111 CC, a lo que se opuso el Ministerio Fiscal. La sentencia confirmó la cantidad atribuida, cuestión que no se reproduce en casación. Respecto a la aplicación del art. 111 CC, la sentencia recurrida considera probado que la actitud mantenida por el padre no permitía la aplicación del mencionado artículo y de la privación consiguiente de la patria potestad, porque no procede aplicar la doctrina de esta Sala, concretada en la STS de 11 de mayo de 1995, de acuerdo con la que «[...] la regla 2.ª del art. 111 CC se refiere a una filiación impuesta contra la voluntad del progenitor, no equiparable, por tanto, a la situación

aquí considerada, en la que el demandado una vez disipadas las dudas sobre su paternidad, mediante la prueba pericial practicada y a cuya determinación biológica se prestó voluntariamente, no se opone a la pretensión formulada de contrario. Las leyes civiles sancionadoras, con pérdida de derechos, son de interpretación restrictiva» y además «[...] aquietando ya el resultado de la prueba pericial biológica, no apeló la declaración de paternidad».

D.ª Miriam interpuso recurso de apelación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el único motivo del recurso se alega la infracción del art. 111.2 CC, así como de reiterada doctrina jurisprudencial relativa a la exclusión de la patria potestad cuando la filiación se determina en juicio con la oposición del demandado. Después de resumir lo sucedido en el procedimiento, la recurrente considera que para que opere la exclusión de la patria potestad, basta con que el progenitor se haya opuesto a la demanda de filiación y en el caso en que albergara dudas sobre su paternidad, debería haberse allanado a la demanda o al menos manifestar que estaría de acuerdo con el resultado de la prueba biológica. Todo ello para proteger el interés de la menor. Alega las SSTS de 2 febrero 1999, 24 junio 2004, 7 julio 2004, 12 noviembre 2008.

El motivo no se estima.

El art. 111.2 CC establece que quedará excluido de la patria potestad el progenitor «2. Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición». Si bien se trata de una norma que sanciona la negativa del padre demandado al reconocimiento de la filiación, cuando ésta resulta probada, no se ha aplicado de forma rígida puesto que esta Sala entiende que no resulta conveniente para el interés del menor, la privación de la patria potestad en aquellos casos en que si bien ha existido una primera oposición, ha desaparecido cuando los resultados de la prueba biológica han sido incontestables y el demandado los ha aceptado sin mayor oposición. Así, la STS 1072/2008, de 12 noviembre, dice que la situación del art. 111.2 CC «solo puede darse cuando a la determinación de la filiación se haya producido oposición del progenitor, oposición que ha de ser frente a lo que es evidente y al final resulta demostrado y ha de ser firme, sin poder identificarla con el derecho de defensa que a nadie puede negarse dentro de unos parámetros fundamentados seriamente». Hay que tener en cuenta que antes de haberse efectuado dicha prueba, pueden presentarse dudas que solo van a solventarse con la prueba realizada con las garantías debidas, como ocurre con la que tiene lugar en el ámbito del proceso.

Es por ello que las sentencias que invoca la recurrente no pueden ser aceptadas como doctrina que haya sido vulnerada por la sentencia recurrida. Así, las sentencias citadas (2 febrero 1999; 24 junio 2004, 7 julio 2004 y 12 noviembre 2008) examinan los hechos e interpretando el art. 111.2 CC, consideran que hubo una oposición del padre contraria a la aceptación de la filiación.

Por otra parte, el art. 111.2 es una norma que priva de derechos, lo que implica que deba ser interpretada de forma restrictiva, por lo que, de acuerdo con las SSTS de 2 febrero 1999 y 624/2004, de 24 junio, la exclusión del ejercicio de la patria potestad se producirá cuando el progenitor biológico no acepta su paternidad.

La aplicación de esta doctrina determina:

1.º No hubo en realidad oposición del demandado, porque como afirma la sentencia recurrida, una vez efectuada la prueba biológica y determinada la filiación y disipadas las dudas originadas por el hecho de las relaciones de la madre con otra persona poco tiempo después de haber cesado las del demandado, este estuvo dispuesto a hacerse cargo de la niña. En este punto, además, la recurrente hace supuesto de la cuestión, porque pretende que se revise la prueba convirtiendo así la casación en una tercera instancia.

2.º No se opuso a la celebración de la prueba biológica y aceptó claramente los resultados, porque como afirma la STS

1072/2008, de 12 noviembre, «[...] sólo puede darse cuando a la determinación de la filiación se haya producido oposición del progenitor, oposición que ha de ser frente a lo que es evidente y al final resulta demostrado y ha de ser firme, sin poder identificarla con el derecho de defensa que a nadie puede negarse dentro de unos parámetros fundados seriamente».

3.º No se ha demostrado en ningún momento que el interés del menor requiriera la exclusión de la patria potestad.

GUARDA Y CUSTODIA

Todo régimen de custodia tiene sus ventajas e inconvenientes, no pudiéndose dar primacía a ninguno de ellos pues el modelo más adecuado es el que mejor se adapte al menor y a su interés.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de enero de 2012

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Silvio y D.ª Estíbaliz contrajeron matrimonio el 29 de junio de 2001.

El 1 de diciembre de 2002 nació del matrimonio una hija, D.ª María Milagros.

El 28 de julio de 2004 firmaron un convenio regulador de separación fijando la guarda y custodia materna, convenio que fue ratificado con la sentencia de separación de 19 de octubre de 2004.

D. Silvio interpuso demanda de divorcio y modificación de medidas contra D.ª Estíbaliz solicitando, con carácter principal, la guarda y custodia de la hija menor de ambos y, de forma subsidiaria, la custodia compartida.

Se emitió informe del equipo técnico psicosocial en el presente procedimiento, con las siguientes conclusiones: «Primera.—Al momento de la presente exploración pericial no se han advertido signos evidentes de desadaptación en la menor María Milagros. Observándose adecuada vinculación a ambos progenitores y describiendo adecuadas interacciones en ambos contextos. Segunda.—Desde un punto de vista técnico no se han encontrado indicadores suficientes que justifiquen un cambio en la titularidad de la guarda y custodia de la menor. Por tanto, creemos que un cambio respecto de la situación actual no afectaría esencialmente a su bienestar psicológico, ni de forma positiva ni de forma negativa, por el contrario, cualquier modificación en el entorno de la menor supondría una readaptación de esta que en el momento de la presente pericial no creemos necesario. Respecto a la opción de guarda y custodia compartida planteada en segunda opción por el Sr. Silvio la conflictividad interparental, desde un punto de vista técnico, desaconseja dicha opción. Tercera.—La conflictividad interprogenitores postruptura se ha identificado desde la literatura científica al respecto como un factor de riesgo para la adaptación de los menores al proceso de separación familiar y por ende a su normal desarrollo psicoevolutivo, considerándose, desde un punto de vista técnico, adecuado la incursión de los Sres. Silvio Estíbaliz en una

intervención terapéutica que les ayude a gestionar de manera adecuada la separación conyugal, en el sentido de las consideraciones de este informe.

El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Pozuelo de Alarcón dictó Sentencia el 30 de abril de 2008 decretando el divorcio y acordando, en cuanto a la guarda y custodia, que la menor permaneciera con la madre, al no existir razones para su modificación, según el informe psico-social. El razonamiento utilizado fue el siguiente: «que se encuentra perfectamente adaptada a la situación actual y que no le reportaría un beneficio mayor que la mantención de la situación actual, pero sí el perjuicio del deber de readaptación. [...] que el régimen de custodia compartida no resulta adecuado al presente caso dada la deficiente gestión que los progenitores han hecho con su separación, dicho de otro modo, el enfrentamiento entre los progenitores se constituye en el elemento básico para establecer un mal pronóstico al régimen de custodia compartida por cuanto la misma requiere un alto nivel de relación y respeto entre las partes, extremos que no se dan en el presente caso».

En grado de apelación, la Sec. 24.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el día 6 de julio de 2009 desestimando el recurso interpuesto por el padre. El argumento es el siguiente: «La parte apelante y demandante no ha ofrecido a la Sala razones objetivas y plenamente acreditadas y fundadas que evidencien el error cometido en la resolución de instancia y hagan aconsejable en beneficio de la menor cambiar el sentido de la tal resolución adoptada tras haber gozado el juzgador de instancia del privilegio del principio de inmediación y practicarse una serie de pruebas entre las que destaca el informe psicosocial donde se aconseja con la debida profesionalidad, objetividad e imparcialidad debida, la mayor idoneidad para el ejercicio de las funciones de guarda y custodia, sin que haya justificado debidamente un cambio operado desde que las partes en convenio regulador pactaran la guarda y custodia, y sin que proceda de conformidad con el artículo 92 del Código Civil una guarda y custodia compartida, en defecto de pacto, situación conflictiva entre los progenitores y falta de informe favorable del Ministerio Fiscal».

D. Silvio interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso de casación se funda, en síntesis, en que la ley 15/2005 de 8 de julio ha dado nueva redacción al artículo 92 del CC, incorporando la guarda y custodia compartida, sobre la que el Tribunal Supremo no ha tenido oportunidad de establecer doctrina jurisprudencial. La parte recurrente justifica así el interés casacional, destacando que las Audiencias Provinciales que se han pronunciado sobre este régimen de custodia, han puesto de relieve las virtudes del sistema.

Señala que desde la demanda se ha puesto de manifiesto una situación de síndrome de alineación parental que pudiera estar sufriendo la menor, síndrome que podía corregirse con la guarda y custodia compartida.

Discrepa del hecho que la sentencia recurrida resuelva la cuestión en un único párrafo y ataca sus fundamentos. Así, la parte recurrente señala que cuando se acordó el convenio regulador, el régimen de guarda y custodia compartida no estaba en vigor; que la conflictividad entre los cónyuges no implica desechar automáticamente este régimen; que el informe psico-social destaca que el interés de la menor es de siete a tres a favor del padre y de su entorno familiar. Siendo todo esto así, no existe circunstancia negativa, a juicio de la parte recurrente, que impida una custodia compartida, o incluso paterna, debiendo prevalecer el régimen de custodia compartida por las consecuencias positivas de este.

1. Doctrina de la Sala sobre la guarda y custodia compartida.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el régimen de guarda y custodia compartida, en todos aquellos asuntos en los que se ha justificado el interés casacional. Así, en la sentencia de 28 septiembre 2009, RC núm. 200/2006, se interpretó el art. 92 CC en el sentido siguiente: «[...] permite al juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el pr. 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a "la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia" (artículo. 92.9 CC). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC, que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil y regula el artículo 752.1, 2 LECiv. Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 CC, establece que el juez debe «valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda».

Los criterios que se deben de valorar en la atribución de la guarda y custodia compartida, también han sido analizados por esta Sala. Así en la sentencia de 8 octubre 2009, RC núm. 1471/2006, se señaló que «[...] el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. [...] Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven».

Estos criterios deben atender a la protección del interés del menor, y así el artículo 92 debe ser interpretado con esta finalidad, sin perjuicio de que la medida que se acuerde pueda ser revisada cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias que permitan un tipo distinto de guarda o impidan el que se había acordado en un momento anterior.

2. Aplicación de la anterior doctrina al caso enjuiciado.

A) La revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse, como esta Sala ha venido repitiendo, si el Juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (SSTS de 22 julio 2011, RC 813/2009 y STS de 21 julio de 2011, RC 338/2009), pues como se señaló anteriormente, el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este.

B) El recurso de casación interpuesto debe de ser desestimado por las siguientes razones:

El recurrente no alega en ningún caso la vulneración del principio del interés del menor por la sentencia recurrida. Del planteamiento del recurso puede deducirse que la parte recurrente considera que el interés del menor se protegería más eficazmente con el régimen de guarda

y custodia compartida por los beneficios de este sistema. Este planteamiento hubiera hecho necesario, por parte de la parte recurrente, un examen de las circunstancias concretas del caso que permitieran afirmar que el interés del menor resultaba mejor protegido con este sistema. Sin embargo, el recurrente cuestiona los razonamientos de la sentencia recurrida, oponiendo sus propios argumentos sobre la primacía y la conveniencia general de la guarda y custodia compartida, pero no contiene ninguna referencia concreta al interés de la menor. Las únicas referencias que realiza, en relación al posible padecimiento del síndrome de alineación parental de la menor, contradicen el resultado de la prueba pericial practicada.

En el recurso interpuesto se destacan de modo genérico las virtudes del sistema de guarda y custodia compartida considerando que este sistema ha de prevalecer sobre cualquier otro. Sin embargo, hay que precisar que todo régimen de custodia tiene sus ventajas y sus inconvenientes y que la primacía del sistema de custodia compartida que destaca la parte recurrente no es tal, pues lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el artículo 92 como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda (STS de 11 de marzo de 2010, RC 54/2008; STS de 7 de julio de 2011, RC 1221/2010; STS de 21 de febrero de 2011, RC núm. 1886/2008, entre otras).

Al no haberse justificado en el recurso que la sentencia recurrida haya atendido incorrectamente al interés de la menor, el motivo ha de ser desestimado. Y todo ello, sin perjuicio de que vuelva a plantearse un procedimiento de modificación de medidas si concurren circunstancias para ello.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Aunque el matrimonio solo duró cuatro años, se reconoce a la esposa una pensión compensatoria hasta que encuentre un trabajo, no considerando el Tribunal Supremo que el establecimiento de esta condición vulnere ningún precepto legal ni la jurisprudencia de la Sala.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de enero de 2012

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Norberto interpuso demanda de divorcio contra D.ª Mariola.

Al contestar a la demanda, D.ª Mariola formuló reconvención solicitando una pensión compensatoria por desequilibrio de 800 euros al mes. Fundó esta pretensión, en síntesis, en la diferente situación económica en que habían quedado los cónyuges tras la ruptura, aduciendo que mientras el marido obtenía unos beneficios de unos 5.000 euros al mes como taxista y tenía en propiedad la vivienda conyugal, ella no trabajaba, por su edad (57 años) tenía difícil acceder a un empleo, y carecía de vivienda en propiedad.

El juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción núm. 7 de San Bartolomé de Tirajana dictó Sentencia el 10 de enero de 2008 estimando en parte la demanda y reconoció a la esposa una pensión compensatoria por importe de 120 euros mensuales, pero solo hasta que encontrase nuevo empleo. Justificó su procedencia y cuantía, pese a la breve duración del matrimonio

(cuatro años) por la realidad del desequilibrio originado por la ruptura en atención a que el marido mantuvo tras esta su mismo nivel de ingresos mientras la esposa estaba sin empleo y por su edad, cualificación profesional y estado de salud (depresión) tenía difícil su incorporación al mercado laboral. Y razonó, en torno a su decisión de concederla solo hasta la obtención de trabajo por la beneficiaria, que la pensión no busca igualar económicamente a los cónyuges sino mitigar el impacto de la ruptura en el cónyuge menos favorecido por ella.

En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia el 16 de enero de 2009 desestimando el recurso interpuesto por ambos cónyuges. Declaró probada la existencia de desequilibrio en atención a que los superiores ingresos del marido y a que la esposa, aunque trabajó durante el matrimonio, no lo hacía en el momento de la ruptura. También consideró ajustada la cuantía de la pensión compensatoria (120 euros mensuales) y su limitación temporal hasta que la perceptora encontrase trabajo, porque la finalidad del artículo 97 CC, especialmente en matrimonios de corta duración, no es asegurar una pensión vitalicia ni equilibrar los patrimonios tras la ruptura sino resarcir de manera paliativa el desnivel económico que produce el divorcio, habida cuenta que cada cónyuge puede actualmente disolver el matrimonio sin causa y unilateralmente.

D. Norberto interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente denuncia la infracción del artículo 97 CC y aduce que el recurso presenta interés casacional por infringir la jurisprudencia de esta Sala desde una doble perspectiva. De una parte, por lo que respecta a la apreciación de la existencia de desequilibrio, porque la AP no tiene en cuenta que según la doctrina, este ha de ser consecuencia de la ruptura e implica un empeoramiento económico del cónyuge beneficiario en relación con la que tenía constante matrimonio, siendo obligado confrontar las condiciones económicas de cada esposo antes y después de la ruptura, todo lo cual lleva a la conclusión de que ningún desequilibrio generó la ruptura a la esposa que la haga merecedora de una pensión compensatoria. De otra parte, en cuanto a su concesión condicionada a que la esposa beneficiaria obtenga trabajo, porque en las circunstancias concurrentes, de concederse la pensión, debería haberse fijado un límite temporal, sin que sea correcto hacer depender su mantenimiento de una circunstancia —que obtenga trabajo— exclusivamente dependiente de la voluntad de la perceptora.

El motivo se desestima por el Tribunal Supremo.

Las SSTS de 22 junio de 2011 [RC núm. 1940/2008] y 19 de octubre de 2011 [RC núm. 1005/2009] resumen la doctrina de esta Sala sobre la naturaleza de la pensión compensatoria, en particular, respecto del concepto de desequilibrio y del momento en que este debe producirse. Según se afirma, por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Al constituir finalidad legítima de la norma legal colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, es razonable entender, de una parte, que el desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, y, de otra, que dicho desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio, y no

basarse en sucesos posteriores, que no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial. De ahí que la STS de 19 de octubre de 2011 declare, en un supuesto en el que se atribuyó «una especie de pensión compensatoria condicionada al caso de pérdida de un trabajo en un momento posterior al divorcio» que la hipotética pérdida de empleo, en cuanto circunstancia no existente al tiempo de la ruptura, que sobrevino después, aun en caso de ocurrir «no podría considerarse una causa de desequilibrio».

La posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias, es en la actualidad una cuestión pacífica, tanto a la luz de las muchas resoluciones de esta Sala (entre las más recientes, SSTS de 17 de octubre de 2008 [RC núm. 531/2005 y RC núm. 2650/2003], 21 de noviembre de 2008 [RC núm. 411/2004], 29 de septiembre de 2009 [RC núm. 1722/2007], 28 de abril de 2010 [RC núm. 707/2006], 29 de septiembre de 2010 [RC núm. 1722/2007], 4 de noviembre de 2010 [RC núm. 514/2007], 14 de febrero de 2011 [RC núm. 523/2008] y 27 de junio de 2011 [RC núm. 599/2009]) que reiteran la doctrina favorable a la temporalidad fijada por las sentencias de 10 de febrero de 2005 y 28 de abril de 2005, como por haberse manifestado también posteriormente en el mismo sentido positivo el legislador mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio, que ha dado una nueva redacción al artículo 97 CC, estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única.

Según esta doctrina, el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC (que según la doctrina de esta Sala, fijada en STS de 19 de enero de 2010, de Pleno [RC núm. 52/2006], luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 [RC núm. 514/2007], 14 de febrero de 2011 [RC núm. 523/2008] y 27 de junio de 2011 [RC núm. 599/2009], entre las más recientes, tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión) que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre.

En la misma línea, las SSTS de 9 y 17 de octubre de 2008 [RC núm. 516/2005 y RC núm. 531/2005], mencionadas por las más recientes de 28 de abril de 2010 [RC núm. 707/2006] y 4 de noviembre de 2010 [RC núm. 514/2007]), afirman que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

Por lo que se refiere a su extinción posterior, esta Sala (SSTS de 3 de octubre de 2008, [RC núm. 2727/2004], y 27 de junio de 2011 [RC núm. 599/2009]) consideró, en síntesis, que cualquiera que sea la duración de la pensión «nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada», lo que deja expedita la vía de los artículos 100 y 101 CC, siempre, lógicamente,

que resulte acreditada la concurrencia del supuesto de hecho previsto en dichas normas. Por tanto, constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 CC «si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas —alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (artículo 100 CC) o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (artículo 101 CC)—».

El expresado sentido y alcance de la doctrina mencionada determina que deba rechazarse el motivo y confirmarse la decisión de la AP, si bien con razonamientos en parte distintos.

El motivo contiene un primer argumento de impugnación, coincidente, en lo sustancial, con la denuncia articulada mediante el sucinto motivo segundo —que no superó la fase de admisión— en el que se cuestiona la procedencia misma de la pensión reconocida, sobre la base de negar la existencia de un desequilibrio que la AP, por el contrario, y en atención a la prueba practicada, sí consideró suficientemente acreditado. La tesis del recurrente no puede ser acogida en tanto que construye su discrepancia respecto del reconocimiento de la pensión desde una contemplación de los hechos diferente de la acogida por la sentencia recurrida, debiéndose recordar en este sentido que no cabe revisar en casación la decisión de la AP siempre que sea consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC, que sirven tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad. Esta condición se cumple en este caso puesto que la conclusión favorable a la existencia de desequilibrio se asienta, fundamentalmente, en la duración del matrimonio, la edad (57 años) y salud de la esposa (aquejada de síndromes depresivos), así como el hecho de que no trabajase al tiempo de la ruptura y tuviera, por las circunstancias anteriores, razonables dificultades para acceder al mercado laboral.

El segundo argumento se dirige a combatir la decisión de condicionar la duración de la pensión a la obtención de empleo. Ciertamente, la temporalidad de la pensión se contempla, tanto por el legislador como por la doctrina que se cita para justificar el interés casacional, como una opción y no como una obligación, de lo que se sigue que, tanto antes como después de la reforma de 2005, nada impide su fijación con carácter indefinido si esta solución resulta la más adecuada para asegurar la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, pues únicamente cuando esta función no se resiente, puede concederse por un tiempo concreto. Y en caso de fijarse un plazo, su extensión dependerá de un juicio prospectivo sobre la idoneidad o aptitud del perceptor para superar el desequilibrio que constituye su razón de ser, en un mayor o menor espacio de tiempo, el cual, como se ha dicho, ha de apreciarse en función de las circunstancias existentes al tiempo de la ruptura. En consecuencia, solo cabe fijarla con carácter vitalicio o por un tiempo determinado, de manera que una decisión como la controvertida, que no fija un plazo concreto de percepción sino que tan solo condiciona la subsistencia de la pensión a la obtención de trabajo por la beneficiaria, solo puede entenderse como favorable a su reconocimiento con carácter vitalicio, pues si el juicio prospectivo hubiera llevado a la AP a la conclusión de que la esposa podría obtener trabajo en un plazo determinado, o lo que es igual, a restablecer el desequilibrio generador de su derecho a pensión en un tiempo determinado, lo hubiera señalado expresamente. Si no lo hizo, debe interpretarse que fue debido a que las circunstancias personales de la esposa, en particular su edad y estado de salud, constituían serias dificultades a la hora de incorporarse al mercado laboral, que es un aspecto que, aunque no se descarta, tampoco se prevé como algo que vaya a acontecer con certeza en un tiempo concreto. Puesto que la pensión compensatoria no es un instrumento o mecanismo de previsión anticipada de necesidades futuras, ni es posible al órgano judicial condicionar el reconocimiento de la pensión a una eventualidad futura como la pérdida de empleo, ni la futura obtención del mismo puede valorarse anticipadamente, como condición que permita privar del derecho a la beneficiaria que acceda al mercado laboral. De acontecer esta circunstancia, ha de valorarse

como un cambio de las circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento. Todas estas razones llevan a confirmar la decisión de la AP, pese a no compartirse en su totalidad los razonamientos esgrimidos en la sentencia recurrida, pues, teniendo dos alternativas posibles, si no resolvió restringir temporalmente la percepción, solo cabe entender que acordó su reconocimiento con carácter vitalicio, de forma que la hipotética obtención de empleo por la perceptora habría de valorarse en el momento de que se produzca, al objeto de que el recurrente pueda solicitar la extinción del derecho por cambio de circunstancias, en particular, por la desaparición del desequilibrio que lo motivó.

Se extingue la pensión compensatoria habida cuenta que la ex esposa se encuentra en situación de excedencia voluntaria en su trabajo de enfermera, no siendo obstáculo que lleve más de diecisiete años retirada de su actividad laboral.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de enero de 2012

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Trinidad interpuso demanda de divorcio contra su ex esposo solicitando el mantenimiento de las estipulaciones del convenio que fueron aprobadas judicialmente en la sentencia de separación.

D. Alejandro contestó a la demanda y solicitó la extinción de la pensión compensatoria o, subsidiariamente, que se reduzca a 1.000 euros mensuales a percibir por un tiempo de dos años.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Madrid dictó sentencia de 25 de abril de 2008 declarando el divorcio y manteniendo las medidas de la separación.

En grado de apelación, la Sec. 24.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 6 de noviembre de 2008 declarando extinguida la pensión compensatoria.

D.ª Trinidad interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Para mantener la pensión compensatoria, razonó la sentencia del Juzgado que de la prueba practicada resulta que la enfermedad del demandado (infarto agudo de miocardio) no ha sido óbice para que los rendimientos de la sociedad de responsabilidad limitada en que participa aumentaran considerablemente, siendo también titular de dos vehículos de alta gama y de varios inmuebles. Queda probado que el demandado, de profesión cirujano cardiovascular, es el dueño de la próspera ... S.L., a través de la cual recibe sus ingresos, y que su conexión con esta sociedad es indudable, hasta el punto de que la pensión compensatoria se pagaba mediante transferencia bancaria con cargo a cuenta de la citada mercantil. Todo ello supone que, a pesar de la enfermedad, cuyo remedio ha precisado y aconseja la disminución de su ritmo de trabajo, los resultados económicos de la sociedad que administra se han visto incrementados, lo que, unido también a las rentas declaradas en el IRPF del año 2006, demuestra que dispone de recursos

suficientes para mantener la pensión compensatoria cuya supresión se pretende. En relación con la esposa demandante queda acreditado que es enfermera y pertenece al personal estatutario fijo de la Comunidad de Madrid desde el 12 de mayo de 1980, y que se encuentra en situación administrativa d excedencia voluntaria por interés particular desde el 24 de enero de 1990 hasta la actualidad, sin que conste que haya solicitado su reincorporación al servicio activo. En este sentido, el demandado no ha probado el supuesto pacto verbal existente entre ambos cónyuges, por el cual la esposa se habría comprometido a reincorporarse al mercado laboral y a dejar de percibir la pensión compensatoria, por lo que no existen razones para apreciar la renuncia a dicho derecho. De conformidad con los informes médicos obrantes resulta que la demandante se haya en tratamiento psicofarmacológico por un cuadro depresivo mayor que le fue diagnosticado tras su separación conyugal, habiendo tenido un intento de suicidio el 8 de noviembre de 2007. Además, presenta una ambliopía profunda en el ojo derecho, secundaria a un estrabismo, sin posibilidades de recuperación visual, y se aconseja la vigilancia del ojo izquierdo por padecer una miopía magna con degeneraciones retinianas periféricas y con una maculopatía por múltiples episodios de coroidopatía central serosa, todo lo cual dificulta su incorporación a su trabajo, del que seguramente solicitó la excedencia para dedicarse al cuidado de sus hijos y familia. Descartada la incorporación a su puesto de trabajo, existen razones para considerar que la situación económica de la esposa debe continuar siendo la que disfrutaba antes de la separación y el divorcio, pues con la pensión compensatoria se pretende, en cierta medida, perpetuar tras la ruptura de la convivencia conyugal la situación económica habida durante la misma.

El razonamiento jurídico utilizado por la AP de Madrid para extinguir la pensión compensatoria fue el siguiente: La pensión compensatoria tiene como presupuesto fáctico el desequilibrio económico que para uno de los cónyuges deriva de la ruptura. Para apreciar el empeoramiento debemos comparar el status económico durante el matrimonio con la situación posterior del cónyuge que pide la pensión. Dado que toda ruptura tiene una incidencia negativa en la economía de ambos miembros de la pareja, la mayoría de la doctrina considera que el reequilibrio no significa igualdad de patrimonios, sino hallarse cada uno de ellos, de forma autónoma, en la posición económica que le corresponde según sus propias actitudes y capacidades para generar recursos económicos. Sentado cuanto antecede, del estudio de las actuaciones y de la valoración de la prueba en su conjunto, resulta que procede estimar el recurso del ex marido y declarar extinguida la pensión de la Sra. Trinidad pues la pensión compensatoria del artículo 97 CC no es dable a favor de persona que posee una importante cualificación profesional y con un puesto fijo de trabajo, encontrándose en situación de excedencia como enfermera por interés particular, no siendo de recibo que su exmarido, que sufrió un infarto agudo de miorcardio, deba subvenir las necesidades de la demandante cuando esta posee una importante cualificación profesional y un puesto laboral que le permite hacerlo por sí misma, no constando su incapacidad para el ejercicio profesional.

1. Motivos del recurso de casación.

Se formula recurso de casación, al amparo del artículo 477.2.3.º LEC, por existencia de interés casacional, articulado en tres motivos.

a) Inexistencia de modificación de las circunstancias existentes en el momento del establecimiento de la pensión compensatoria. El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente: La sentencia recurrida declara que la pensión no es dable a quien, por tener un puesto de trabajo fijo e importante cualificación profesional, puede subvenir por sí misma sus propias necesidades. La recurrente lleva más de 17 años retirada de su actividad laboral en situación de excedencia. Esto significa que su inserción en el mercado laboral no va a ser fácil, debido al enorme reciclaje que tendría que realizar. Es ilusorio que pueda desenvolverse autónomamente y superar el desequilibrio en un plazo de tiempo determinado. Una vez fijada la pensión en separación de mutuo acuerdo, no puede pretenderse en proceso de divorcio posterior la extinción inmediata de tal derecho pues el artículo 101 CC exige el cese de la causa que lo motivó y dicha causa no ha cesado ya que la situación de excedencia en el trabajo ya

existía cuando se aprobó el convenio y se dictó sentencia de separación de mutuo acuerdo. Por tanto, la AP acuerda la extinción de la pensión sin concurrir los supuestos de hecho normativos previstos en los artículos 100 y 101 CC.

b) Existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, que versan sobre concesión a la esposa de la pensión compensatoria vitalicia para paliar el desequilibrio económico existente después de la separación. Sentencia que fundamentan el interés casacional del presente recurso. El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente: Cita y extracta la STS de 10 de febrero de 2005. Cita y extracta la SSAP de Salamanca de 23 de junio de 1998; La Coruña, de 9 de noviembre de 2007; de las Islas Baleares (Sección 3.ª), de 25 de abril de 2002, y la STS de 17 de octubre de 2008. La sentencia recurrida da por extinguida la pensión sin tomar en cuenta la grave situación de desequilibrio que se le genera con respecto a la situación constante el matrimonio, que es precisamente lo que intenta paliar el artículo 97 CC.

c) Incapacidad de la recurrente para reincorporarse al mercado laboral. Mantenimiento de los ingresos del Sr. Alejandro. No se ha producido cambio alguno de las circunstancias que dieron lugar al establecimiento de la pensión. El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente: La sentencia recurrida otorga relevancia al infarto sufrido por el ex marido, pero no atiende a la realidad de la enfermedad de la demandante, en tratamiento psicofarmacológico por un cuadro depresivo diagnosticado tras la separación, además de una ambliopatía profunda en el ojo derecho sin posibilidad de recuperación visual, con miopía magna con degeneraciones retinianas periférica, que hacen que no esté en situación idónea para incorporarse al mercado laboral. Por el contrario, la enfermedad del esposo no es óbice para que su fortuna siga incrementándose a través de su empresa.

2. Control en casación de la decisión de la Audiencia Provincial respecto de la fijación y duración de la pensión compensatoria.

Entre las más recientes, las SSTS de 22 junio de 2011 [RC núm. 1940/2008] y 19 de octubre de 2011 [RC núm. 1005/2009] resumen la doctrina de esta Sala sobre la naturaleza de la pensión compensatoria, en particular, respecto del concepto de desequilibrio y del momento en que este debe producirse. Según se afirma, por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Al constituir finalidad legítima de la norma legal colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, es razonable entender, de una parte, que el desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, y, de otra, que dicho desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio, y no basarse en sucesos posteriores, que no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial.

Partiendo de la concurrencia de desequilibrio, en la medida que la ley no establece de modo imperativo el carácter indefinido o temporal de la pensión, constituye igualmente doctrina consolidada:

a) Que su fijación en uno y otro sentido dependerá de las específicas circunstancias del caso, particularmente, las que permiten valorar la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, siendo única condición para su establecimiento temporal que no se resienta la función de restablecer el equilibrio que constituye su razón de ser (SSTS de 17 de octubre de 2008 [RC núm. 531/2005 y RC núm. 2650/2003], 21 de noviembre de 2008 [RC núm. 411/2004], 29 de septiembre de 2009 [RC núm. 1722/2007], 28 de abril de 2010 [RC núm. 707/2006], 29 de septiembre de 2010 [RC núm. 1722/2007], 4 de noviembre de 2010 [RC núm. 514/2007], 14 de febrero de 2011 [RC núm. 523/2008] y 27 de junio de 2011 [RC núm. 599/2009]).

b) Que esta exigencia o condición obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC, que según la doctrina de esta Sala, fijada en STS de 19 de enero de 2010, de Pleno [RC núm. 52/2006], luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 [RC núm. 514/2007], 14 de febrero de 2011 [RC núm. 523/2008] y 27 de junio de 2011 [RC núm. 599/2009], entre las más recientes, tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio y como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión, las cuales permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre.

c) Que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia (SSTS de 9 y 17 de octubre de 2008 [RC núm. 516/2005 y RC núm. 531/2005], mencionadas por las más recientes de 28 de abril de 2010 [RC núm. 707/2006] y 4 de noviembre de 2010 [RC núm. 514/2007]).

3. Por lo que se refiere a su extinción posterior, esta Sala (SSTS de 3 de octubre de 2008, [RC núm. 2727/2004] y 27 de junio de 2011 [RC núm. 599/2009]) consideró, en síntesis, que cualquiera que sea la duración de la pensión «nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias», lo que deja expedita la vía de los artículos 100 y 101 CC, siempre, lógicamente, que resulte acreditada la concurrencia del supuesto de hecho previsto en dichas normas. Por tanto, constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 CC «si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas —alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (artículo 100 CC) o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (artículo 101 CC)—».

Si bien se ha declarado (SSTS de 3 de octubre de 2008 [RC núm. 2727/2004] y de 27 de junio de 2011 [RC núm. 599/2009]) que no es posible poner fin a la pensión reconocida por el mero transcurso del tiempo en su percepción, o por las consecuencias que en el plano económico puedan haber resultado de la liquidación del régimen económico matrimonial (en el primer caso, porque lo relevante no es el dato objetivo del paso del tiempo sino la posibilidad de superar la situación de desequilibrio que justificó la concesión del derecho; en el segundo, porque el hecho de que la esposa fuera adjudicataria de bienes como resultado de liquidarse la sociedad de gananciales no implica un incremento de su fortuna ya que la liquidación sólo provoca la concreción del haber ganancial); constituye doctrina actual que la pasividad, el interés insuficiente demostrado por la esposa con su conducta, en orden a la obtención de un empleo que le permitiera alcanzar una situación de independencia económica, resulta determinante a la hora de apreciar la situación objetiva de superación del desequilibrio o de estar en disposición de hacerlo, dado que no resulta jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la pensión las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso a un empleo por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención (STS de 15 de junio de 2011 [RC núm. 1387/2009]).

3. Aplicación de la doctrina anterior al supuesto enjuiciado.

La doctrina mencionada determina que deba rechazarse el motivo y confirmarse la decisión

de la AP, con fundamento en las siguientes razones:

a) El reconocimiento del derecho a pensión en juicio anterior de separación no constituía óbice para declarar su extinción en el posterior pleito de divorcio, de considerarse acreditado —como así ha ocurrido— el supuesto de hecho normativo a que se refiere el artículo 101 CC (esto es, por desaparición o cese de la causa —el desequilibrio— que lo motivó).

b) La recurrente sustenta su recurso en una contemplación de la pensión compensatoria que resulta ajena a su concepción legal y jurisprudencial, pues su finalidad no es perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial. Y para este fin, es razonable entender, como se dijo, que el desequilibrio que debe compensarse debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, de manera que carece de interés a tal efecto el desequilibrio cuyo origen no se encuentra en esa mayor dedicación a la familia y a los hijos, inversamente proporcional a la disponibilidad para estudiar y desarrollar una actividad profesional, sino en la diferente aptitud, formación o cualificación profesional de cada uno de los miembros de la pareja al margen de aquella.

c) Consecuencia de lo anterior es que, pese a haberse apreciado una situación inicial de desequilibrio, que generó derecho a pensión, pueda también después apreciarse que el tiempo transcurrido entre la sentencia de separación y la de divorcio ha sido suficiente para que la esposa, dadas las circunstancias, se reincorpore a su puesto de trabajo fijo como enfermera, y con ello subvenir por sí misma a sus necesidades. En este sentido debe recordarse que en casación resulta obligado respetar los hechos probados en la instancia, por corresponder a la AP la fijación del sustrato fáctico en que se asienta el juicio jurídico a cuya revisión se contrae este recurso, sin que le esté permitido a la parte recurrente marginar dichos hechos, ni formular sus propias conclusiones probatorias, o partir de otros diferentes de los declarados probados. Y pese a los argumentos expuestos en sentido contrario, lo cierto es que la sentencia recurrida no aprecia ningún impedimento o incapacidad física o psíquica de la recurrente para trabajar como enfermera (al disponer de puesto fijo como personal estatutario en la Clínica Puerta de Hierro de Madrid), lo que implica que la superación del desequilibrio estaba a partir de entonces en su mano y no dependía, tan siquiera, del éxito en la búsqueda de empleo.

El hecho de que el marido haya mantenido el mismo nivel de ingresos pese a sufrir un infarto, además de que solo aparece corroborado por el Juzgado, no determina por sí mismo la subsistencia del desequilibrio que justifica la concesión y el mantenimiento de la pensión compensatoria a favor de la esposa, pues también se ha dicho que solo procede compensar el desequilibrio con origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas a consecuencia de la mayor dedicación al cuidado de la familia del cónyuge perceptor, y no el que, como es el caso, tiene su causa en una superior preparación o cualificación profesional, en una larga experiencia laboral en una profesión como la de cirujano y en la consiguiente mayor remuneración de la actividad profesional realizada por el cónyuge menos desfavorecido. No puede olvidarse que una cosa es que la dedicación de la esposa a la familia le haya privado durante los años de excedencia de los ingresos correspondientes a su empleo y de alcanzar sus expectativas de desarrollo profesional como enfermera, y otra, bien distinta, que sea posible equiparar esa pérdida con los ingresos que ha venido percibiendo y percibe su ex marido por el ejercicio de una actividad profesional como la de cirujano, más cualificada y, por ello, mucho mejor retribuida (la diferencia de ingresos

no tiene su origen en el matrimonio pues habría sido la misma si la esposa, en lugar de dedicarse a la familia, hubiera trabajado todo este tiempo, hasta su disolución).

Aunque al parecer no se produjo una convivencia continuada bajo el mismo techo, se habían producido continuas permanencias y/o visitas de uno en el domicilio del otro, encuentros de manera pública en compañía del tercero en su vehículo y en diversos establecimientos hosteleros de la ciudad y sus alrededores. Este tipo de convivencia debe considerarse como vida marital y da lugar a la extinción de la pensión compensatoria.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de febrero de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Santos y D.ª Florinda obtuvieron el divorcio por sentencia de 31 de enero de 2007. El auto de 9 de octubre de 2007 modificó la pensión alimenticia, fijándola en 2.500 euros por hija y también la pensión compensatoria, estableciendo una cantidad de 6.000 euros mensuales para la esposa.

D. Santos interpuso una demanda de modificación de medidas solicitando que se dicte sentencia por la que: a) el importe de la pensión alimenticia de las dos hijas se fije en la suma de 2.450,00 euros mensuales que supone el 35% de los ingresos actuales del Sr. Santos (en torno a los 7.000 euros/mes), quien seguirá asumiendo además el pago de los gastos extraordinarios como viene haciendo hasta la fecha; b) La pensión compensatoria sea extinguida dada la evidente convivencia marital en que se halla la demandada y, subsidiariamente, y para el supuesto de que no se admitiera esta pretensión, se reduzca la duración de la misma a un tiempo prudencial dado que, a la vista de la actitud exhibida por la demandada, entendemos que el plazo de dos años sería más que suficiente para buscar su proyección laboral teniendo en cuenta que desde el mes de noviembre de 2007 hasta el momento presente ha percibido la suma de 176.794 euros. De admitirse la temporalidad de la pensión, evidentemente el 35% aplicado para el cálculo de la pensión de las niñas, siguiendo el criterio de la Audiencia, determinaría que la suma antedicha de 2.450,00 euros tendría que ser repartida entre la madre e hijas en idéntica proporción a la actualmente establecida, es decir, un 54,45% para las hijas».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valladolid dictó Sentencia el 3 de enero de 2010 estimando en parte la demanda acordó la extinción de la pensión compensatoria por haber quedado probada la relación afectiva mantenida por D.ª Florinda. Consideró que la relación admitida por la propia D.ª Florinda tenía los caracteres de «permanencia, regularidad, y globalidad que permite equiparar la situación de hecho a la comunidad de vida propia de la institución matrimonial», por lo que procedía declarar extinguida la pensión, estimando la demanda en la acción principal.

En grado de apelación, la AP de Valladolid, Sec. 1.ª, dictó Sentencia el 31 de mayo de 2010 revocó la Sentencia de instancia y desestimó la demanda de modificación de medidas. En

relación a la pensión compensatoria razonaba que si se había reconocido la existencia de la convivencia, a) ambas partes coinciden en que cualquier relación no puede servir como causa extintiva como también es de concluir con criterios de interpretación jurídica vistos los términos en que aparece redactado el art. 101 que utiliza el vocablo «maritalmente», que se ha mantenido en la reforma de 2005; b) no queda demostrada de forma suficiente la existencia de una convivencia continuada y estable propia de una relación matrimonial; c) para la existencia de una relación equivalente a la marital, debería haberse probado «la existencia de un modo de vida en común que evidencie o exteriorice un proyecto compartido». Solo se prueba la existencia de una relación sentimental, de manera pública y en diversos vehículos y establecimientos hosteleros de esta ciudad y sus alrededores; d) «una relación de amistad íntima incluso con mantenimiento de relaciones sexuales y de cierta duración no puede ser calificada de marital si no va acompañada de ese detalle calificador de tener un proyecto común de presente y de futuro que no se constata en la relación mantenida [...]. Lo probado sobre dicha relación solo faculta para considerarlo como un ejercicio de su derecho a desenvolver su vida tras la separación matrimonial de manera libre, pues el percibo de una pensión compensatoria no le obliga a realizar una vida de aislamiento social, estándole permitido efectuar cualquier actividad que sirva a su realización personal entre la que debe incluirse el pleno desenvolvimiento de su libertad sexual sin conllevar la sanción del art. 101 CC solo reservada a la celebración de un nuevo matrimonio o a la convivencia marital caracterizada por ese propósito [...]».

D. Santos presenta recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, que acordó la extinción de la pensión compensatoria.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Como primer motivo del recurso se alegó la infracción del art. 86 CC, en su redacción después de la Ley 15/2005, que remite al art. 81.2 CC, en relación con el art. 101.1 CC. Sostiene el recurrente que la sentencia recurrida interpreta de forma restrictiva el concepto de «vivir maritalmente» del art. 101. Actualmente muchas de las características del matrimonio han desaparecido con la nueva regulación de la ley 15/2005 y muy especialmente la permanencia que ha perdido carácter calificativo del matrimonio. Se pregunta qué es lo que caracteriza el «more uxorio» y contesta que aunque se impongan obligaciones a los cónyuges, no se impide al infractor disolver el matrimonio por divorcio, por su simple voluntad. Y consecuencia de que sea muy difícil determinar las características del matrimonio, la configuración de otra relación como semejante a la matrimonial ofrece también «enormes dificultades». Se trata de una relación en la que concurren unos requisitos que aun semejantes al matrimonio, no son en cambio constitutivos de su existencia, porque se trata de una relación afectiva de pareja, ha perdurado durante un año y medio, los miembros de la pareja no han ocultado su relación, han concurrido los elementos de amor y sexualidad.

Además, aunque se haya ejercido el derecho al libre desarrollo de la vida tras la separación por la ex esposa, ello comporta la extinción de la obligación de pago de la pensión, que no es una sanción, porque no se trata del incumplimiento de ningún deber.

En el segundo motivo se alega la infracción del art. 86, que remite al art. 81.2, en relación con el art. 101.1 CC. Señala el recurrente que se produce jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, puesto que algunas consideran que para que haya convivencia matrimonial, es suficiente la estricta convivencia como las SSAP de Asturias de 13 septiembre 2006 (sección 5.ª, rec 322/2006) y 8 junio 2007

(sección 4.ª rec. 173/2007), mientras otras exigen que exista una comunidad de vida en lo patrimonial, un proyecto global de vida en común (SSAP León, de 16 marzo 2005 sección 4.ª rec. 29/2005 y de 24 febrero 2006 sección 3.ª, rec. 276/2005). Se infringen los artículos del Código citados porque aunque el art. 101.1 CC señala que «vivir maritalmente con otra persona» es causa de extinción de la pensión y lo hace por referencia al matrimonio, no se pueden identificar ambos conceptos.

Ambos motivos se estiman.

El significado de «vida marital». Desde la entrada en vigor de la ley de 17 julio 1981, se ha intentado interpretar la disposición contenida en el art. 101.1 CC, que ahora resulta cuestionada en este litigio. En la doctrina se han mantenido dos posturas: la de quienes entienden que el Código civil utiliza la expresión «vivir maritalmente» como equivalente a convivencia matrimonial, y la de quienes entienden que cualquier tipo de convivencia estable de pareja lleva a la extinción de la pensión y que no quedan incluidas las convivencias ocasionales o esporádicas. Esta misma discrepancia se ha reproducido en las sentencias de las Audiencias Provinciales.

Para darle sentido a dicha regla, deben utilizarse dos cánones interpretativos: el de la finalidad de la norma y el de la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada. De acuerdo con el primero, la razón por la que se introdujo esta causa de extinción de la pensión compensatoria fue la de evitar que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, precisamente para impedir la pérdida de la pensión compensatoria, ya que se preveía inicialmente solo como causa de pérdida el nuevo matrimonio del cónyuge acreedor. El Código civil de Catalunya también incluye esta causa de extinción de la que denomina «prestación compensatoria», en su art. 233-19, 1, b), tal como lo había recogido el art. 86.1, c) CF.

Utilizando el segundo canon interpretativo, es decir, el relativo a la realidad social del tiempo en que la norma debe aplicarse, debe señalarse asimismo que la calificación de la expresión «vida marital con otra persona» puede hacerse desde dos puntos de vista distintos: uno, desde el subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma; otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable. En general, se sostiene que se produce esta convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, *more uxorio*, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones. Los dos sistemas de aproximación a la naturaleza de lo que el Código denomina «vida marital» son complementarios, no se excluyen y el carácter no indisoluble del matrimonio en la actualidad no permite un acercamiento entre las dos instituciones sobre la base de criterios puramente objetivos distintos de la existencia de forma, porque es matrimonio el que se ha prolongado durante un mes siempre que haya habido forma y es convivencia marital la que ha durado treinta años, pero sin que haya concurrido la forma del matrimonio.

De acuerdo con lo anterior, debemos entender que la convivencia de D.ª Florinda con una tercera persona durante un año y medio, que la propia implicada reconoció haberse producido y que la sentencia recurrida tiene por cierta, tuvo el carácter de «vida marital» a los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, de acuerdo con lo establecido en el art. 101 CC. Y ello por las siguientes razones:

1.ª La valoración de la prueba efectuada por la sentencia recurrida admite que se produjo una relación sentimental de un año y medio de duración, que no se había ocultado, siendo conocida por amigos y familiares, siendo pública en actos sociales.

2.ª Aunque al parecer no se produjo una convivencia continuada bajo el mismo techo, se habían producido continuas permanencias y/o visitas de uno en el domicilio del otro, encuentros de manera pública en compañía del Sr. Victorio en su vehículo y en diversos establecimientos hosteleros de la ciudad y sus alrededores.

3.ª Estas relaciones tuvieron las características de permanencia: duraron un año y medio;

fueron exclusivas mientras duraron, y dieron a entender en el entorno social de los convivientes que se trataba de relaciones sentimentales con una cierta estabilidad, tal como se deduce de los hechos declarados probados y asumidos en la sentencia recurrida.

4.ª Los hechos probados permiten aplicar la anterior interpretación de lo que debe entenderse por «vida marital» en el art. 101 CC.

5.ª La extinción de la pensión por la causa del art. 101.1 CC no puede considerase una sanción, sino simplemente el cese de la obligación de mantener una prestación a cargo de una persona que no debe olvidarse, ya no tiene ningún deber de socorro para con su ex cónyuge, y que mantiene la obligación de la pensión únicamente si el divorcio ha producido un desequilibrio.

FILIACIÓN

Se desestima la reclamación de maternidad instada por la compañera sentimental de la madre respecto de una menor nacida por técnicas de reproducción asistida durante el periodo de convivencia.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de enero de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Visitación y D.ª Esmeralda mantuvieron una relación afectiva hasta 2006. No contrajeron matrimonio.

D.ª Esmeralda dio a luz una niña el 14 de septiembre de 2003, por medio de la aplicación de técnicas de reproducción asistida.

A pesar de haber iniciado un expediente matrimonial, no llegó a contraerse el matrimonio, produciéndose la separación definitiva en diciembre de 2006.

D.ª Visitación demandó a D.ª Esmeralda «en solicitud de determinación judicial de maternidad y de adopción de medidas materno-filiales y económicas» con respecto a la niña Tatiana. Pidió en la demanda: a) el reconocimiento judicial de la filiación no matrimonial; b) que el juzgado acordara una serie de medidas en relación a la patria potestad, la guarda y custodia y el derecho de visitas y los gastos por alimentos.

D.ª Esmeralda se opuso a la demanda entendiendo que la actora no estaba legitimada para ejercer una acción de filiación, de acuerdo con lo dispuesto en el Código civil, al no ser madre biológica de la menor, ni haberse iniciado el procedimiento de adopción. El Ministerio Fiscal se adhirió a esta alegación y presentó la excepción de falta de legitimación activa de la demandante.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Massamagrell dictó sentencia el 12 diciembre 2008 desestimando la demanda con la siguiente argumentación: a) no hay que determinar si ha existido o no discriminación, atendida la orientación sexual de las litigantes, porque lo que debía determinarse era la legitimación de la demandante para el ejercicio de una acción de filiación respecto de la niña concebida mediante técnicas de reproducción asistida;

b) de acuerdo con lo dispuesto en el art. 108 CC, la demandante no se encuentra en ninguno de los supuestos de determinación de la filiación, «porque biológicamente es imposible su determinación por naturaleza y porque no se ha llevado a cabo ningún expediente de adopción respecto de la menor. A la vista de dicho artículo, no existe otro modo distinto de determinación de la filiación»; c) la aplicación del art. 7.1 y 3 LTRA exige que ambas integrantes de la pareja estén casadas entre sí y demandante y demandada nunca contrajeron matrimonio, de modo que «[...] al no estar presente el primero de los requisitos, esto es el matrimonio de la pareja, es imposible la aplicación de las consecuencias previstas, por ello, no nos encontramos en el supuesto de hecho previsto en la ley para la determinación de la filiación de un hijo nacido mediante técnicas de reproducción asistida, entre parejas del mismo sexo, pues exige con carácter previo el matrimonio de las mismas, sin que sea posible su aplicación analógica a parejas o uniones estables, puesto que la ley es clara al hablar de mujer casada, y sin que ello suponga discriminación alguna o desigualdad de trato».

En grado de apelación, la AP de Valencia, Sec. 10.ª, dictó Sentencia el 27 de enero de 2010 desestimando el recurso. Respecto a la prohibición de discriminación por razón de sexo alegada por la recurrente y después de recoger la jurisprudencia constitucional, señala la Sentencia: a) que «no se entiende fácilmente la alegación sostenida en el recurso acerca de esa pretendida discriminación, cuando la recurrente sabe bien que no se trata de una cuestión de discriminación, sino de legalidad; cuestión esta muy distinta y que la juzgadora de instancia resuelve conforme a la legalidad»; b) la falta de legitimación de la recurrente proviene del hecho de que cuando era pareja con la hoy demandada y nació la niña no había posibilidad legal de que las personas del mismo sexo contrajeran matrimonio, ni adoptar los hijos del progenitor del mismo sexo; esa es la única causa por la que la actora, hoy recurrente, no pudo figurar como progenitora en su día ni en la actualidad, y ello no supuso, ni supone discriminación alguna y sí solo aplicación de la legislación vigente en nuestro ordenamiento».

D.ª Visitación interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Antes de entrar en el estudio de los recursos presentados por D.ª Visitación, el Tribunal Supremo examina la objeción a su admisión formulada por el Ministerio Fiscal. Según su oposición, la recurrente había ejercitado una acción de filiación, mientras que el recurso se fundamenta en el núm. 1.º del art. 477.2 LEC, es decir, que lo articula como si el proceso se hubiera seguido en reclamación de la tutela judicial de un derecho fundamental distinto de los reconocidos en el art. 24 CE.

La objeción del Ministerio Fiscal se estima.

El art. 477.2, 1.º LEC establece que serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales «1.º cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el art. 24 de la Constitución», cuya vulneración debe ser denunciada a través del recurso extraordinario por infracción procesal, según establece el art. 469, 1.4.º LEC.

El art. 249.1, 2.ª LEC establece que se decidirán en juicio ordinario, «las [demandas] que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, [...]». En la demanda que ha dado lugar a los presentes recursos se ejercitó una ac-

ción de reconocimiento de filiación, con base en el art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de reproducción asistida, modificado por la ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. En esta demanda se alegó que la demandante ahora recurrente no había podido contraer matrimonio cuando nació la niña, en 2003, y ahora se permite la filiación conjunta sin necesidad de adopción, por lo que «permitir esta posibilidad a los hijos de filiación matrimonial y no permitirla para los hijos de relaciones de hecho, no matrimoniales, supondría una discriminación proscrita en nuestro ordenamiento jurídico». Es cierto que se utilizaron en la argumentación referencias al derecho a no ser discriminado; pero la demanda no se fundó en la lesión de ningún derecho fundamental de la demandante, sino que ejercitó expresamente una acción de reconocimiento de la filiación, que no fue estimada en la sentencia que se recurre. Este es el criterio sostenido en el auto de la Sala de 6 octubre 2009 donde, citando otros autos, se dice que esta Sala tiene el criterio reiterado «[...] que es el objeto del proceso el que determina este cauce específico de acceso al recurso de casación, por lo que es únicamente aplicable a los juicios relativos a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 de la Constitución y que hayan sido vulnerados en la realidad extraprocesal (por ello se excluye el art. 24 de CE), de ahí que la previsión normativa contemple en este caso la recurribilidad en casación de las sentencias recaídas en procesos referidos a la tutela civil del honor, intimidad, imagen u otro derecho fundamental, mas no en aquellos atinentes a derechos reales, contratos o cualesquiera otra cuestión civil o mercantil, en los que no cabe utilizar el referido ordinal 1.º del art. 477.2 por el simple medio de citar como infringido un precepto constitucional, aunque tenga relación con la materia debatida en el pleito (criterio sostenido en los AATS de 1/6/2004, recurso 367/2004; de 6/7/2004, recursos 563/2004, 393/2004; de 27/7/2004, recursos 697/2004, 513/2004, 439/2004, 701/2004; y de 13/10/2004, recurso 727/2004)» (asimismo, ATC 2/1991, de 14 enero).

Aunque no sea de aplicación, porque el recurso se formuló al amparo de la LEC/2000, resulta conveniente hacer alusión al Acuerdo de esta Sala sobre criterios de admisión de los recursos de casación y recursos extraordinarios por infracción procesal, formulado en relación a la ley 37/2011, de 10 octubre, sobre Medidas de Agilización Procesal, que incluye como causas de inadmisión del recurso de casación «no haberse tramitado para la tutela civil de los derechos fundamentales el proceso en que se dictó la sentencia recurrida (art. 477.2,1.º LEC)». La causa estaba ya en vigor cuando se formuló el recurso de casación de D.ª Visitación, que no debería haber sido admitido, a pesar de la novedad e interés del problema que se plantea en el mismo y que hubiera sido perfectamente posible plantearlo alegando el interés casacional, por fundarse en una norma, el art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de reproducción asistida, modificado por la ley 3/2007 de 15 de marzo, que no llevaba más de cinco años en vigor (art. 477.3 LEC/2000) en el momento de presentarse el recurso.

Esta argumentación implica también la inadmisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal, conforme a la DF 16, 5.ª, párrafo segundo LEC cuyos fundamentos, además de no estar fundados en ningún artículo de la Ley procesal, plantean los mismos problemas a que se refiere el anterior razonamiento.

En definitiva, la vía adecuada para que este litigio hubiera podido acceder a la casación no era en virtud del art. 477.2.2 LEC, sino la del ordinal tercero, en relación con el apartado 3 del mismo Art. 477, por eso, no siendo admisible el recurso de casación, tampoco lo es el extraordinario por infracción procesal y la causa de inadmisión apreciada en este acto, se convierte en razón para desestimar los recursos.

El inicio del plazo a efectos de caducidad de la acción de impugnación de la filiación paterna matrimonial debe situarse en el momento en el que la madre comunica por un mensaje de móvil que su ex marido no era el padre y que se hiciese las pruebas de paternidad.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de febrero de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Melchor y D.ª Elisenda se casaron en 1992. Después de un corto periodo de separación de hecho y una vez reanudadas las relaciones nació Rubén, el 22 de octubre de 1998.

A instancia de la esposa se dictó sentencia de separación el 4 de noviembre de 2002. En ella se atribuyó la guarda y custodia a la madre y se estableció un régimen de visitas del padre, que fue modificado por sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 26 de Valencia, de 7 de noviembre de 2005, limitando las visitas a la intervención en el punto de encuentro familiar, al producirse un incumplimiento que entrañaba riesgos para el menor.

Entre el 19 y el 20 de febrero de 2008 se emiten unos mensajes vía SMS enviados por la madre del menor a la actual pareja sentimental del padre, en los que, entre otras cosas, se decía que el niño tenía familia, que tenía un padre biológico y «si quieres un ADN háztelo», entre otras frases.

El 4 de septiembre de 2008, D. Melchor interpuso demanda contra D.ª Elisenda, ejercitando la acción de impugnación de la filiación matrimonial y pidiendo que se efectuara la prueba pericial biológica.

D.ª Elisenda contestó la demanda alegando los hechos que tuvo por conveniente; se negó a efectuar la prueba pericial e interpuso la excepción de caducidad de la acción.

Figura en los autos el resultado de la prueba biológica, que excluye de manera radical la paternidad del demandante.

El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 13 de Valencia dictó Sentencia el 5 de octubre de 2009 desestimando la demanda al apreciar la caducidad de la acción: «porque ha quedado suficientemente acreditado en las actuaciones que el actor, desde mucho antes del año anterior a la presentación de la demanda, debía tener serias y constantes dudas sobre su propia paternidad biológica, y sin que, por lo demás, el contenido de los mensajes telefónicos remitidos por la madre del menor presenten la más elemental habilidad para alterar e incrementar de forma sustancial el grado de conocimiento que sobre su eventual falta de paternidad ya tenía el actor con anterioridad».

En grado de apelación, la Sec. 10.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 20 de julio de 2010 revocando la resolución de instancia y estimando la acción de impugnación de la filiación paterna. Los argumentos se resumen a continuación: a) la prueba biológica excluyendo la paternidad del apelante D. Melchor es concluyente; b) existieron dudas acerca de la paternidad legalmente determinada, que se remontaron a la propia concepción y que «fueron acalladas por la esposa afirmando su paternidad»; c) ante las diferentes opiniones

en relación a la interpretación del art. 136.1 CC después de la STC 138/2005, «[...] esta Sala prefiere seguir el criterio mantenido en ocasiones por el Tribunal Supremo (SSTS de 30 enero 1993, 31 octubre 1997) que no ha tomado en consideración la existencia del plazo formalmente establecido, sino el respeto a la verdad biológica que constituye el fundamento de la vigente regulación española sobre la materia y que se encuentra reconocido en el propio Texto constitucional (Art. 39.1)», y d) «ha habido poca convivencia conyugal y no puede decirse que el estado matrimonial del hijo esté consolidado, baste para ello ver la suspensión operada de las visitas desde hace más de tres años y el poco contacto habido entre padre e hijo desde la separación legal de sus progenitores. Todas estas razones unidas al propio interés del menor a quien no le conviene la situación actual en la que en lugar de padre no dispone sino de un alimentante, en los estrictos términos de la obligación jurídicamente impuesta», llevan a la estimación del recurso de apelación.

D.ª Elisenda interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los motivos del recurso de centra en la cuestión relativa al inicio del plazo de caducidad de la acción para impugnar la paternidad. En el primer motivo se alega la infracción del art. 136 CC, en lo relativo a la caducidad de la acción. La sentencia recurrida da un mayor valor a la prueba biológica que a la caducidad de la acción, que se ejercitó fuera del plazo establecido en el Código. Por ello la sentencia recurrida no aplica correctamente las SSTS de 30 enero 1993 y 31 octubre 1997, porque el plazo debe entenderse que corre a partir del momento en que el presunto padre tuviera conocimiento o sospechas fundadas de su falta de paternidad. En el segundo motivo se alega la infracción de las SSTS de 17 octubre 2008, 16 octubre 2008 y 3 octubre 2008. En todas ellas se dice que debería prevalecer la verdad material sobre la formal, pero con base en los principios de seguridad jurídica en las relaciones familiares, de estabilidad en el estado civil de las personas y del interés superior de los menores, se debe mantener la caducidad, aunque matizándose el art. 136.1 CC, de acuerdo con la STC 138/2005, en el sentido que el «dies a quo» será aquel en que el progenitor tenga o pueda tener conocimiento de que él no es el padre, no anulándose, por tanto, la figura de la caducidad. La acción ejercitada está sujeta al plazo de caducidad de un año a contar desde que el padre tuvo conocimiento del hecho impeditivo a su paternidad, por lo que al interponer la demanda, dicha acción había ya caducado. En el tercer motivo se alega la vulneración de la doctrina del TC en materia de caducidad de la acción de impugnación de la paternidad, contenida en las SSTC 138/2005, de 26 mayo y 156/2005, de 9 junio, en relación con las SSTS de 17 y16 octubre 2008. La sentencia recurrida contradice todos los argumentos dados por la doctrina mencionada. Por último, en el cuarto motivo se alega la infracción del art. 39 CE y el art. 9.3 y 2 CE, del art. 2 LO 1/1996, de protección jurídica del menor.

La STC 138/2005, de 26 mayo, declaró inconstitucional el párrafo primero del art. 136 CC, tal como quedó redactado por ley 11/1981, de 13 mayo, «en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro civil» (asimismo STC 156/2005, de 9 junio). Entre sus argumentos, figura el que se reproduce: «[...] el enunciado legal, al referirse tan solo al marido que desconoce el nacimiento del hijo, entraña la exclusión a contrario de quien, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, sin embargo desconoce su falta de paternidad biológica, quedando de este modo al margen de la previsión legal». Por ello, la STC que declaró inconstitucional el art. 136.1 CC, dice que esta exclusión, «tiene como consecuencia una impo-

sibilidad real de ejercitar la acción impugnatoria por el marido que adquiere conocimiento de ambos datos —el nacimiento del hijo inscrito y que no es progenitor biológico— son presupuestos ineludibles no ya para el éxito de la acción impugnatoria de la paternidad matrimonial, sino para la mera substanciación de la pretensión impugnatoria. [...] la imposibilidad de ejercitar la acción impugnatoria de la paternidad matrimonial mientras falte un principio de prueba, que solo puede aportarse si existe el previo conocimiento de la discrepancia del Registro civil con la verdad biológica, aboca al principio *actiones nondum notae nondum praescribuntur* (Art. 1969 CC)».

Esta doctrina había sido ya aplicada por esta Sala antes de la decisión constitucional, de tal manera que la sentencia citada considera que a pesar de ello, debía pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de dicho artículo (SSTS 30 enero 1993, 276/2001, de 23 marzo, 1140/2002, de 3 diciembre y 825/2003, de 15 septiembre).

Con posterioridad a la sentencia del Tribunal constitucional, esta Sala ha centrado el problema en la determinación del *dies a quo* para el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación matrimonial, porque el ejercicio de dicha acción sigue estando sometido a un plazo de caducidad, aunque lo que ha cambiado, al ser declarado inconstitucional, es el día de inicio del plazo, que ahora se coloca en la existencia de un principio de prueba, conocido por la parte impugnante, porque de otra forma, la presunción de paternidad, inicialmente *iuris tantum*, pasaría a convertirse en *iuris et de iure*, lo que no parece haber querido la ley. En este sentido se pronuncian las SSTS 915/2008, de 3 octubre, 919/2008, de 16 octubre y 924/2008, de 17 octubre.

En aplicación de esta jurisprudencia, debe considerarse que el principio de prueba del que debe partirse como momento de fijación del dies a quo en este caso es la manifestación de la propia recurrente, mediante el envío de diversos SMS, en los que comunicó a su ex marido la no paternidad y le recomendó que efectuara una prueba de ADN, con lo que daba a entender claramente que no era el padre. Es a partir de este momento que empieza a correr el plazo de caducidad de la acción de impugnación, porque si bien es cierto que el ahora recurrido había manifestado con anterioridad una serie de dudas, nunca se materializaron. Es de remarcar también que la recurrente, después de proporcionar ella misma el principio de prueba que determinaba el inicio del plazo para fijar la caducidad, se negó a efectuar la prueba biológica, que finalmente se llevó a cabo.

VIVIENDA FAMILIAR

Habiéndose atribuido en la Sentencia de separación el uso de la vivienda familiar al esposo en función de que en ella tenía instalado el despacho profesional, siendo éste la única fuente de recursos para la familia, se estima acción de división de cosa común ejercitada por la madre pero respetando aquel uso.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de febrero de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª María Virtudes y D. Ramón se hallan divorciados. En la sentencia de separación se atribuyó el uso y disfrute del piso común al esposo en razón de que desempeñaba en dicho piso su actividad profesional como abogado y que los ingresos que obtenía eran los únicos

de la familia, «por lo que un pronunciamiento distinto no haría más que contribuir a la inestabilidad y deterioro económico de la misma, con grave peligro para los cónyuges y, en particular, para su hijo menor». Esta medida fue confirmada en una sentencia del propio juzgado en procedimiento de modificación de medidas (17 de mayo de 2004) y también en la sentencia que decretó el divorcio, de 18 de enero de 2007.

D.ª María Virtudes demandó a D. Ramón solicitando la división de la vivienda y de la plaza de garaje que les fueron adjudicadas *pro indiviso* en la liquidación de la sociedad de gananciales. Pidió que se la adjudicara el marido y subsidiariamente, para el caso de que éste no admitiera la valoración y no se quedara con la vivienda, se sacara a pública subasta, con la entrega del 50% de su valor a los propietarios.

En la contestación a la demanda, el marido no se opuso a la división de la cosa común, siempre que se mantuviera el derecho de uso judicial del art. 96 CC, que le fue atribuido en las sentencias de separación y de divorcio.

El Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción núm. 1 de Leganés dictó Sentencia el 3 octubre 2007 estimando parcialmente la demanda de división con el siguiente razonamiento: a) para que se respete el derecho de uso, este debe estar originado en el art. 96 CC y «seguir cumpliendo la función de servir de hogar familiar, pues de no ser así, ninguna traba jurídica existirá para su libre disposición o división al faltar la razón de ser de la misma cual es la tutela de la situación familiar provocada por la crisis matrimonial»; b) en este caso, la atribución del uso no tuvo que ver con ningún pacto entre cónyuges, ni fue atribuido al hijo, ni se consideró el interés del marido como el más necesitado de protección, porque se le otorgó al tener allí su despacho profesional, y c) por ello, debe procederse a admitir la acción de división.

En grado de apelación, la Sec. 14.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 22 de septiembre de 2008 revocando la Sentencia del Juzgado, y aunque se accedía a la división de la cosa común debía mantenerse la atribución del uso.

D.ª María Virtudes interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La decisión de la Audiencia Provincial de mantener la atribución del uso se basa en los siguientes argumentos: «Expuesta la doctrina aplicable al caso, nos debemos ocupar del supuesto de hecho que nos ocupa en el que la sentencia de instancia entiende que el derecho de uso que ostenta el demandado debe extinguirse al procederse a la división del inmueble, puesto que no puede considerarse amparado en el artículo 96 del CC, ya que el Juzgado de Familia, sin tomar en consideración las necesidades familiares, solamente tuvo cuenta que en la vivienda tenía el demandado su despecho profesional. Esta valoración no la podemos aceptar, ya que en la sentencia dictada en el procedimiento de divorcio, que como ya dijimos es prácticamente de la misma fecha en la que se presentada esa demanda, pues la sentencia es de 18 de enero de 2007 y el día 19 del mismo mes se presentó la demanda que dio inicio a este procedimiento, indica que, "el demandado ostenta el interés más necesitado de protección en términos del art. 96 del CC, lo que le hace acreedor a que le sea adjudicado su uso", explicando a continuación las razones en las que se basa, teniendo en cuenta el interés del hijo de los litigantes menor de edad,

en concreto indicó "que el demandado vería sin duda minorados sus recursos económicos debido al notorio incremento de sus gastos al tener que procurarse otro despacho profesional y, probablemente, otra vivienda, de tal modo que es muy posible que no pudiera hacer frente a una pensión alimenticia por el importe aquí establecido". Por tanto, teniendo en cuenta las situación ante la que nos encontramos, donde el hijo, que vive con su madre en la cuidad de Segovia, tiene 10 años y recibe una pensión del padre que se ha aumentado en el procedimiento de divorcio, no podemos afirmar que las bases que tuvo en cuenta el Juzgado de Familia, es decir la necesidad del uso de la vivienda para poder atender a sus necesidades y a las del hijo menor de edad, se hayan alterado en este momento, ya que debemos diferenciar los supuestos en que, en función de las condiciones de provisionalidad y temporalidad de esta medida, se aprecie claramente que las bases sobre las que sustentaron se han alterado significativamente, careciendo de sentido mantener el derecho de uso, de aquellos otros en los que no se comparten los razonamientos que han llevado al Juzgado de Familia a conceder tal derecho, que es un materia diferente y sobre la que no se puede entrar, pues la competencia para decidir de esta materia, a través de los procedimientos establecidos al efecto, corresponde a los Juzgados a los que les esta asignados las cuestiones relacionadas con el derecho de familia».

El recurso se plantea por la inadmisión de la sentencia recurrida de la división de un piso cuya titularidad es común entre los dos ex cónyuges, y cuyo uso fue atribuido al marido, porque su interés era el más digno de protección al ejercer su profesión de abogado en el inmueble. En el primer motivo se alega que la casa que constituyó el hogar familiar se adjudicó al marido en la sentencia de divorcio, no en virtud del art. 96 CC, porque el hijo está viviendo en Segovia, sino porque era el despacho profesional del marido y con la finalidad de que pagara la pensión de alimentos a su esposa e hijo. En el motivo segundo se dice que se produce una violación de los Arts. 400 y 96 CC y que al alegar las SSTS 28 marzo 2003 y la de la Audiencia Provincial de 27 junio 2007, no ha tenido en cuenta que en este caso, que el menor no se encuentra en el hogar familiar. El marido tiene allí su despacho profesional y la adjudicación es temporal y nunca puede constituir un abuso de derecho.

Dos son las cuestiones que se plantean en el presente recurso de casación: a) la referida a la acción de división, a la que el marido demandado no se opone, y b) la relativa al mantenimiento del derecho de uso al marido, por ser su interés el más digno de protección, según las sentencias de separación y divorcio.

a) El art. 400 CC recoge la vieja regla romana de acuerdo con la que nadie está obligado a permanecer en la división. El derecho a obtener la división de la cosa que se ostenta en copropiedad no tiene otra excepción en el art. 400 CC que el pacto entre los condóminos y aun así, con las limitaciones que el propio artículo establece. Cada comunero puede salir de la comunidad, y el Código civil permite imponer a los demás la división, porque el régimen de comunidad tiene una naturaleza transitoria e incidental. Y por ello la acción es imprescriptible e irrenunciable. Y por ello también debe aceptarse la acción de división ejercitada por la ahora recurrente. Ambos cónyuges están de acuerdo en la división y por ello debe procederse a dividir.

b) Sin embargo, no puede admitirse que la acción de división extinga el derecho de uso atribuido al marido copropietario, cuyo interés se ha considerado el más digno de protección y por ello, se le atribuyó el uso en su momento, sin que se hayan producido circunstancias modificativas que ahora obliguen a reconsiderar su mantenimiento.

En las SSTS 859/2009, de 14 enero 2010 y 861/2010, de 18 enero 2010 esta Sala ha mantenido la doctrina de que el derecho de uso entre los cónyuges no constituye un derecho real, sino que se trata de una limitación de la facultad de disponer del propietario, que el titular puede oponer a terceros. En concreto, la STS 859/2009 formula la siguiente doctrina casacional: «[...] De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye

la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)». Esta doctrina está confirmada por la STS 861/2008, de 18 enero 2010, donde se añade que «El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división (ver SSTS de 27 diciembre 1999, 4 diciembre 2000, 28 marzo 2003 y 8 mayo 2006, entre otras). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges [...]».

Es cierto que las dos sentencias citadas se refieren a la atribución de la vivienda a los hijos, pero están de acuerdo con otras decisiones de esta Sala que declaran que el derecho del cónyuge a ocupar la vivienda familiar que le ha sido atribuida por sentencia es oponible a terceros (Ver SSTS de 27 diciembre 1999, 28 marzo 2003 y 8 mayo 2006, entre otras).

En consecuencia, la acción de división del piso mantendrá el derecho del ex marido, titular de su uso, porque no han desaparecido las razones que motivaron su atribución en la sentencia de divorcio y su derecho es oponible a terceros.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

No se declara la nulidad de las capitulaciones matrimoniales solicitada por la ex esposa en base a que se otorgaron en fraude de acreedores, pues estos tienen sus propios medios para remediar los hipotéticos perjuicios, sin que les fuera necesaria la actuación del cónyuge no deudor para lograr la protección de sus créditos. Por otro lado, no se considera que hubiese simulación para preservar parte del patrimonio.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de marzo de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Emilia y D. Justo contrajeron matrimonio en 1970. Su régimen económico matrimonial eran los gananciales.

El 15 de junio de 1990 otorgaron capitulaciones matrimoniales, en las que pactaron el régimen de separación de bienes y procedieron a liquidar los bienes gananciales. Se atribuyeron a la esposa los bienes inmuebles y al marido las industrias y otros bienes relacionados.

El 3 de julio de 1990 los esposos se otorgaron un poder recíproco general, con la siguiente cláusula: «se confieren mutua y recíprocamente poder general, para que cualquiera de ellos en nombre y representación del otro, y con relación a toda clase de bienes muebles, inmuebles, derechos o acciones de cualquier tipo, que les pertenezcan, por cualquier título, puedan ejercitar las siguientes facultades, aunque existan intereses contrapuestos, y todo ello sin reserva ni limitación alguna [...]. Comprar, vender y permutar pura o condicionalmente, a retro, con precio confesado, al contado o a plazos, toda clase de bienes muebles e inmuebles, derechos reales y personales [...]».

Revocaron otro poder que se habían otorgado con la misma finalidad en 1984. En uso de este poder, D. Justo vendió una serie de bienes inmuebles pertenecientes a la esposa entre los años 1994 y 2002.

En el año 2004, D. Justo interpuso una demanda de separación, que fue desistida. Un año después fue D.ª Emilia quien interpuso la demanda de separación, al mismo tiempo que la demanda que da origen a este pleito. En esta pretendió que se declarara la nulidad de las capitulaciones matrimoniales, por concurrencia de fraude a los acreedores de su marido y vicio de la voluntad, y que se declarara que a) el matrimonio se rige por el régimen legal de los gananciales; b) la nulidad del apoderamiento; c) la nulidad de todas las operaciones realizadas por el marido en uso de la escritura de poder, con la reposición de todas las actuaciones al momento del otorgamiento de las capitulaciones. Subsidiariamente pidió que se declarara la nulidad o inexistencia de todos los actos de disposición efectuados por D. Justo en uso de la escritura de apoderamiento, con la indemnización de los daños y perjuicios.

D. Justo se opuso a la demanda y destacó que no podía pedirse la nulidad de las compraventas efectuadas en virtud del poder porque no se había demandado a los adquirentes.

El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Gijón dictó sentencia el 19 de julio de 2007 desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 7.ª de la AP de Asturias dictó Sentencia el 5 de diciembre de 2008 desestimando el recurso interpuesto por D.ª Emilia.

D.ª Emilia interpuso recursos por infracción procesal y casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Juzgador *a quo*, para desestimar la demanda, se baso en los siguientes argumentos:

a) respecto de la escritura de capitulaciones matrimoniales, consideró que el consentimiento era claro, porque ambas partes estaban de acuerdo en el cambio de régimen económico matrimonial, existió objeto y causa y ello independientemente de los motivos que llevaran a los cónyuges al pacto de un nuevo régimen; b) que aunque se considerara que se trataba de evitar los posibles riesgos derivados del negocio familiar que pudieran perjudicar el patrimonio de ambos, fue una actuación de carácter preventivo y no una descapitalización de uno de los cónyuges; c) las capitulaciones se inscribieron en el Registro civil para la oportuna publicidad; d) los acreedores del marido nunca instaron la nulidad de las capitulaciones por fraude; e) no concurrió vicio de la voluntad, que no se probó; f) concurrieron en la escritura de apoderamiento los requisitos del contrato, por tanto, el

poder era válido, no estaba viciado de nulidad y «[...] no se puede declarar la nulidad de las operaciones efectuadas en uso de dicho poder», y g) «[...] no se puede pretender la nulidad de las operaciones realizadas, tales como compraventas y demás, sin traer al procedimiento «ab initio» y con la calidad de demandados, a todas y cada una de las personas físicas o jurídicas que fueron contraparte en las diferentes relaciones contractuales, no siendo suficiente para ello acudir al art. 14 LEC, porque no estamos ante un simple supuesto de intervención provocada, sino que es exigible que la demanda se interponga también contra aquella persona frente a la que se pretende una declaración de nulidad respecto de la operación o contrato en la que ella intervino».

La Audiencia Provincial de Asturias, Sec. 7.ª, indicó que el recurso de apelación se fundaba en la denuncia del error en la apreciación de los elementos probatorios por parte de la sentencia recurrida, utilizando los siguientes argumentos jurídico para desestimar el motivo: a) no se probó que con el otorgamiento de los capítulos matrimoniales se pretendiera defraudar a ningún acreedor. Además la recurrente efectuó sus declaraciones fiscales de acuerdo con lo estipulado en los capítulos, y realizó actos de administración y dominio durante más de 17 años; b) no se podía admitir la concurrencia de un vicio de la voluntad, lo que se concilia mal con el tiempo transcurrido desde la modificación del régimen y la presentación de la demanda, así como el uso que hizo de las facultades del poder; c) la cuestión de la validez de los actos de disposición del marido en virtud del poder no «puede ser objeto de examen en este procedimiento toda vez que no fueron llamados a los autos como demandados a los otros intervinientes en dichas transmisiones, sin que el hecho de que por la actora se hubiere solicitado que se les diera traslado de la demanda por la vía del art. 14. LEC tenga virtualidad alguna ya que, de un lado, no existe previsión legal alguna para por esta vía llamar, a petición del actos, a un tercero al proceso con la cualidad de demandado, pues no puede soslayarse que esa llamada de conformidad con el citado precepto lo es para que intervengan en la litis «sin la cualidad de demandado» y, por ende, sin poder ser en su caso estimada respecto de él la demanda y, de otro, aunque hubieran tenido conocimiento del procedimiento, ningún precepto les obligaba a intervenir en él pues no habían sido demandados [...]; d) al haberse anudado en la demanda la nulidad de las ventas con la del apoderamiento, declarado éste válido, se hacía innecesario entrar a estudiar la nulidad de las transmisiones, y e) en realidad lo que parece sostener la recurrente es la extralimitación del poder, y no puede entrarse en ello por tratarse de una cuestión nueva.

I. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

El primer motivo, al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, imputa la infracción del art. 218 LEC, por no examinar la Sentencia recurrida la pretensión de nulidad de las transmisiones de inmuebles verificadas y realizadas por la parte recurrida. Cuestiona que la resolución haya rechazado esta pretensión por razón de que los terceros afectados por los contratos hubieran sido llamados al amparo del art. 14 LEC y no como demandados, cuando el juzgado de instancia los consideró parte al declararlos en rebeldía por su no comparecencia al proceso. Esta providencia de rebeldía, al no ser recurrida, creó la expectativa de que el proceder de la parte al pedir su intervención al amparo del artículo 14 LEC era correcta. Se alega que tal cuestión no se planteó en la audiencia previa donde la parte hubiera tenido oportunidad de ampliar la demanda, generando inseguridad que se acrecentó por no haber resuelto la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Se añade en el motivo que la petición de nulidad de las transmisiones por extralimitación del mandato fue planteada en la demanda de forma subsidiaria. Termina el planteamiento del motivo, como justificación de la vulneración del art. 218 LEC, alegando que no se puede sostener la falta de examen de la cuestión de nulidad de las transmisiones por el hecho de no haberse demandado a los compradores, dada la palmaria declaración de rebeldía, sin haberse resuelto la cuestión en la audiencia previa de existir razones que impedían entrar en el fondo, añadiendo la denuncia de falta de exhaustividad por no haberse pronunciado sobre todos los puntos litigiosos. Solicita, por lo expuesto, la nulidad de la Sentencia con orden de reposición de actuaciones. En el segundo motivo, al amparo

del ordinal 3.º del art. 469.1 LEC, se denuncia la infracción de los arts. 414, 418 y 420.1 LEC. Este motivo se justifica en la necesidad de que en la audiencia previa se resuelvan las cuestiones formales que afectan a la decisión de fondo, lo que debería haber conducido en el supuesto litigioso a pronunciarse en tal acto procedimental sobre la necesidad de que los compradores hubieran sido demandados, circunstancia que se justifica por el dictado de la providencia de 2 de mayo de 2006 en la que se había declarado su rebeldía tras ser llamados al proceso al amparo del art. 14 LEC, lo que parece contradecir la declaración posterior de la Sentencia de no declarar valido este llamamiento y establecer la necesidad de que hubieran sido emplazados como demandados. En el motivo tercero, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, se denuncia la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con origen en la infracción descrita en los dos motivos, al no haber entrado a conocer sobre la nulidad absoluta de las ventas por no haber sido demandados los compradores ni tampoco sobre la pretensión relativa de nulidad subsidiaria por extralimitarse en el uso de poder. En el motivo cuarto se denuncia, por la vía del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, la vulneración, por inaplicación, de la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario, que se debía haber apreciado en la audiencia previa y en cualquier caso debía haber dado lugar a reponer las actuaciones para permitir poder subsanar tal defecto

Antes de exponer las razones por las que se rechazan estos motivos, deben resumirse los hechos relacionados con la cuestión que es objeto de discusión en esta parte del recurso extraordinario por infracción procesal.

1.º La demanda se presentó contra el marido D. Justo, pero en dicha demanda y por medio del segundo otrosí, la demandante, al amparo de lo establecido en el art. 38 LH y «especialmente, de lo dispuesto en el art. 14 LEC», interesó que fueran llamados al pleito los compradores de los inmuebles que se habían adjudicado a la recurrente D.ª Emilia en la liquidación del régimen económico matrimonial.

2.º En el auto del Juzgado de 1.ª instancia núm. 4 de Gijón, de 16 de junio de 2005, se admitió la demanda a trámite y se acordó «poner en conocimiento de los compradores de los inmuebles adjudicados a la parte actora en las capitulaciones matrimoniales, [...] la existencia de las presentes actuaciones, al amparo de lo dispuesto en el art. 38 LH y especialmente de lo dispuesto en el art. 14 LEC, haciéndoles entrega de la demanda y documentos presentados».

3.º La providencia de 2 de mayo de 2006, de mismo juzgado, a la que alude la recurrente, decidió lo que se reproduce: «no habiendo comparecido las terceras personas llamadas al expediente, conforme al art. 14 LEC, dentro del plazo para contestar a la demanda y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 469.1 LEC, se declara a dicha parte en situación de rebeldía procesal», ordenándose la notificación de la resolución a las partes afectadas.

Con estos antecedentes, según la recurrente, las sentencias de 1.ª instancia y de apelación entendieron que no se había demandado a los terceros por lo que la petición relativa a la nulidad de los contratos no podía admitirse. Esta conclusión, que es la utilizada en los tres motivos del recurso extraordinario por infracción procesal, no es exacta y determina la desestimación de estos motivos y ello por las razones siguientes:

1.ª La demandante debería haber dirigido la demanda en calidad de demandados contra los adquirentes de los inmuebles de los que su marido había dispuesto en virtud del poder otorgado en su día entre los cónyuges. En su lugar utilizó la vía de la intervención provocada, de acuerdo con una especial interpretación por su parte de las reglas de la intervención.

2.ª En realidad se planteó la demanda contra estos terceros adquirentes como si se tratara de una intervención litisconsorcial provocada, porque los llamados por esta vía, eran titulares de la relación jurídica que podría haber quedado afectada por lo debatido en el pleito, es decir, la validez del poder y, en consecuencia, de los negocios jurídicos realizados con dicho poder.

3.ª Las actuaciones judiciales anteriores a la audiencia previa fueron correctas: consideraron parte a los llamados por la demandante mediante otrosí; les comunicaron la demanda y estos actuaron como consideraron conveniente, llegando a ser declarados en rebeldía. De este modo, el

Juzgado les otorgó efectivamente la condición de parte, con lo que se evitó su indefensión.

4.ª Mal puede acusarse a la sentencia recaída en este pleito de provocar indefensión a la recurrente, puesto que el origen de este complejo problema se encuentra en su modo de formular la demanda, ya que en vez de demandar a los adquirentes de los inmuebles, utilizó una distinta y no acertada modalidad. No puede, por tanto, acusar de haber provocado indefensión cuando ha sido ella misma quien ha planteado de una forma un tanto especial su demanda, provocando con ello la situación finalmente producida.

5.ª Finalmente, la razón de la decisión de la sentencia recurrida para desestimar la nulidad de las ventas, no fue en ningún caso la concurrencia de defectos en el planteamiento de la demanda con relación a los terceros adquirentes. Se recuerda que el argumento utilizado fue: «[...] en la demanda se anudó la nulidad de las ventas a la nulidad de la escritura de apoderamiento, por lo que desestimándose el motivo de apelación relativo a la nulidad del poder [...] hace innecesaria entrar a examinar la cuestión de la nulidad de las transmisiones». La sentencia recurrida decidió sobre la validez de las ventas, como puede comprobarse de lo reproducido.

6.ª Las mismas razones deben aplicarse al rechazo de la alegación sobre falta de litisconsorcio pasivo necesario.

II. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso de casación se somete a la decisión de la Sala, teniendo en cuenta el contenido de la Disposición Final 16.7 LEC. Se articula en siete motivos y partiendo de una distinta base fáctica de la establecida en la sentencia recurrida, se denuncian cuatro causas para la anulación de las capitulaciones y del poder otorgado entre los cónyuges: 1.ª la existencia de error invalidante a la hora de prestar el consentimiento para la celebración de las capitulaciones matrimoniales y su causa ilícita; 2.ª la vulneración de la regla interpretativa contenida en el art. 1282 CC; 3.ª la vulneración del art. 1714 CC por extralimitación en el uso del poder, y 4.ª la infracción de la regla de la buena fe y de la doctrina de los actos propios.

1. Validez de las capitulaciones matrimoniales.

Se van a examinar conjuntamente los motivos primero y segundo. El motivo primero denuncia la infracción del art. 1261.1 CC, en relación con los arts. 1265 y 1266.1 CC. Dice que el consentimiento otorgado en las capitulaciones matrimoniales se encontraba viciado por error sobre el verdadero objeto del contrato y las facultades que se reconocían al Sr. Justo, incluso con dolo. La real intención fue la de cubrir el patrimonio frente a posibles acciones de los acreedores, debido a la «quiebra fraudulenta» en la que se encontraba el Sr. Justo, lo que se deduce de la prueba practicada. El segundo motivo denuncia la infracción del art. 1261.3 CC, en relación con los arts. 1274, 1275 y 1276. La única causa del otorgamiento de los capítulos fueron las dificultades por las que pasaba la empresa de D. Justo. Aparece una simulación contractual absoluta, por los actos previos, coetáneos y posteriores que así lo confirman.

Los motivos primero y segundo se desestiman. La recurrente insiste en la tesis que ha mantenido a lo largo del litigio, relativa a la nulidad de las capitulaciones matrimoniales, porque a su entender, la finalidad fue evitar que los acreedores del marido pudieran dirigirse contra los bienes familiares; esta tesis ha sido rechazada en la sentencia recurrida después de la valoración de las pruebas. Y esta sola razón determina ya la desestimación de ambos motivos, dado que se incurre en hacer supuesto de la cuestión y pretender que se examine de nuevo la prueba, lo que no es posible en el recurso de casación.

A pesar de ello, no resulta superfluo recordar algunas de las reglas que rigen la materia de la validez de las capitulaciones matrimoniales cuando pueden afectar a los acreedores de una de las partes. Las capitulaciones matrimoniales como negocio jurídico, pueden ser declaradas nulas cuando concurran causas para ello. Sin embargo, el fraude de acreedores no produce, en general, la nulidad del negocio, sino su rescindibilidad, tal como dispone el art. 1291.3 CC.

Un nuevo argumento deriva del efecto que el cambio de régimen pactado en las capitulaciones va a producir frente a los terceros, porque en

realidad la base del argumento de la recurrente es que al afectar el contenido de las capitulaciones a los terceros acreedores, se produciría el perjuicio de sus derechos, lo que llevaría a la nulidad. Y esta afirmación no es correcta, porque: a) el art. 1317 CC establece que «la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros» (SSTS 184/2006, de 1 marzo y las allí citadas, y 944/2007, de 25 septiembre), por lo que no es necesario acudir a la declaración de nulidad de las capitulaciones para la preservación de estos derechos, y b) el art. 1401 CC establece que «mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor» y el no deudor «responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados», lo que determina que el régimen de la protección de los terceros frente a actos fraudulentos del deudor es el de la inoponibilidad de los capítulos y no el de la ineficacia.

La sentencia recurrida no ha considerado probado que la finalidad de los capítulos cuya eficacia se discute fuera la de defraudar a los acreedores, por lo que este hecho probado es inamovible en casación, pero, además, aunque esta hubiera sido la finalidad, ello no afectaba al otro cónyuge, sino a los terceros, que tenían sus propios medios para remediar los hipotéticos perjuicios, sin que les fuera necesaria la actuación del cónyuge no deudor para lograr la protección de sus créditos.

Estos mismos argumentos deben aplicarse a la desestimación del motivo séptimo, que denuncia la infracción de la doctrina de los propios actos, en relación a las razones del otorgamiento de los capítulos matrimoniales.

2. Interpretación y simulación.

El motivo tercero dice que se ha infringido el contenido del art. 1282 CC, porque ha de tenerse en cuenta la intención de los contratantes, advirtiéndose la presencia de una clara simulación.

El motivo se desestima. El motivo incurre en dos vicios casacionales: hace supuesto de la cuestión, porque pretende imponer su propia interpretación de las pruebas, sin utilizar la correcta vía de denunciar la arbitrariedad, falta de lógica en la sentencia recurrida.

Además, tal como ya había hecho en los dos primeros motivos, insiste en que se produjo una simulación, que no ha probado. Aunque no es aplicable como tal al presente supuesto, en cuanto recoge lo que ya ha venido repitiéndose en la jurisprudencia, debe recordarse aquí el texto del Acuerdo de esta Sala 1.ª, relativo a la admisión de los recursos de casación, de fecha 30 diciembre 2011, que en relación a la prueba dice que será causa de inadmisión: «La falta de respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida o al ámbito de la discusión jurídica habida en la instancia (artículos 477.2 y 481.1 LEC) cuando en el escrito de interposición del recurso (a) se pretenda una revisión de los hechos probados o una valoración global de la prueba; (b) se funden los motivos de casación implícita o explícitamente en hechos distintos a los declarados probados en la sentencia recurrida o en la omisión total o parcial de los hechos que la AP considere probados; (c) se aleguen cuestiones nuevas o que no afecten a la ratio decidendi de la sentencia, en los términos expuestos en el apartado III.1 de este Acuerdo».

3. Extralimitación en el uso del poder.

Se van a examinar conjuntamente los motivos cuarto y sexto. El motivo cuarto denuncia la infracción del art. 1714 CC por extralimitación y/o uso incorrecto del poder. La acción se ejercitó subsidiariamente para el caso de que no se estimase la nulidad de las capitulaciones, aunque esta acción tenía una entidad propia, de modo que conduciría a la declaración de nulidad de las transmisiones por otra vía.

En el motivo sexto se denuncia la infracción del art. 1714, en relación con los arts. 1101 y 1718 CC, porque los inmuebles se vendieron a un precio ínfimo, muy alejado de los corrientes en el mercado, por lo que al venderlos sin consentimiento de la recurrente, habrá que indemnizar a la propietaria por los daños y perjuicios y ganancias dejadas de obtener, porque los inmuebles se vendieron en beneficio del propio esposo.

Los motivos cuarto y sexto se desestiman. La recurrente introduce de nuevo cuestiones de

hecho, como ocurre claramente en el motivo sexto, que han sido ya decididas en la instancia y que no pueden ser reproducidas en casación, porque no parece superfluo recordar aquí, que el recurso de casación no constituye una tercera instancia y no permite reexaminar la prueba, salvo los casos de irracionalidad, falta de lógica y arbitrariedad del juzgador, que deben ser alegados y probados por quien sostiene que han concurrido en la valoración. Ello no ha sucedido aquí, por lo que estas serían razones suficientes respecto a la motivación del rechazo de ambos motivos.

Dicho esto, debe recordarse que la recurrente ha pedido la nulidad de los actos de disposición efectuados por el otro cónyuge en virtud de un poder que considera nulo e imputa a la sentencia recurrida no haber aplicado el art. 1714 CC que impide al mandatario traspasar los límites del mandato. Esta infracción no ha podido ocurrir en el caso actual porque el mandato estaba concebido en términos generales, de modo que como se ha reproducido en el FJ 1 de esta sentencia, ambos cónyuges se otorgaron poder para «Comprar, vender y permutar (énfasis añadido) pura o condicionalmente, a retro, con precio confesado, al contado o a plazos, toda clase de bienes muebles e inmuebles, derechos reales y personales [...]». Para que el mandatario pueda ser acusado de haber traspasado los límites del poder se requiere, obviamente, que éste los tenga, tal como se han encargado de establecer sentencias antiguas de esta Sala (30 mayo 1978 y 10 mayo 1989), que señalan que la determinación de cuáles son los límites del poder es una cuestión de interpretación de la voluntad de los otorgantes. Pero en todo caso, se requiere ineludiblemente que el mandato los haya establecido y en el caso actual consta en el poder que las facultades se otorgan al mandatario «[...] todo ello sin reserva ni limitación alguna».

4. El principio de buena fe.

El motivo quinto denuncia la infracción del principio de buena fe, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1258 CC. Dice que dicho principio es indispensable en las relaciones matrimoniales y que debe tenerse en cuenta la buena fe objetiva, dirigida a juzgar comportamientos adecuados para dar al pacto pleno efecto. Sigue describiendo las conductas que, a juicio de la recurrente, constituyeron vulneraciones del principio de la buena fe.

El motivo quinto se desestima. La recurrente hace también aquí supuesto de la cuestión, al interpretar de forma subjetiva los hechos que han sido considerados probados. Además, incide en la falta casacional de introducir una cuestión nueva, relativa a la regla de la buena fe, que no había sido mencionada en la demanda rectora de este pleito. Consideramos repetidas en este punto las razones de la desestimación del FJ 9, que debe entenderse reproducidas aquí.

PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN DE MENORES

Se declara la nulidad de la adopción constituida bajo la anterior normativa mediante la cual los abuelos adoptaron como hija suya a una nieta al tratarse de un negocio jurídico simulado cuya única finalidad era evitar los perjuicios sociales que conllevaba que una hija de catorce años diese a luz a un hijo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de enero de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

El 8 de mayo de 1980, cuando contaba catorce años de edad, D.ª María Luz dio a luz una niña, Zulima. Fue inscrita como hija de D.ª María Luz y de filiación paterna desconocida.

Los abuelos, D. Eduardo y D.ª Elena, iniciaron el expediente de adopción en forma plena de su nieta, que resuelta positivamente, fue inscrita por nota marginal el 29 de abril de 1981. En el auto donde se acordó la adopción de Sira, consta que su madre natural estaba de acuerdo con la adopción y que firmó la solicitud. Se dice que la madre menor «compareció ante este Juzgado y ante la presencia judicial, concedió su pleno consentimiento para que su hija natural llamada Zulima, pudiera ser adoptada de forma plena por sus padres D. Eduardo y D.ª Elena». El Ministerio Fiscal emitió informe favorable respecto a la adopción proyectada. La madre natural tenía en aquel momento 15 años.

D. Ambrosio y D.ª María Luz contrajeron matrimonio en 1983. D. Ambrosio reconoció a la menor en 1984, haciendo constar que ambos progenitores eran solteros en el momento de la concepción. Se hallaba presente en el acto del reconocimiento la madre natural de la menor reconocida, quien prestó plena conformidad, así como los padres adoptivos, asimismo conformes.

D.ª Zulima, adoptada, sus padres naturales D. Ambrosio y D.ª María Luz; D. Jacinto, D.ª Elisenda y D. Rogelio, sus hermanos adoptivos, y D.ª María Inmaculada y D.ª Covadonga, hijos del matrimonio entre D. Ambrosio y D.ª María Luz, interpusieron una demanda contra D. Eduardo y D.ª Elena, abuelos adoptantes y el Ministerio Fiscal. En ella se pidió lo siguiente: «[...] se dicte sentencia declarando la nulidad de pleno derecho del Auto de fecha de 29 de enero de 1981 por el que se aprueba la adopción plena de la menor Zulima, procediéndose a la cancelación de la inscripción de dicha adopción en el Registro civil, y derivada de dicha nulidad y a los efectos de los arts. 50 y 92 LRC se determine, mediante sentencia, la filiación matrimonial de Zulima respecto de sus padres por naturaleza D. Ambrosio y D.ª María Luz».

Los padres adoptivos demandados, D. Eduardo y D.ª Elena, contestaron la demanda, admitiendo todos los hechos y suplicando que «[...] dado que no cabe allanamiento, tenga por contestada en tiempo y forma la demanda formulada de adverso dando a los autos el curso que corresponda, dictando en su día Sentencia estimatoria del Suplico de la demanda interpuesta de contrario».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Requena dictó Sentencia el 25 de enero de 2007 desestimando la demanda en base a lo siguiente: a) la especial naturaleza de los negocios jurídicos de derecho de familia impide que se apliquen las normas sobre nulidad; b) De acuerdo con el art. 177 CC vigente en el momento de la adopción, la acción de impugnación estaba sometida al plazo de caducidad de dos años para el padre o madre que no hubieren intervenido en el expediente de adopción ni prestado consentimiento [...]»; c) deben tenerse en cuenta los intereses del menor. Por ello, concluía que el auto de adopción de fecha 29 de julio de 1981 no podía declararse nulo de pleno derecho, por lo que procedía desestimar la demanda.

En grado de Apelación, la Sec. 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia dictó Sentencia el 15 de abril de 2008, desestimando el recurso y confirmando la sentencia apelada. Los fundamentos jurídicos fueron los sigueintes: «La pretensión de los recurrentes no puede ser acogida, porque en el momento en que la adopción se constituyó, bajo la vigencia de la legislación anterior, no había una norma que prohibiera la adopción de descendientes, hoy recogida en el art. 175-3-1.º CC, por lo que aquel acto fue plenamente legal; la modificación aludida, introducida por la ley de 11 noviembre 1987, no tiene carácter retroactivo, de

acuerdo con el art. 2-3 CC; además, conforme al art. 180-2 CC ha transcurrido con creces el plazo de los dos años previsto en dicha norma, y también en el art. 177 vigente en el momento en que se dictó el auto, para poder instar la extinción de la adopción por los hipotéticos defectos en el expediente que han sido denunciados por los demandantes. No cabe atribuir efecto alguno al allanamiento de los demandados por virtud del art. 751-5 LEC. Tampoco surte efecto el reconocimiento de la adoptada por uno de los codemandantes, de acuerdo con el art. 180-4 CC».

Los demandantes presentan recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, este último con fundamento en el art. 477.2.3 LEC, por presentar interés casacional, al ser la sentencia contraria a la doctrina jurisprudencial de esta Sala. El Tribunal Supremo estimo ambos recursos y estimando la demanda declaro la nulidad de la adopción.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso extraordinario por infracción procesal

Se alegó la infracción del art. 218 LEC, al contravenir las normas reguladoras de la sentencia, por carecer de motivación y ser incongruente la recurrida, ya que «no existe la necesaria correlación entre la causa de pedir [...] y los pronunciamientos de la sentencia». Se confirma la sentencia de 1.ª instancia que resolvió una nulidad de pleno derecho, subsumible en el art. 6.3 CC, en el ejercicio de una acción de revocación de la adopción de acuerdo con el art. 177 CC, en su redacción vigente dada por la ley 7/1970. Según los recurrentes, se modificó el objeto del proceso, porque se estaba confundiendo una acción de nulidad con una acción de revocación de la adopción.

El motivo se estima. Los recurrentes atribuyen a la sentencia dos defectos por contravención de las normas reguladoras: la falta de motivación y la incongruencia.

El primero de estos vicios no puede admitirse, porque la sentencia ofrece suficiente motivación y ello con independencia de su acierto. En cambio, sí debe admitirse la imputación de incongruencia. Es conocida la jurisprudencia de esta Sala en cuanto viene definiendo la incongruencia como el desajuste entre lo decidido en la sentencia y lo pedido por las partes. Es una consecuencia de la comparación entre estos dos elementos, sin que alcance a los razonamientos de las partes ni a lo razonado por el Tribunal en su argumentación jurídica. En el actual recurso, se denuncia la existencia de incongruencia *extra petita*, es decir, aquella en que el pronunciamiento judicial recae sobre algún aspecto no incluido en el proceso, de tal modo que se haya impedido a las partes formular alegaciones en defensa de sus intereses relacionados con lo pedido (las más recientes sobre esta tema son las SSTS 617/2011, de 14 septiembre; 560/2011, de 18 julio; 218/2011, de 6 abril; 135/2011, de 14 marzo y 811/2010, de 16 diciembre, entre otras). También se producirá este tipo de incongruencia cuando se responde admitiendo o denegando una acción distinta de la interpuesta, porque como afirma la STC 222/1994, el juzgador no puede alterar de oficio la acción ejercitada pues si tras haberse ejercitado una acción y producido una defensa frente a ella, el órgano judicial estimase otra acción diferente, la resolución judicial se habría dictado sin oportunidad de debate ni de defensa sobre el punto en que ahora viene a situar el juzgador el thema decidendi. Y si bien es doctrina reiterada de esta Sala que no se produce incongruencia en las sentencias absolutorias, no se aplicará esta regla cuando para dictar el fallo absolutorio, el órgano jurisdiccional haya realizado una aleración de la acción ejercitada (SSTS 11 noviembre 1996, 16 marzo 1998 y 26 marzo 1999).

La sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia por las siguientes razones:

a) No se ajusta a lo pedido en la demanda rectora del pleito, ya que de la comparación

entre lo solicitado en el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia recurrida existe una diferencia esencial en relación a la decisión sobre el tipo de acción ejercitada por los ahora recurrentes.

b) Se ejercitó la acción de nulidad de la adopción y la Audiencia Provincial resuelve el litigio con base a la norma del art. 177 CC vigente en el momento de la adopción y el art. 180.2 CC, que se refieren a la revocación, estableciendo unos plazos para la misma, pero no se ocupa la sentencia recurrida de la nulidad, que es la acción efectivamente ejercitada.

2. Recurso de casación

Constituye el único motivo del recurso la infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de esta Sala de 8 marzo 1988, 21 septiembre 1999, 9 julio 2001 y 30 junio 2004. Se señala que la figura de la nulidad es plenamente aplicable a cualquier campo del derecho; cita la jurisprudencia que a su parecer resulta contradictoria con la sentencia recurrida y afirma que la nulidad procede porque la madre biológica no prestó su consentimiento, teniendo quince años de edad y sin que estuviera auxiliada por el defensor judicial, lo que hace nula la prestación de este consentimiento y, por tanto, nula la propia adopción.

El motivo se estima. La adopción que ahora se somete a la consideración de esta Sala responde a un propósito habitual en la época en que se produjo: evitar por una parte, los problemas sociales de una madre de 15 años de edad, y proporcionar protección al hijo nacido en estas circunstancias. La adopción era entonces una manera únicamente formal de solucionar el problema, puesto que era el mejor sistema para legitimar a los abuelos y permitirles el ejercicio de la patria potestad sobre el nacido, lo que era una consecuencia de las obligaciones que asumían en relación al cuidado y alimentos de sus nietos. Debe recordarse que esta adopción se llevó a cabo en 1981, contemporáneamente a la reforma de la filiación por ley de 13 mayo 1981, pero antes de la reforma de la adopción por ley 21/1987, de 11 noviembre.

La aprobación de la Constitución en 1978, la consagración del principio de igualdad de los hijos ante la ley en los arts. 14 y 39 CE y la progresiva aceptación social de la maternidad fuera del matrimonio llevan a que casos como el actual deban ser considerados como reminiscencias de una época, que, en todo caso, el derecho debe intentar solucionar.

La sentencia que se recurre no está de acuerdo con la doctrina de esta Sala en relación a la exigencia del consentimiento de la madre que daba su hijo en adopción. Las sentencias citadas como infringidas declararon nulas las adopciones discutidas porque se produjeron diversas circunstancias que impidieron en cada uno de los casos que concurriera este consentimiento. La STS 776/1999, de 21 septiembre, anuló el consentimiento prestado para la adopción previamente al nacimiento del hijo. La madre, que estaba embarazada, en el octavo mes de gestación, estimó que no podría hacerse cargo del hijo y por ello lo atribuyó a la entidad pública, a los efectos de la guarda inmediata, acogimiento familiar y adopción; también prestó el asentimiento previo. La sentencia afirma que el asentimiento prestado por la madre resulta radicalmente nulo por su patente contradicción con una norma imperativa y declara la nulidad de pleno derecho de la adopción de acuerdo con el art. 6.3 CC.

La STS 728/2001, de 9 julio declaró la nulidad por falta del asentimiento de la madre biológica en un procedimiento de adopción, puesto que el expediente se llevó a cabo de espaldas a la madre, a pesar de que ella pretendió personarse repetidas veces, sin conseguirlo. Admitió la acción de nulidad de la adopción «para el caso de que concurran vicios jurídicos insalvables, por sus efectos invalidantes».

Finalmente, la STS 182/1988, de 8 marzo 1988 declaró la nulidad del expediente de adopción porque se incurrió en dos falsedades: que la madre biológica la había abandonado, siendo hija de padres desconocidos, lo que no era cierto porque era la nieta de la adoptante, hija de su hija. El segundo motivo de falsedad era que la niña había nacido en Las Palmas, cuando había nacido en Valencia. Al tramitarse el expediente bajo la falsedad de que la niña era hija de padres desconocidos, no concurrió el consentimiento de la madre. Se declaró la nulidad de la adopción y la no aplicación del art. 177 CC.

En estas sentencias, por tanto, esta Sala ha admitido la posibilidad de que se declare la nulidad de la adopción por falta de consentimiento de la madre. Sin embargo el problema presentado no se resuelve con la aplicación de esta doctrina, porque la madre ahora recurrente, entre otros, era menor de edad en el momento de la adopción.

Para justificar la petición de nulidad, la parte recurrente aporta dos argumentos: a) la minoría de edad de la madre biológica hubiera requerido el consentimiento de sus padres y éste no podía existir porque los abuelos eran los adoptantes y, en consecuencia, la parte opuesta en el negocio jurídico adopcional, y b), por ello se hubiera requerido la concurrencia del defensor judicial, cuya función era la de proteger a los menores de edad cuando existieran en un negocio jurídico intereses contrapuestos con los padres. La falta de uno de estos elementos produciría la nulidad de la adopción al ser menor de edad la madre biológica.

Los anteriores argumentos no dejan de estar construidos con una cierta artificiosidad. Ello porque si bien es cierto que el consentimiento para la adopción por parte de la madre menor de edad hubiera requerido la concurrencia de los padres titulares de la patria potestad, la contraposición de intereses que tiene lugar en este caso no podía solucionarse con la concurrencia del defensor judicial regulado en el antiguo art. 165 CC, que establecía que «siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él». La figura del defensor en el régimen anterior a la reforma producida por la ley 13/1983, de 24 octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela, se refería fundamentalmente a la confrontación de los intereses económicos de los menores frente a sus padres; hubiera sido preferible aludir en el recurso a la falta de concurrencia del curador *ad litem*, contenida en el antiguo art. 1057 LEC/1881.

En realidad debemos entender que nos hallamos ante una adopción ficticia, realizada con los fines a los que se ha aludido en el FJ 4 de esta sentencia, porque no solo el consentimiento de la madre biológica menor de edad, sino también el de los abuelos adoptantes venía afectado por los motivos sociales y personales que les impulsaron a celebrar un negocio jurídico familiar, la adopción, sin desear realmente los efectos de la misma. La Sala llega a esta conclusión examinando las siguientes circunstancias:

a) La edad de la madre, 15 años, y el hecho de que el padre se encontrara ausente, y no hubiera reconocido a la hija antes de marchar para realizar su servicio militar.
b) El entorno social de la madre y las concepciones sociales de la época en que dio a luz.
c) El posterior matrimonio de los padres biológicos y el reconocimiento de la paternidad llevado a cabo después de este matrimonio.
d) La convivencia real entre los padres biológicos y la hija adoptada por los abuelos, ya que en la prueba testifical se está de acuerdo en afirmar que los hijos matrimoniales de los padres biológicos, también recurrentes, «han tenido y tienen trato de hermanos con Sira», que «existe una gran relación de amistad» y que «es su hija y tiene una relación de hermanos con los otros hijos».
e) La conformidad de todos los parientes, tanto por la parte de la familia natural, como por parte de la adoptiva (los abuelos) en la demanda iniciadora de este pleito y en relación con la extinción de la adopción, que aunque no pudieron allanarse a la demanda, pidieron su estimación.

A los efectos de la adopción, el padre está incurso en causa de privación de la patria potestad, pues aparte del tardío reconocimiento de la filiación, no se ocupó del hijo desde su nacimiento, ni consta que después de la inscripción de la filiación tomara ninguna medida para hacerse cargo de él.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de febrero de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Anselmo fue condenado en fecha 6 de junio de 2006, por el Juzgado de violencia contra la mujer núm. 4 de Madrid, como autor de un delito de maltrato con atenuante de drogadicción, cometido en la persona de la madre D.ª Rosario, al conocer el embarazo.

De las relaciones entre D.ª Rosario y D. Anselmo nació un niño, Román, el 19 de octubre de 2006. No se inscribió la filiación paterna. La madre manifestó su voluntad de dejar al niño bajo la tutela de la Comunidad de Madrid para su posterior adopción. La Comisión de tutela del menor de dicha comunidad declaró el desamparo y asumió la tutela.

Después del nacimiento del niño, D. Anselmo interpuso una demanda de reclamación de paternidad, que fue resuelta de forma positiva por sentencia de 4 de octubre de 2007. A pesar de todo ello, no llegó a tener contacto con el menor.

La Comisión de tutela del menor de la Comunidad de Madrid dio al niño en acogimiento familiar preadoptivo e inició los trámites de la adopción. D. Anselmo solicitó la suspensión del procedimiento y que se tramitara el incidente regulado en el art. 781 LEC, a los efectos de poder prestar su asentimiento para la adopción, según lo establecido en el art. 177.2, 2 CC. A ello se opuso la Comisión de tutela del menor, considerando que el padre se hallaba incurso en causa de privación de la patria potestad, por lo que, de acuerdo con el art. 177 CC, no podía prestar tal consentimiento.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 80 de Madrid dictó Sentencia el 31 de julio de 2008 desestimando la demanda en base a que la necesidad de prestar el asentimiento para la adopción depende de si el padre estaba incurso en causa de privación de la patria potestad, «[...] porque el protagonismo que en dicho negocio familiar debe atribuirse a los padres del adoptando viene anudado a la pérdida o vigencia de la patria potestad y, en definitiva, al cumplimiento o desatención de los deberes paterno-filiales en que consiste»; b) no se exige que los incumplimientos hayan sido dolosos, «porque no se trata de sancionar al progenitor que pueda considerarse indigno, sino de amparar los derechos e intereses del hijo, ante una situación de riesgo o abandono [...]»; c) «[...] el momento en que hay que apreciar si el padre está incurso o no en causa de privación de la patria potestad es el del desamparo y en aquel momento, que no es otro que el del nacimiento del menor, lo estaba». Resumiendo los hechos ocurridos, acabó considerando que el niño hubiera estado desprotegido desde el nacimiento hasta la declaración de la filiación, porque el padre no había cumplido sus obligaciones de protección y, por ello, estaba incurso en causa de privación de la potestad y no debía concurrir prestando el asentimiento para la adopción.

En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 22 de enero de 2010 estimando el recurso por D. Anselmo. La argumentación jurídica fue la siguiente: a) que debe atenderse prioritariamente al interés del menor; b) que de la conducta del apelante se desprende que «estuvo imposibilitado para asumir las obligaciones inherentes a la patria potestad recogidas en el articulo 154 del Código Civil, pues legalmente no era el padre y después existía un obstáculo legal para la asunción por parte de éste de los deberes recogidos en la norma citada, pues el menor había sido declarado en situación de desamparo»; c) que después del nacimiento del menor inicia «una intensa actividad tendente a determinar la filiación y a asumir sus obligaciones como padre, por lo que no se le puede considerar incurso en causa legal de privación de la patria potestad»; d) por ello y dadas las circunstancias del caso «no podemos atender a la doctrina tradicional que mantiene que el momento concreto en que debe tenerse en cuenta si los padres biológicos están o no incursos en causa legal de privación de la patria potestad es aquel en el que se decreta el desamparo», porque debe examinarse en el concreto contexto en que se produce, y e) finalmente la condena por una agresión a la madre no puede determinar «que éste tenga una conducta agresiva permanente, asimismo tampoco se desprende de la conducta que tuviera intención de hacer daño al feto».

Interpusieron recurso de casación los adoptantes propuestos por la Comisión del Menor de la Comunidad de Madrid y la Comunidad de Madrid por medio del Instituto Madrileño del Menor y la Familia, siendo admitidos, confirmándose la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso se alegó la infracción del art. 39 CE y el art. 2 LO 1/1996, de 15 marzo, de protección jurídica del menor y la jurisprudencia que los ha interpretado. Señala que debe primarse el interés del menor. La sentencia recurrida no justifica si la solución que propone es la forma más adecuada de proteger dicho interés, ya que éste aconseja que continúe el procedimiento de adopción. El padre biológico es un completo desconocido para el niño y sería sumamente pernicioso para él no continuar con el procedimiento. La sentencia se aparta de la jurisprudencia recaída en casos similares al concluir que el padre debe asentir la adopción, cuando la protección del menor aconsejaba mantener la línea interpretativa de la sala, puesto que el carácter voluntario o no de la conducta es indiferente a la hora de evaluar si un menor está o no en situación de desamparo.

El motivo se estima.

En sentencias recientes, se ha declarado que la vulneración del interés del menor permite entrar a examinar el recurso de casación y que ello ocurre cuando la sentencia recurrida no haya tenido en cuenta el principio para tomar la decisión más adecuada conforme a dicho interés. Así la STS 800/2011, de 14 noviembre dice que «Esta Sala ha recordado que el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (SSTS 579/2011, de 22 julio; 578/2011, de 21 julio y 641/2011, de 27 septiembre, entre otras)». La STS 565/2009, de 31 de julio argumentó que «[...] el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así,

el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores», por lo que las sentencias posteriores han aplicado la doctrina declarada en aquella resolución.

Aparentemente, la sentencia recurrida ha decidido tomando en cuenta dicho interés al encabezarse el FJ 2 con una declaración general sobre el mismo. Pero ello no debe hacernos olvidar que los criterios utilizados a continuación no se ajustan a ninguno de los que esta Sala ha venido utilizando a modo de concreción de lo que debe entenderse incluido bajo este principio general y que han sido recogidos en la STS 623/2009, de 8 octubre y repetidos en las sentencias posteriores.

La vulneración del principio del interés del menor obliga a esta Sala a entrar a examinar las diferentes cuestiones que plantean los dos recursos de casación.

El segundo motivo, coincide con el motivo único del presentado por la Comunidad de Madrid por medio del Instituto Madrileño del Menor y la Familia. Por ello se resumen a continuación y se van a resolver conjuntamente. Alegan los adoptantes la infracción del art. 177.2 CC, en relación con los arts. 170 y 154 CC y la interpretación de la jurisprudencia en cuanto a la no necesidad de que el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, sea necesariamente voluntario. Cita la STS de 23 mayo 2005. Desde su nacimiento, 16-10-2006, hasta el momento de la determinación de la filiación paterna, el niño se encontró en una completa situación de desamparo, porque sus progenitores no cumplieron con las obligaciones inherentes a la patria potestad, por lo que estaban incursos en causa de privación. El padre podría haber reconocido al niño inmediatamente del nacimiento, por otros medios más rápidos que la acción judicial, por lo que este retraso produjo que el actor no estuviese en condiciones de cumplir los deberes de la patria potestad durante al menos un año y en concreto, en el momento en que tuvo lugar la declaración de desamparo del menor. Por su parte la Comunidad de Madrid por medio del Instituto Madrileño del Menor y la Familia sostuvo la infracción del art. 177.2,2 CC por resolver el asunto de cuál es el momento a considerar para decidir si el padre biológico, en supuestos de privación de la patria potestad, debe o no asentir el procedimiento de adopción de su hijo. Ello implica también la vulneración de las normas relativas al interés del menor, en el contexto de la adopción. Además el interés casacional viene justificado por la doctrina constante contenida en las SSTS de 20 enero 1993, 23 mayo 2005, 24 abril 2000, 31 julio 2009 y 25 junio 1994. La doctrina del TS es unánime en considerar que el momento en que debe determinarse si el padre estaba o no incurso en causa de privación de la patria potestad es el de la declaración de desamparo. Dado que hasta la sentencia de declaración de la paternidad, el Sr. Anselmo estuvo imposibilitado de asumir sus obligaciones como padre, estaba incurso en causa de privación, por lo que no debe concurrir asintiendo.

Ambos motivos se estiman.

Resulta difícil establecer reglas concretas sobre los temas que presenta el art. 177.1 CC, en relación con el art. 170 CC, es decir, cómo y cuándo debe concurrir una causa de privación de la patria potestad que hará innecesario que el progenitor incurso en ella, preste su asentimiento para la adopción. De entrada, debe recordarse el art. 9.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 28 noviembre 1989, que establece que en todo procedimiento relacionado con la separación del menor de sus padres, «se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones».

A este respecto resulta significativo el razonamiento de la STC 58/2008, de 28 de abril. Después de alegar las reglas del Convenio de 1989, dice que «[...] no puede perderse de vista que la decisión a adoptar, precisamente por la flexibilidad con la que el legislador regula este tipo de procesos, ha de atender esencialmente a las circunstancias concretas del caso y a la relación que los distintos procedimientos (declaración de desamparo, tutela automática de la entidad pública de protección de menores, constitución de los diversos tipos de acogimiento, adopción, así como las correspondientes impugnaciones judiciales de éstos), guardan entre sí por referirse a un mismo menor y, con frecuencia, a sus progenitores biológicos y a los adoptantes o posibles adoptantes».

En consecuencia, la interpretación que debe darse a la expresión del art. 177, 2, 2.º CC pasa por dar contenido a la frase «incursos en causa legal para tal privación».

Esta Sala ha dicho que la cláusula general sobre el significado del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que esta disposición ha de ser interpretada de acuerdo con las circunstancias del caso, «[...] sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho» (STS 523/200, de 24 mayo). Se ha señalado que constituye causa legal para la privación de la patria potestad la omisión de los deberes contenidos en el art. 154 CC, de modo que la STS 998/2004, de 11 octubre confirmaba una sentencia de privación porque el padre solo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó su hija a la administración por no poder atenderla (STS 384/2005, de 23 mayo). O bien, cuando el padre había cometido un delito de parricidio contra la madre (SSTS 10/1993, de 20 enero y 415/2004, de 24 abril).

Vistos ya los casos en que se produce una causa de pérdida de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, a continuación debe prestarse atención al momento en que debe concurrir y ello a los solos efectos de la prestación del asentimiento del padre que el art. 177.2 CC exige para la constitución de la adopción. La declaración de desamparo del menor se produce precisamente por el incumplimiento por su padre de sus deberes y mientras se mantenga el incumplimiento, se mantendrá la declaración de desamparo, con las medidas complementarias. De aquí que cuando un menor esté protegido por medio de la declaración de desamparo, se está produciendo un incumplimiento de los deberes inherentes a la potestad y corresponderá demostrar lo contrario a quien lo niegue.

Finalmente, hay que señalar que es indiferente que la causa del incumplimiento sea subjetiva u objetiva, aunque las circunstancias de cada caso deberán llevar a las correctas conclusiones en aplicación de la regla de la protección del interés del menor.

De acuerdo con los anteriores argumentos, debe examinarse a continuación cuáles son las circunstancias concurrentes en el presente litigio:

1.º Resulta probada la desatención al niño. Efectivamente, aparte del hecho del tardío reconocimiento efectuado mediante una declaración judicial en ejercicio de una acción de filiación por parte del padre, éste no se ocupó del niño desde el momento del nacimiento, en que fue declarado en situación de desamparo, ni consta que después de la inscripción de la filiación en virtud de la sentencia tomara ninguna medida para hacerse cargo del hijo.
2.º Los antecedentes del padre en relación al episodio de violencia con la madre embarazada propiciaban que debiera extremarse la protección del menor.

Por todo ello y de acuerdo con la doctrina de la STS 565/2009, de 31 de julio, procede concluir que el progenitor estaba incurso en causa de privación de la patria potestad y por tanto no se requiere su asentimiento a la adopción proyectada.

Procede confirmar el acogimiento preadoptivo habida cuenta que la madre biológica ha rechazado las medidas que se han puesto a su disposición para procurar la reintegración familiar, no habiéndose modificado las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de febrero de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Consuelo, nigeriana de origen, tuvo una hija en España el 12 de noviembre de 2006. El 5 de junio de 2007, después de una serie de problemas de la madre, se declaró la situación de desamparo de la niña, acordándose la tutela automática. A partir de 2007, no se autorizaron las visitas de la madre.

La madre D.ª Consuelo fue ingresada en la unidad de psiquiatría del Hospital clínico de Alicante, después de diversos episodios de violencia en la calle y en el propio centro de acogida de su hija.

En los documentos administrativos del expediente de tutela de la administración y en los informes de los servicios psico-sociales, que fueron acordados por el Tribunal de instancia, se constata que en 2009 la madre padece un «trastorno delirante persistente sin especificación», con nula conciencia de su enfermedad y sin seguir el tratamiento prescrito. En el informe de los servicios psico-sociales se concluye que «no se observan circunstancias personales y socio-laborales estables que nos lleven a la consideración de haberse producido cambios que reflejen la estabilidad de su situación desde la declaración de desamparo de la menor y por tanto supongan elementos de oposición al acogimiento familiar provisional de la menor». La madre carece de recursos económicos y de una residencia digna; había rechazado ayudas oficiales, el ingreso en un piso tutelado y no tenía trabajo.

El 12 de febrero de 2008, la administración tutelar decidió que era procedente cesar el acogimiento residencial de la niña Genoveva y acordar el acogimiento familiar provisional con carácter preadoptivo.

D.ª Consuelo interpuso demanda de oposición a la resolución administrativa de acogimiento provisional preadoptivo dictada por la Dirección Territorial de Alicante de la Consellería de Bienestar Social Sección de Familias y Adopciones en el expediente ..., alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: «... se dicte sentencia que deje sin efecto dicha resolución y acuerde la permanencia de la menor Genoveva en acogimiento residencial o subsidiariamente en acogimiento familiar simple, estableciendo en cualquier caso un régimen de comunicación, visita y estancia de la menor con la demandante lo más amplio posible, que incluya todos los períodos de descanso escolar».

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando el Ministerio Fiscal los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplican-

do: «… se tenga por contestada la demanda, y, tras los trámites legales previstos, se dicte sentencia de conformidad con el resultado de la prueba practicada».

La Letrada de la Consellería de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana presentó escrito, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: «… se tenga por contestada la demanda, y se dicte Resolución en la que se desestime la pretensión de la parte actora y se confirme la resolución administrativa impugnada».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Alicante dictó Sentencia el 17 de noviembre de 2008 estimando la demanda y dejando sin efecto la resolución administrativa de acogimiento familiar provisional preadoptivo de la menor Genoveva, debiendo pasar la misma a acogimiento residencial o acogimiento familiar simple, estableciéndose a favor de la madre un régimen de visitas frecuente con la menor y un adecuado plan de intervención, para conseguir el retorno de la niña con su madre biológica, apercibiendo a la misma que en caso de incumplimiento de dicho plan de intervención podrá motivar el cambio de situación de protección de la menor. La Sentencia argumentó que al parecer había quedado subsanada la situación que produjo la medida de tutela automática y que por ello se entendía que debía dejarse sin efecto «[...] el acogimiento preadoptivo acordado, dado que el mismo solo se puede acordar en supuestos de imposibilidad de retorno de la menor con la familia biológica, lo que no ha quedado suficientemente acreditado en este caso», de modo que debía establecerse un acogimiento residencial o simple, con un régimen de visitas frecuente con la menor y un adecuado plan de intervención para conseguir el retorno de la niña con la madre biológica.

En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Alicante dictó Sentencia el 6 de mayo de 2010 estimando el recurso interpuesto por la Consellería del Bienestar Social y desestimando la demanda interpuesta por la madre biológica.

D.ª Consuelo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Para desestimar la demanda, la Sentencia de la AP de Alicante valoró toda la prueba practicada a la vista de la STS 565/2009, de 31 julio, y argumentó que: a) el régimen de visitas establecido, aunque fue inicialmente observado por la madre, «fue de forma reiterada incumplido dando lugar a determinados incidentes»; b) se constataba la producción de determinados sucesos, el no seguimiento por la madre de las ayudas y planes ofrecidos, la no constancia de que se hubiese producido una mejoría de la madre y de que se hubiese estabilizado su situación residencial y económica, ni que se hubiese mejorado su padecimiento psíquico; c) no se estima acreditado que se hubieran modificado, corregido ni menos eliminado «las circunstancias que determinaron objetivamente que la Administración demandada dictase las sucesivas resoluciones que declararon el desamparo de la menor, y más tarde el acogimiento familiar provisional, aunque preadoptivo», es decir, que haya desaparecido el riesgo en que se hallaba la menor, puesto que «a pesar de lo alegado por la demandante, se estima que no ha evolucionado favorablemente ni en forma suficiente, ni su padecimiento psíquico, ni medios de vida, lo que si así hubiese acaecido, podría haber permitido y aconsejado reintegrar a la menor a su medio familiar de origen».

En el único motivo del recurso de alega la infracción de los arts. 172.4, 160.1 y 161 CC, porque la sala no se ha cuestionado ni la orden de desamparo ni la resolución de 10 octubre

2007, que ratificó la declaración, ni la de 12 febrero 2008, que era la impugnada directamente, por la que se decidió cesar el acogimiento residencial y pasar al familiar de carácter provisional y preadoptivo. La protección de la menor podría llevarse a cabo mediante el acogimiento residencial o familiar no preadoptivo, que puede ser simple o permanente, porque el preadoptivo va a romper los lazos con la familia biológica. Además, no se ha aplicado un adecuado plan de intervención de los servicios sociales para facilitar el retorno de la hija. Se citan como jurisprudencia contradictoria las sentencias de la sección 2.ª de la AP de Castellón, de 4 octubre 2006 y de la misma sección y audiencia, de 25 noviembre 2008 y las SSAP de la AP de Sevilla, sección 2.ª de 28 julio 2008 y 13 febrero 2009. Las dos primeras consideran que se debe primar la posibilidad de reintegrar los menores a la familia de origen. La sentencia recurrida no ha valorado si la entidad pública ha cumplido la obligación de procurar el retorno del menor a la familia de origen a través del adecuado plan, que no se ha llevado a cabo, descartándose así la vuelta de la menor a su familia, con lo que no se protege el interés de la menor de forma adecuada.

El motivo no se estima.

Los problemas de protección del menor en relación con la familia de origen han sido ya resueltos por esta Sala, en la STS 565/2009, de 31 julio, que contiene la doctrina que debe aplicarse. La sentencia sienta doctrina en relación a dos puntos: respecto a si el juez debe tener en cuenta las circunstancias del momento de la declaración de desamparo o las del momento en que debe decidir, la sentencia dice que «En consecuencia, esta Sala sienta la doctrina de que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del art. 172.6 CC, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad». Sin embargo, esta doctrina no debe aplicarse aquí, porque el problema del caso se centra en la determinación del interés del menor.

En el segundo punto, es decir, cómo debe ponderarse el interés del menor en estos casos, la citada sentencia sentó la siguiente doctrina: «[...] para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico».

La recurrente olvida la doctrina de esta sentencia y pide que se unifique la de las Audiencias Provinciales, que cita, por lo que no concurre el interés casacional que alega. La doctrina reproducida debe aplicarse al presente recurso de casación, ya que,

1.º A pesar de lo afirmado en el recurso, ha quedado probado que la administración tutelar ha tomado las medidas correspondientes para procurar la integración de la madre recurrente y que ésta ha rechazado cualquier tipo de plan que se ha puesto a su disposición.

2.º Tal como se afirma en la doctrina sentada en la sentencia 565/2009, seguida por las SSTS 397/2011, de 13 junio y 84/2011, de 21 febrero, el interés del menor es preferente en estos casos.

3.º No puede considerarse que la administración tutelar haya actuado de una forma extralimitada, ya que ha puesto todos los medios al alcance de la recurrente para pro-

curar la reunificación de la familia, tal como aparece en la abundante prueba practicada. Los medios aplicados no han dado el resultado apetecido, por lo que la protección de la menor requiere que se mantenga la medida acordada.

DIVISIÓN DE COSA COMÚN

No existe obstáculo alguno para la división de un inmueble adquirido por ambos cónyuges antes de contraer matrimonio y sobre el que, constante el matrimonio, se constituyó una hipoteca con la finalidad de adquirir otro inmueble.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de febrero de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Constanza y D. Luis María son propietarios por mitad de un piso situado en Madrid. Este piso fue adquirido antes del matrimonio de los litigantes y les pertenece como bien privativo en común y pro indiviso.

El inmueble se encuentra gravado con una hipoteca, que fue contratada constante matrimonio por ambos cónyuges con el fin de adquirir otro piso.

D.ª Constanza interpuso la acción de división, en la que pedía que se ordenase la división de la vivienda y, si no se llegaba a un acuerdo entre los copropietarios en lo relativo a la adjudicación a uno de ellos, se procediera a la venta en pública subasta, con participación de licitadores extraños y con la adjudicación del metálico en un 50% a cada uno de los propietarios.

D. Luis María se opuso a la demanda, alegando que la finca se encuentra gravada con una hipoteca constituida por la sociedad de gananciales para la adquisición de un nuevo inmueble, y que dicha sociedad aún no se ha liquidado, y que en este momento la pretensión es inviable, de acuerdo con el art. 666 LEC.

El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 18 de Madrid dictó Sentencia el día 14 de marzo de 2008, estimando la demanda con base en la siguiente argumentación: a) la vivienda no es susceptible de división material; b) por ello, solo puede procederse a su división económica, que, a falta de acuerdo entre los propietarios, implica la venta y el reparto del precio obtenido; c) la oposición del demandado no puede tener acogida, porque la acción se ha ejercitado al amparo del art. 400 CC, que «responde a que nadie puede ser obligado a permanecer en la indivisión»; d) al haberse ejercitado la acción de división, no cabe optar por otras alternativas contrapuestas.

En grado de apelación, la Sec. 18.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 22 de septiembre de 2008, desestimando el recurso interpuesto por D. Luis María. Los argumentos jurídicos fueron los siguientes: a) «... nada obstan las alegaciones del demandado en relación con la existencia de un crédito de la sociedad de gananciales contra los cónyuges por el importe de las cuotas hipotecarias pagadas por la sociedad para la adquisición de ese bien privativo

al 50% entre los integrantes de la misma, y ello porque ese crédito seguirá subsistente con independencia de la permanencia del bien en posesión y dominio de ambos comuneros y habrá de computarse también con independencia en las operaciones liquidatorias de la sociedad ganancial, como así ocurriría si los litigantes de mutuo acuerdo hubieran procedido a su venta»; b) «... es indiferente que la disuelta sociedad ganancial sea acreedora de sus antes integrantes, porque seguirá siéndolo a pesar de la división»; c) no puede hablarse de «inviabilidad de la división» «en base a la consideración de que el valor de la vivienda es inferior al de la carga hipotecaria, y ello porque tal dato sólo se determinará en ejecución de sentencia y afectará a los posibles licitadores, pudiendo en cualquier caso adjudicarse la misma uno de los comuneros abonando su parte al otro. Pero es que además el valor de ese bien cuando se proceda en su caso a la subasta pública será el que se ofrezca por el mismo y se acepte por los vendedores», y d) «En modo alguno puede aplicarse en este supuesto el art. 1205 CC puesto que el adquirente, si lo hubiere, no se subroga en el crédito hipotecario sino que adquiriría un bien gravado con una hipoteca, derecho real, y por lo tanto es el bien el que responde del préstamo como garantía real y hasta donde alcance su valor, respondiendo los prestatarios del resto y no el adquirente. Y por último este hecho, que según se dice es perjudicial para ambos comuneros puesto que les sería aplicable el principio de responsabilidad patrimonial universal, no empece en modo alguno el derecho que asiste a cualquier comunero de instar la división, y cuando la insta asume las consecuencias que de esa división se deriven».

D. Luis María Interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se alega en el primer motivo la infracción del art. 401 CC, en relación con el art. 400 CC, por inaplicación, al haber acordado la división por el mero hecho de haber sido solicitada, sin tener en cuenta que hay casos en los que no procede, como en el actual, por el desmerecimiento de la vivienda objeto de la división. La vivienda es inferior al valor de la carga hipotecaria, por lo que debiendo atenderse al valor del bien al tiempo de interponerse la demanda y siendo superior el valor de la hipoteca al de la vivienda, debe aplicarse el art. 666 LEC, por lo que no podrá verificarse la subasta. Por ello, la sentencia debe ser casada, al concurrir un desmerecimiento económico del propio bien y de los partícipes. Además, si se procede a la división, se estaría permitiendo a la parte contraria liquidar una deuda ganancial a costa de un bien privativo con un claro perjuicio para el recurrente, que utiliza dicho inmueble como su domicilio.

El motivo no se estima. El derecho a obtener la división de la cosa que se ostenta en copropiedad no tiene otra excepción en el art. 400 CC que el pacto entre los condóminos y aun así, con las limitaciones que el propio artículo establece. Cada comunero puede salir de la comunidad, y el Código civil permite imponer a los demás la división, porque el régimen de comunidad tiene una naturaleza transitoria e incidental. Y por ello la acción es imprescriptible e irrenunciable.

La indivisibilidad de la cosa común no permite, pues, el mantenimiento de la indivisión, sino que impone un procedimiento distinto, que es la subasta pública. Este es el sentido del art. 401 CC, que aquí se considera infringido, según el sentido que le da la STS 602/2000, de 19 junio, que entiende que se debe examinar si la cosa es o no indivisible no solo desde la perspectiva material, según criterios económicos y sociales, sino también cuando desmerezca mucho con la división, «en cuyo supuesto se comprende la inservibilidad; por ello entiende la citada STS que, de acuerdo con la doctrina dominante, el art. 401 CC se refiere al supuesto en que no cabe *actio*

communi dividundo porque se producen dos supuestos: el de la inservibilidad de la cosa para el uso a que se la destina y el de la imposibilidad de que tenga lugar la venta en pública subasta. Si concurre alguno de estos elementos, la división debe efectuarse mediante la subasta (Ver asimismo SSTS 179/2001, de 1 marzo y 38/2005, de 3 febrero).

Estas mismas razones llevan a excluir la aplicación del art. 666 LEC, que está regulando la suspensión de la ejecución cuando exista un embargo por deudas previas y señala que «si el valor de las cargas y gravámenes iguala o excede del determinado para el bien, el Secretario judicial dejará en suspenso la ejecución sobre ese bien». El segundo párrafo del art. 666 LEC se funda en el principio de cobertura, de modo que los bienes solo saldrán a subasta cuando su valor sea igual o menor de todas las cargas y gravámenes en que ha de subrogarse quien lo adquiera. No es esta la situación del litigio, puesto que aquí se requiere la subasta para dividir el bien indivisible y no para la satisfacción de las deudas del propietario del bien. La hipoteca subsiste de acuerdo con lo que dispone el art. 405 CC y la división de la finca no altera el crédito hipotecario, debiendo aplicarse el art. 123 LH.

En el motivo segundo se alega la infracción del art. 1205 CC, en relación con los arts. 403 y 405 CC. Se refiere el recurrente a la adjudicación, en su caso, del bien a dividir que está gravado con una hipoteca, al que deberá aplicarse lo establecido en el art. 670.5 LEC y del art. 405 CC, de modo que si el tercer adquirente se subroga en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, hay una novación, al sustituirse el antiguo deudor por uno nuevo, que debe ser consentida por el acreedor hipotecario, en virtud de lo dispuesto en el art. 1205 CC, lo que viene agravado por el hecho de que la hipoteca tiene un valor superior al inmueble objeto de la división.

El motivo se desestima. Tal como se ha indicado a final del anterior FJ, la división de la cosa común no perjudica al tercero, quien según lo que dispone el art. 405 CC, «conservará los derechos de hipoteca [...]» y otros derechos reales que la graven. Este es el sentido del art. 405 CC, así como el del art. 670.5 LEC, que impone al adjudicatario la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, subrogándose en la responsabilidad que de ellos se deriva, no en la deuda que origina semejante responsabilidad. No se infringe, por tanto, el art. 1205 CC, que regula la novación por cambio del deudor de una obligación, puesto que en el supuesto actual, solo cambia el responsable en tanto que como adquirente del bien sujeto a una hipoteca, debe soportar la ejecución por las deudas impagadas, pero no se convierte en deudor ni se subroga en esta posición, al contrario de lo que insinúa el recurrente. A tal efecto conviene recordar lo que establece el art. 123 LH, cuando después de admitir que el acreedor hipotecario y el deudor garantizado con hipoteca pueden pactar la distribución de la deuda en los casos de división de la finca hipotecada, a falta de pacto, «podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en las que se haya dividido la primera o contra todas a la vez».

El adquirente por tanto, resultará afectado por la hipoteca en tanto que responsable por su cualidad de titular de los bienes adquiridos en subasta, aunque no se produzca una novación porque el deudor se mantiene. En definitiva y como resumen, debe recordarse que lo que cambiaría en la adjudicación a un tercero es el titular de la garantía, no el de la deuda.

SUCESIONES

Se desestima la demanda de nulidad de la escritura de compraventa en la que ambos cónyuges, casados en separación de bienes, adquirían un inmueble en *pro indiviso*, ya que hubo una donación por parte del esposo del dinero necesario para que la esposa adquiriese la mitad, siendo aplicable igualmente la doctrina de los actos propios, pues durante los treinta años transcurridos nada reclamó y en el convenio de separación reconoció la titularidad conjunta.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de enero de 2012

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Abilio y D.ª Modesta se casaron en 1973 y se separaron en 1979. Habían adquirido en 1974 la propiedad común y *pro indiviso* de dos fincas consistentes en un piso y una plaza de garaje.

En 1979 celebraron un convenio de separación en el que constaba la cláusula siguiente: «Cuarto.—Las partes manifiestan que tienen como propiedad indivisa tanto el piso sito en…, como el mobiliario y el ajuar de los mismos, los cuales continúan no obstante con la misma calificación mientras no se acuerde otra cosa, no pudiendo venderse nada; y si acaso de mutuo acuerdo, teniendo preferencia cualquiera de los cónyuges antes que un tercero».

En 1984 se pronunció la sentencia de divorcio. En ella se atribuyó el uso del piso al marido, uso y disfrute que fue confirmado en 8 noviembre 2006 en una sentencia dictada a raíz de una demanda sobre modificación de medidas. Este uso se atribuyó de forma temporal hasta el momento en que se procediera a la división de la comunidad. La Sra. Modesta interpuso una demanda pidiendo la división del inmueble.

D. Abilio demandó a D.ª Modesta pidiendo: a) como acción principal, la nulidad del contrato de compraventa respecto a la demandada D.ª Modesta; b) alternativamente, que se declarara que el demandante se había subrogado en la posición del vendedor en lo que respecta al derecho a percibir el precio de la venta; c) subsidiariamente, que se condenara a la demandada a pagar el importe del 50% del piso y la plaza de garaje, según valor de mercado y d), también subsidiariamente, que se pagara el importe del 50% del valor de las fincas y los gastos inherentes a la propiedad actualizados.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Barcelona dictó Sentencia el 20 de diciembre de 2007 desestimando la demanda. Se rechazaron las dos peticiones alternativas de la demanda y las subsidiarias. Consideró el Juzgado que no existió ninguna simulación al adquirir la vivienda y que cuando ambos declararon que adquirían por mitad, no se produjo ninguna simulación, ni ninguna reserva a favor del marido de reclamarle la mitad del precio que aportara. El pacto interno en cuya virtud el marido se hacía cargo del precio íntegro y de los gastos, «[...] significaria, si més no, una donació dels diners, o un negoci jurídic

gratuït entre cònjuges» (significaría por lo menos, una donación de dinero o un negocio jurídico gratuito entre los cónyuges).

En grado de apelación la AP de Barcelona, Sec. 1.ª dictó Sentencia el 28 de julio de 2009 desestimó el recurso interpuesto D. Abilio con la siguiente fundamentación: a) no se había producido indefensión por falta de trámite de conclusiones, porque el recurrente tuvo la oportunidad de redactar las que consideró conveniente sin limitación alguna y que «en esta alzada, la admisión de prueba conlleva el trámite de conclusiones sobre las mismas, pero no una reiteración de los argumentos que versan en los escritos de recurso y oposición»; b) existían dos fundamentos jurídicos para la confirmación: i) «[...] nos encontramos ante una donación de dinero en el año 1974, válida y que produce todos sus efectos, no habiendo sido objeto de revocación, y transcurrido ya el plazo para ello que conlleva mantener la titularidad de la mitad indivisa a favor de la apelada»; ii) también procede la desestimación «en aplicación de la doctrina de los actos propios», porque al proceder a su separación, las partes otorgaron un documento en el que se reconoció que ambas partes eran propietarias indivisas del inmueble sito en… y que renunciaron a reclamarse nada por razón de los gastos. Ello se ha mantenido durante casi treinta años y es ahora cuando se procede a la reclamación, por lo que supone ir contra los propios actos.

D. Abilio interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso de casación se divide en cuatro motivos; los tres primeros alegan una serie de problemas relacionados con la validez de las donaciones entre cónyuges y el cuarto, relativo a la doctrina de los actos propios. En el motivo primero se alega la infracción del art. 619 CC, que regula las donaciones remuneratorias, ya que la sentencia recurrida entiende que se efectuó la donación de dinero, ya que la esposa donataria se encargaba del cuidado del hogar. Las donaciones no pueden producir efectos sobre bienes futuros; teniendo en cuenta que la donación se efectúa un año después de haberse contraído matrimonio, no puede hablarse de remuneración. En el motivo segundo la infracción del art. 633 CC. No hay donación de inmueble desde el momento en que consta el *animus donandi*. En el motivo tercero la infracción del art. 635 CC respecto a que la donación no puede comprender los bienes futuros. La compraventa se pagó con un crédito suscrito en el propio acto; no es cierta la afirmación de la compradora de que ha recibido el precio en el propio acto, ya que sabemos que dependía del crédito hipotecario.

Los motivos no se estiman. Resultan absolutamente artificiosas las alegaciones sobre la infracción de los arts. 619, 633 y 635 CC. El recurrente incurre claramente en el vicio procesal de hacer supuesto de la cuestión, ya que olvida absolutamente las conclusiones de la sentencia recurrida, pretendiendo imponer unas conclusiones absolutamente contrarias a los documentos que sobre la compraventa y correspondiente donación de dinero a favor de la esposa figuran en el litigio, en los que se fundamenta la sentencia recurrida.

A pesar de que el anterior razonamiento es suficiente para la argumentación de la desestimación de estos tres motivos, debemos añadir lo siguiente:

1.º La sentencia recurrida no califica como remuneratoria en ningún momento la donación de dinero.

2.º No puede aplicarse el art 633 CC a la donación de dinero, porque es un bien mueble y la forma de esta donación se regula en el art. 632 CC, que no exige documento público y

admite la simple entrega manual para la validez.

3.º No acierta esta Sala a comprender el fundamento de la pretendida infracción del art. 635 CC que prohíbe la donación de bienes futuros, cuando en el presente caso ha quedado probado que la única donación se refirió al dinero, que solo se donó cuando se pudo disponer de él.

En el cuarto motivo se alega la infracción de la doctrina de los actos propios. Dice el recurrente que la sentencia recurrida considera que el recurrente ha ido contra sus propios actos partiendo de la base de que había efectuado una donación a su esposa, con la que convivió seis años y que la no reclamación de los gastos así lo corrobora. Alude a unos hechos que según él, son aceptados por las partes y entiende que «la consciencia primigenia de simulación de la que ambos otorgantes han evidenciado ser plenamente conscientes, atendido a que (a entender de esta parte) no ha existido donación de ningún tipo, no puede ser convalidada por actos posteriores». Una simulación contractual no puede acabar perjudicando a quien ha actuado como único propietario y que el fundamento de ello sea que se alega la existencia de una donación remuneratoria de actos de futuro.

El motivo no se estima. Los argumentos del recurrente quizá respondan a una situación real, pero olvida que por las razones que sea, no ha reclamado nunca la nulidad por existencia de simulación, sino que ejercitó una acción de nulidad de la compraventa en la parte relativa a la concurrencia de la esposa en el contrato. Y, en segundo lugar, debe recordarse que en el tan mencionado convenio de 1979, reproducido en el FJ 1.º de esta sentencia, ambos cónyuges reconocieron la titularidad conjunta del piso de la calle (…) núm. (…). Los demás argumentos no pueden aceptarse.

Nulidad del contrato de compraventa de una finca que forma parte de caudal hereditario concertada por un coheredero antes de la partición, sin que quede incardinada en el supuesto de venta de cosa ajena, dado que se hace como propia y en perjuicio directo de los copropietarios con sanción de nulidad absoluta.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de marzo de 2012

Ponente: **Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas**

ANÁLISIS DEL CASO

Los hermanos D. Julián y D. Ernesto interpusieron demanda de juicio ordinario contra su otro hermano D. Aureliano y contra D. Jacobo y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que estimando la demanda declare nulo y sin efecto alguno el contrato privado que motivó las Diligencias Preliminares de Juicio a que se refiere esta demanda, fechado en Piedras Blancas el día 9-06-06, suscrito entre D. Aureliano y supuestamente por D. Jacobo, por las razones expuestas en el Fundamento de Derecho VI, por falta de poder de disposición (acto dispositivo nulo de pleno derecho por no haber intervenido todos los herederos), condenando a los demandados al pago de las costas procesales.

D. Aureliano contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho solicitó su desestimación, formulando al mismo tiempo demanda reconvencional solicitando que se declare la validez, eficacia y plena virtualidad jurídica del contrato de fecha 9 de junio del año 2006 unido como documento 3 de la contestación a la demanda, mandando

comparecer a los reconvenidos en el plazo y fecha que se resuelva ante el notario que el Juzgado designe para otorgar la escritura pública de compraventa y recibir el precio.

El codemandado D. Jacobo fue declarado en rebeldía respecto a la demanda presentada al haber transcurrido el término correspondiente sin que contestara a la misma ni se personase en las actuaciones.

El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Avilés dictó sentencia el 23 de abril de 2008 estimando íntegramente la demanda y desestimando la reconvención.

En grado de apelación, la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó sentencia el 3 de Octubre de 2008 desestimando el recurso interpuesto por D. Aureliano.

D. Aureliano interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alega el recurrente la infracción de las normas jurídicas y de la doctrina jurisprudencial, en concreto de los arts. 1445 y 1450 del C. Civil en relación con la doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias de 5 de julio de 1958, 27 de mayo de 1984 y 31 de enero de 1994, relativas a la validez de los contratos de compraventa realizados por un coheredero antes de la partición, respecto de un bien de la herencia indivisa.

Se desestima el motivo. Como bien refleja la sentencia de esta Sala de 23 de junio de 2009 (Rec. 4154 de 2009) se han sucedido en el tiempo dos posiciones jurisprudenciales sobre la venta de bienes, propiedad de comunidad hereditaria, por uno solo de los herederos, sin consentimiento de los demás, a saber:

1. La STS 9-5-1980, citando como precedentes las SSTS 28-12-1932, 31-1-1963 y 20-10-1954, se decanta por la nulidad de la venta por carencia de objeto, tesis próxima a la de la sentencia de apelación ahora recurrida, mediante el argumento de que, sin confundir objeto con poder de disposición sobre el objeto, el de la compraventa está integrado no sólo por la cosa sino también «por los derechos que radicando sobre la misma son materia de la transmisión que se pretenda operar»; la STS 27-5-1982, citando como precedente la STS 1-3-1949 y resolviendo un caso de venta de cosas determinadas de la herencia por un solo coheredero antes de la partición, opta decididamente por la validez del contrato desde el principio general de la validez de la venta de cosa ajena en nuestro ordenamiento, aun cuando no deja de matizar que la eficacia de la compraventa será «puramente condicional, o sea subordinada en todo caso al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en todo o en parte en las operaciones divisorias»; el mismo principio general de la validez de la venta de cosa ajena preside los razonamientos de la STS 31-1-1994 (rec. 1231/91), que sin ajustarse literalmente a lo pedido por las partes litigantes declara «la validez del contrato como simplemente generador de obligaciones..., pues todos tienen interés en la decisión»; y como no podía ser menos, tampoco faltan sentencias que, dadas las circunstancias del caso, singularmente la creencia de buena fe del comprador e incluso la creencia común de comprador y vendedor de que la cosa era propia de éste, resuelven el problema declarando la anulabilidad del contrato por error en el consentimiento (p.ej. SSTS 11-4-1912, 26-6-1924, 8-3-1929, 7-4-1971, 15-10-1973, 15-2-1977 y 6-7-1992).

2. Ahora bien, la solución generalmente adoptada por esta Sala en sus sentencias de las últimas décadas coincide con la de la sentencia de primera instancia de este litigio, es decir nulidad de la compraventa por aplicación combinada de los arts. 397 y 1261 CC al implicar la disposición de la cosa común por uno solo de los partícipes una alteración que requeriría el consentimiento de los demás. Es el criterio seguido por las SSTS 19-12-1985, 8-7-1988, 25-5-1990, 23-10-1990, 30-6-1993, 24-7-1998 y

13-11-2001, así como también por la STS 9-10-2008, ya citada, en otro de sus fundamentos.

Aplicando la referida doctrina al caso de autos hemos de convenir en que procede la desestimación del motivo de casación en cuanto procede la nulidad del contrato, al venderse bien perteneciente a la comunidad hereditaria, sin autorización de todos los comuneros.

El recurrente al comprar creía, erróneamente, que el vendedor contaba con la autorización de los demás condóminos.

El recurrente siempre mantuvo la realidad consentida de la venta, pero una vez practicada la pericial caligráfica y el resto de las pruebas se declaró probado que el vendedor no contaba con la autorización de sus hermanos-condóminos, por lo que transmutó su petición inicial de condena al otorgamiento de escritura de compraventa, por la de menor calado consistente en que, al menos, se le reconociese eficacia obligacional al contrato, postura que nunca fue objeto de la reconvención.

De acuerdo con lo razonado, la sentencia recurrida no viola los arts. 1445 y 1450 del C. Civil pues el vendedor no gozaba de la libre disponibilidad del bien transmitido, carente el acuerdo del consentimiento necesario para poder ser catalogado de contrato (art. 1261 del C. Civil), pues no bastaba con el asentimiento del enajenante sino que se precisaba el de los demás condóminos (art. 397 del C. Civil), por lo que no se le pueden reconocer efectos obligacionales al acuerdo analizado, en cuanto nulo.

En este sentido la STS de 9 de octubre de 2008. Rec. 3636/2001:

La venta, como negocio jurídico de disposición o alteración jurídica, de una cosa común, está prohibida por el artículo 397 del Código civil y no cabe incardinarla en el supuesto de venta de cosa ajena, sino que se hace como propia y en perjuicio directo de los copropietarios, con sanción de nulidad absoluta como han afirmado sentencias de esta Sala, como la de 26 de febrero de 1982 y la de 13 de noviembre de 2001 que cita otras muchas anteriores. Esto, como primer apartado, se relaciona con el segundo, que defiende la validez de la venta de la cuota parte del vendedor de la que sí era propietario: lo que no es aceptable porque vendió la cosa como un todo, sin poder ahora dividirla.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

GUARDA Y CUSTODIA

Se estima la demanda de modificación de medidas y se acuerda la custodia compartida dado el deseo expresado en tal sentido por los dos hijos, sin que constituya obstáculo la distancia que separa la casa del padre del casco urbano donde vive la madre. Es ineficaz el informe pericial emitido en el anterior procedimiento antes de la entrada en vigor de la nueva normativa autonómica.

TSJ de Aragón, Sentencia de 9 de abril de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch**

Los tres hijos del matrimonio, Javier, Covadonga y Julio que tienen hoy, respectivamente, 16, 12 y 7 años, han superado las edades más tempranas que podrían aconsejar que vivieran de modo permanente en un solo domicilio y que fuera uno solo de los progenitores quien los tuviera de modo permanente bajo su custodia. No existe prueba que permita considerar que tengan menor arraigo con la familia del padre que con la de la madre, constando además que es buena su relación con la pareja con quien actualmente convive el padre, y sin que nada permita deducir que el hecho de haber tenido los hijos del matrimonio disuelto hermanos gemelos de vínculo sencillo pueda perjudicar su estancia en la casa del padre pues, antes al contrario, la custodia compartida parece que debe favorecer la relación con los nuevos hermanos.

La opinión de los dos menores que tienen mayor edad, Javier y Covadonga, manifestada libremente en la audiencia que tuvo lugar en este procedimiento, evidencia con claridad que el deseo de ambos hermanos es el de poder vivir tanto con su padre como con su madre, lo que constituye un dato esencial que, debe ser claramente valorado a favor del establecimiento de la custodia compartida.

El inconveniente manifestado por la madre con base en la distancia que separa la casa del padre del casco urbano de Teruel, donde ella vive, no se acredita que constituya una circunstancia especial que condicione el modo en que debe ser establecida la custodia compartida, puesto que, como sí queda probado, son sencillos y rápidos los desplazamientos constantes al puesto de trabajo del padre, centro de formación de los menores, o al núcleo urbano de la capital.

En consecuencia con los datos expuestos valorando que la demandada no propone un plan de custodia compartida distinto del propuesto por el demandante y que es razonable el solicitado por el actor de establecimiento de un régimen de custodia compartida semanal, procede acordarlo así, sin perjuicio de que puedan las partes modificarlo en adelante, a medida que puedan cambiar las circunstancias que actualmente se valoran y en adaptación a los turnos de trabajo que corresponda a cada uno de los progenitores.

En concreto, a partir del dictado de esta sentencia:

1. El régimen de custodia de los menores será el de custodia compartida, con igual ejercicio compartido de la autoridad familiar.

2. Los tres hijos del matrimonio permanecerán una semana con cada uno de los progenitores, a cargo suyo y bajo su custodia, desde el viernes a la hora de salida del centro donde realicen sus estudios hasta igual momento del siguiente viernes, en que se hará cargo el otro progenitor. Caso de ser festivo el viernes, el momento del cambio de progenitor custodio tendrá lugar a las 18 horas del viernes. No cabe estimar el condicionamiento que pretende el demandante de pernocta en uno u otro domicilio según los turnos de trabajo de la madre, ya que, no siendo fijos tales turnos, hacer tal condicionamiento situaría a los hijos en una situación de incertidumbre inadmisible para la adecuada estabilidad y seguridad de vida diaria.

3. Dado el periodo semanal de custodia establecido, no se estima preciso fijar un régimen de visitas a favor del progenitor que no conviva con los hijos durante una semana. No obstante, ambos procurarán que los hijos no pierdan ocasión de contacto con el progenitor, o amigos o familiares de su entorno próximo, en el periodo en que no convivan con él, especialmente cuando tengan lugar celebraciones, viajes, reuniones o situaciones análogas que vengan fijadas por las fechas en que deban tener lugar y no por la voluntad del progenitor no custodio.

4. Las vacaciones escolares de los hijos comunes serán repartidas entre los progenitores por mitad:

Los periodos vacacionales escolares se repartirán, salvo acuerdo en otro sentido, del siguiente modo: en el periodo vacacional de verano, el padre permanecerá con los menores desde la conclusión de clases escolares y el mes de julio en los años pares, y el mes de agosto y hasta las nueva entrada al colegio en septiembre en los impares, y la madre permanecerá con los menores de forma alterna a lo expuesto.

Las vacaciones escolares de Navidad se dividirán en dos mitades. La primera desde el comienzo de las vacaciones hasta el día 31 de diciembre a las 20 horas; la segunda, desde el 31 de diciembre a las 20 horas hasta la reanudación del periodo escolar. Cada uno de los progenitores estará con los hijos una de esta mitades, alternando cada año, correspondiendo, en los años en que la Navidad recaiga en año par, la primera mitad al padre y la segunda a la madre.

Durante el periodo vacacional de Semana Santa, los hijos permanecerán con uno solo de los progenitores, con el padre los años pares y con la madre los impares.

Una vez finalizadas las vacaciones, el régimen de estancia establecido en el apartado 2 anterior, empezará a regir de nuevo, continuando como quedó.

5. Los gastos de manutención y ordinarios de los hijos corresponderán al cónyuge que los tenga bajo su custodia en el periodo en que se produzcan, aunque sean pagados con posterioridad al momento de nacimiento de la obligación de su abono.

Los gastos fijos mensuales, anuales o de periodos superiores, serán abonados al 50 por ciento por cada uno de los progenitores, acordando entre ellos la forma de compensación o abono.

Los gastos extraordinarios, referentes a salud, educación, actividades festivas, o derivados de motivos similares que sean necesarios o se estimen convenientes por los padres serán sufragados al 50 por ciento por cada progenitor. Caso de no ser necesario el gasto y no existir conformidad entre los progenitores respecto de su conveniencia, serán abonados por el que decida efectuarlos.

Dado que el pago de gastos queda cifrado en la mitad para cada progenitor y que no consta que los salarios de uno y otro sean sustancialmente desiguales, no se estima procedente fijar asignación económica respecto de ninguno de los progenitores.

6. Se atribuye a la madre el uso de la que fue vivienda conyugal, sito en la calle (…), de Teruel.

Aunque los hijos, de 12 y 10 años, manifestaron que se llevan bien con ambos progenitores expresaron su deseo de que no se modificase el sistema de custodia materno, por lo que no puede acogerse la custodia compartida solicitada por el padre. El mantenimiento de la custodia materna no vulnera el art. 80.2 del CDFA.

TSJ de Aragón, Sentencia de 5 de julio de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch**

Por sentencia dictada el día 15 de septiembre de 2011 por el Juzgado mencionado fue desestimada la demanda que solicitaba el establecimiento de custodia compartida, y presentado recurso de apelación contra tal resolución, por la sentencia ahora recurrida, dictada el día 21 de febrero de 2012 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, se confirmó en su integridad la sentencia apelada, de modo que, finalmente, se mantiene la custodia individual inicialmente acordada, si bien, tal y como acordó el Juzgado, se amplía el régimen de visitas a favor del padre.

Contra la anterior sentencia se formuló el presente recurso de casación, en el que el recurrente expone dos motivos de casación. El primero de ellos, por entender que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial infringió el artículo 80.2 del Código de Derecho Civil de Aragón (CDFA) por inaplicación del criterio de adopción preferente de la custodia compartida. El segundo de los motivos se articula bajo la solicitud de necesidad de fijación por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón de la correcta interpretación de la norma que se considera infringida, por no llevar más de cinco años en vigor y no existir doctrina jurisprudencial aplicable relativa a normas anteriores de similar contenido.

De ambos motivos debe considerarse que el segundo no se refiere realmente a infracción de norma sustantiva alguna, pues se limita a formular alegaciones sobre los presupuestos de recurribilidad. En consecuencia, no procede su admisión como recurso de casación, lo que, en el momento de dictar esta sentencia, conlleva su desestimación.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia del día 15 de septiembre de 2011 y la dictada por la Audiencia Provincial el día 21 de febrero de 2012, confirmatoria de la anterior, acordaron que en el caso actual el régimen más conveniente al interés del menor no era el de custodia compartida, sino el de custodia individual, que establecieron a favor de la madre, a la vez que ampliaron el régimen de visitas entre hijos y padre. Y, al respecto, la dictada por la Audiencia Provincial, y ahora recurrida, expone que en la actual legislación aragonesa (en concreto, Ley de Aragón, de 26 de mayo de 2010, hoy incluida en el Código de Derecho Foral de Aragón), el criterio de custodia compartida es el ordenado por la ley como preferente. Y expresa también la sentencia recurrida que esta forma de custodia está configurada como regla general, por lo que el juez podrá optar por la individual cuando sea más conveniente para el menor, justificando adecuadamente esta opción, de modo que en caso de solicitarse la individual por cualquiera de los progenitores deberá realizar el necesario estudio de las circunstancias concurrentes en el caso debatido, conforme a los factores que señala la propia normativa.

Tales consideraciones sobre la adecuada articulación de la orden general de preferencia de la custodia compartida, pero con posibilidad de excepcionarla cuando en el caso concreto lo aconsejen las circunstancias concurrentes, evidenciadoras de un superior interés del menor, son totalmente compartidas. Y así lo han señalado varias sentencias dictadas por esta Sala, de las que sirve como compendio de la doctrina contenida en ellas la de fecha 1 de febrero de 2012 que, recogida en sus literales términos en la parte que ahora más interesa, indica: «(...) En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exe-

géticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecer un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite —la conveniencia para el menor— frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011) (...)».

Debe así concluirse que, aunque el sistema establecido parte de la elección del sistema de custodia compartida como preferente, ello no es óbice para excluir tal predeterminación legal siempre y cuando, conforme a los propios criterios previstos en la norma, deba considerarse en un caso concreto que la custodia atribuida a un solo progenitor sea la mejor para el interés del menor. Encuadrada así la cuestión, la adopción de la custodia individual requiere la práctica de la necesaria prueba y su detenida valoración, puesto que sólo en caso de que esté claramente acreditado que la prevalencia del interés general del menor se satisface mejor con la custodia individual que con la prevalente de la custodia compartida, es cuando podrá ordenarse judicialmente la inaplicación de la norma general de preferencia en el supuesto concreto.

Naturalmente, dentro de tal acreditación de circunstancias concurrentes, no ofrece duda que cobran especial relevancia los informes psicosociales emitidos, puesto que en ellos, previa constatación de las circunstancias de hecho concurrentes y necesaria exposición razonada del método y factores tenidos en cuenta se emite dictamen por expertos. Junto a ello, resulta también de gran relevancia la opinión que tengan los hijos, captada por los medios de exploración de su voluntad acordes a su edad y situación, que permitan conocer realmente cuál es su preferencia real.

En el caso de autos, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia valoró tanto el informe psicosocial como la voluntad de los menores recogida por los expertos que lo elaboraron, en el sentido de que querían permanecer bajo custodia de la madre. Y luego, con carácter previo al dictado de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, como diligencia final, el Magistrado ponente, junto con la representante del Ministerio Fiscal, efectuaron la exploración de los dos hijos matrimonio, Florinda y Calixto. Los dos, de 12 y 10 años de edad, respectivamente, con juicio y madurez suficiente, según percibió el Magistrado, expresaron con claridad que su relación es buena con uno y otro de los progenitores, y que desean seguir en la situación en que se encuentran, esto es, bajo custodia y en convivencia con la madre.

En consecuencia, el representante del Ministerio Fiscal en su informe pidió la confirmación de la sentencia que recogía la custodia individual y, luego, la sentencia dictada excluyó en el presente caso la aplicación de regla general de custodia compartida, ordenando que fuera la madre quien mantuviera la custodia de los menores, si bien con ampliación del régimen de visitas del padre en la forma que lo había acordado el Juzgado de Primera Instancia.

Tal decisión de la sentencia recurrida atendió, por tanto, a la normativa legal de aplicación: primero, al asegurar la práctica de las pruebas necesarias para llegar a conocer con la mayor exactitud posible lo más beneficioso para los menores y al valorar las practicadas; y, segundo, al acordar, en consecuencia con ellas, la excepción a la regla general de la custodia compartida y establecer la individual.

No existe, por tanto, la infracción del artículo 80.2 del CDFA que el recurrente argumenta como motivo de su recurso. Ni cabe entender, como expone el recurrente, que se haya practicado prueba dirigida a acreditar como más conveniente la custodia individual o que sólo se

haya atendido a la voluntad de los menores. Por el contrario, se constata que las pruebas tenidas en cuenta en la sentencia recurrida y, por su admisión en ella, las del Juzgado de Primera Instancia, tendieron a conocer lo que era realmente más beneficioso para los hijos, a la vez que ambas resoluciones razonaron en atención a los factores contenidos en los apartados a) a f) del citado artículo 80.2 y, entre ellos, previa percepción directa de los medios de prueba, concluyeron con la prevalencia de algunos de tales factores sobre los otros, dentro del ámbito que la decisión jurisdiccional de instancia comprende.

Aunque el informe psicosocial se inclinó por la custodia compartida, se desestima la demanda de modificación instada por el padre con base en el resultado de la exploración judicial de la menor que expresó su deseo de seguir como hasta ahora, es decir, bajo la custodia materna.

TSJ de Aragón, Sentencia de 24 de julio de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas**

En el proceso seguido sobre modificación de medidas de divorcio a instancia de D. Juan Francisco contra D.ª María, la parte actora ha solicitado que la autoridad familiar respecto de los hijos del matrimonio se otorgue a ambos progenitores y que se acuerde la guarda y custodia compartida, juntamente con otras medidas derivadas de las peticiones principales. Tras el trámite procedente la sentencia de primera instancia ha desestimado la pretensión al entender que el interés de los hijos no demanda el cambio interesado por el padre. A esta decisión llega tras el examen de las alegaciones de las partes y de la prueba practicada en dicha instancia, considerada a la luz de lo dispuesto en el art. 80 del CDFA.

La sentencia de la Audiencia Provincial, ahora recurrida, ha confirmado la del juzgado. Lo hace tras reexaminar la prueba practicada y las alegaciones de la parte recurrente, expresando que las conclusiones obtenidas por el Juez de Primera Instancia se han visto reforzadas con la exploración judicial de la menor María, que manifestó que está bien con el sistema por el que actualmente se rigen las visitas con su padre y que no desea ningún cambio. Concluye la Audiencia afirmando que «en coincidencia con lo informado por el Ministerio Fiscal tras la exploración practicada, se estima preferible, por positiva y favorable al interés de los menores, el mantenimiento de la situación en que se encuentran, sin perjuicio de lo que en el futuro proceda a la vista de la evolución del caso» —fundamento de derecho cuarto, *in fine*—.

La representación del Sr. Juan Francisco recurre en casación en base a la aplicación indebida del art. 80 del CDFA en relación con los arts. 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la prueba, especialmente la pericial psicológica. Este motivo ha de ser considerado como de aquellos susceptibles de recurso extraordinario por infracción procesal, que pueden ser invocados ante esta Sala cuando se ha interpuesto recurso de casación, al permitirlo así la Disposición final Decimosexta, Apartado 1, regla 1.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y será objeto de examen en primer lugar.

En el desarrollo del motivo el recurrente expresa que la única prueba practicada, relativa a la idoneidad de la custodia compartida, ha sido la pericial psicológica judicial, y entiende que la Audiencia no justifica ni valora con razón el rechazo a la prueba pericial y casi única practicada.

El referido motivo no puede ser estimado. No puede afirmarse que la sentencia de la Audiencia Provincial carezca de motivación sobre la cuestión fáctica ni haya dejado de valorar la prueba practicada, porque en los fundamentos de derecho, especialmente en el tercero y cuarto, expone las razones que conducen a la decisión confirmatoria que adopta, y lo hace aceptando la valoración que realizó el Juez de Primera Ins-

tancia y, además, teniendo en cuenta la exploración judicial que se practicó como diligencia final en la segunda instancia, consistente en la exploración de la menor María, en los términos que posteriormente analizaremos.

La prueba pericial que se practica en autos debe ser necesariamente valorada por los Tribunales, conforme al criterio de la sana crítica, fijado por el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y motivando la sentencia a tenor de lo prevenido en el art. 218, apartado 2. No están obligados a seguir la conclusión de los peritos, pudiendo apartarse de ella, siempre que se expresen las razones que justifican la decisión. Y esto se ha realizado en el caso de autos, en el que tanto el Juez de Primera Instancia al desestimar la demanda —Fundamento de Derecho 2.2— como la Audiencia al confirmar dicho fallo, efectúan consideraciones sobre la práctica de las pruebas y su incidencia en el interés de los menores, que consideran preferente para adoptar la decisión sobre su guarda y custodia.

La referencia hecha en el acto de la vista a la incorrecta valoración de la exploración de la menor tampoco puede ser acogida. Dicha exploración quedó plasmada en el rollo de apelación, mediante acta de 6 de febrero de 2012, y no resulta de su contenido algo distinto de lo considerado por la Audiencia Provincial. No consta que la menor afirmara que no quería cambiar, pero debe entenderse que esa era la conclusión que la Audiencia Provincial extrajo de la anterior afirmación «está bien así».

(...) Los motivos primero y segundo del recurso, que invocan bajo los apartados A) y B) la infracción del art. 80 del CDFA, van a ser objeto de examen conjunto. En el primero de dichos apartados se denuncia la inaplicación del carácter preferente de la custodia compartida y en el segundo la aplicación indebida del carácter excepcional de la custodia individual. En resumen, la parte recurrente entiende que ha sido infringido el precepto antes citado al no ser estimada la demanda en cuanto solicitaba la custodia compartida de los hijos.

El criterio establecido por el legislador aragonés respecto a la guarda y custodia de los hijos es el de otorgar preferencia a la custodia compartida, que el juez adoptará en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente. Así lo establece el art. 80.2 del CDFA, que ordena atender a los factores referidos en la norma.

El caso de autos debe ser tratado como caso límite. La prueba pericial practicada considera procedente la custodia compartida, aconsejando la psicóloga adscrita al juzgado que los menores compartan el tiempo de permanencia con cada progenitor de manera equitativa, en periodos semestrales alternos. Por otra parte, la prueba practicada en el acto del juicio, a la que el juez de primera instancia otorgó valor de pericial, estima necesario mantener la estabilidad emocional de los menores, relevante especialmente en casos de niños adoptados.

Es de significar que el presente caso afecta a dos menores nacidos en Rusia y que fueron adoptados por los ahora litigantes, cuando éstos mantenían su relación conyugal con normalidad. María, nacida en (…) de 2002, fue adoptada en 2006, cuando contaba 4 años y medio de edad. Juan, nacido en (…) de 2005, fue adoptado en 2008, teniendo 2 años y medio de edad. De la prueba pericial practicada resulta que la niña se adaptó bien a la vida en España, aunque con déficit en el aprendizaje del idioma que dificultó su comunicación y relaciones sociales, así como su rendimiento académico. Es una niña de carácter tímido y reservado, muy unida a su madre, por la que siente gran apego. El menor Juan se adaptó a España de forma positiva, aunque le está resultando difícil la asunción de las circunstancias familiares y está en tratamiento psicológico desde abril de 2011.

Además de la prueba practicada en la primera instancia, la Audiencia Provincial ha llevado a cabo la exploración de María, que manifestó que está bien con el sistema por el que actualmente se rigen las visitas con el padre. El resultado de esta exploración ha sido considerado especialmente en la sentencia recurrida, para confirmar la decisión del Juez de Primera Instancia.

Esta valoración se ajusta a lo establecido en el art. 80.2 del CDFA, y tiene en cuenta los factores referidos a las edades de los hijos y a la opinión expresada por la mayor de ellos, María, que tenía suficiente juicio al tiempo de ser explorada. La opinión de los menores resulta rele-

vante a la hora de decidir sobre su forma de vida futura, aunque habrá de ser valorada juntamente con los demás factores que expresa el precepto citado. No es la voluntad que decide el litigio, ya que se trata de personas en formación, que conforme al art. 5 del CDFA no tienen plena capacidad de obrar, pero esta expresión es un factor de relieve a la hora de adoptar la decisión. Como afirma la Sentencia del TSJ de Cataluña de 23 de febrero de 2012, «Sin necesidad de entrar en disquisiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la exploración judicial puesto que difícilmente puede considerarse un medio de prueba en el que basar una resolución sino el instrumento por el que el menor afectado por un procedimiento puede dar a conocer al Juez su opinión (de tal modo que según algún sector doctrinal el contenido de la exploración podría quedar fuera del conocimiento de las partes) lo cierto es que en la exploración adquiere el principio de inmediación su mayor relevancia, pues con independencia de lo que se haga constar en el acta, en el caso de que se hubiese documentado como aquí ha ocurrido, la percepción, impresiones, etc. que tuvo el Tribunal en la entrevista con los menores difícilmente pueden ser plasmadas en toda su amplitud en un documento escrito».

Una vez adoptada una decisión sobre María, es de aplicación el precepto contenido en el art. 80.4 CDFA, a cuyo tenor «Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos».

La Audiencia Provincial motiva las razones que justifican la decisión adoptada, sin que los razonamientos expresados en la sentencia impugnada resulten arbitrarios o contrarios a la lógica. De su examen resulta la razonabilidad de la argumentación, que se inscribe dentro del ámbito de discrecionalidad que corresponde a los tribunales de instancia, conforme al precepto de referencia, que tiene como frontispicio el interés del menor, lo que es acorde con la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por España. Especialmente se ha tenido en cuenta en este caso la opinión de la menor que tiene capacidad suficiente, a tenor del art. 12 de la citada Convención.

En consecuencia los motivos de recurso consignados bajo los apartados A) y B) no se estiman.

ALIMENTOS

Se desestima la demanda de reclamación de alimentos formulada por el hijo mayor, dado que terminó su trabajo por no llegar a un acuerdo económico con el empresario, no porque fuera resuelta unilateralmente la relación laboral por el empleador. Por otro lado, estando en situación de desempleo decidió adquirir un vehículo turismo, con lo cual es notorio que con el precio pagado podría tener cubiertas sus necesidades durante un elevado número de meses.

TSJ de Aragón, Sentencia de 16 de abril de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ignacio Pastor Eixarch**

Excluida la posible aplicación del artículo 69 CDFA, la resolución de la cuestión litigiosa debe atender a las previsiones contenidas en el artículo 142 y siguientes del CC, reguladores del régimen general de alimentos entre parientes, lo que exige una detenida valoración tanto de la prueba directa aportada por quien pretende los alimentos como de las evidencias que puedan ser reveladas por signos externos o comportamiento social (en términos de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1982) para entender, primero y principalmente, si está

presente en el caso el presupuesto exigido por tales normas de considerarlo en la situación de necesidad exigida para fundamentar su reclamación. Si falta tal acreditación, no procederá el señalamiento de la deuda alimentaria, tal y como sostiene la sentencia del Tribunal Supremo en sentencia de 23 de febrero de 2000, que denegó pensión de alimentos porque la demandante en aquel procedimiento «(...) no ha probado que su nueva vida esté desasistida del sustento diario, alojamiento, vestido, asistencia médica y, en determinado supuesto, de la instrucción cultural y profesional; y, sobre todo, no ha probado una incapacidad permanente, total y parcial, para realizar trabajos retribuidos, sean de tipo intelectual o manual. Y para que surja con todos sus efectos dicha deuda alimenticia han de darse determinadas circunstancias como son reveses de fortuna, siniestros imprevisibles, enfermedades graves, imposibilidad de trabajar, dado o circunstancias, se vuelve repetir, que no se dan el presente caso, o por lo menos no se han constatado».

Doctrina que, en su aplicación al caso presente, da lugar a considerar como datos de relevancia que el reclamante de alimentos terminó su trabajo por no llegar a un acuerdo económico con el empresario, no porque fuera resuelta unilateralmente la relación laboral por el empleador. No se ha concretado en el procedimiento a qué pudo deberse la falta de acuerdo, para poder valorar si es que no hubo ninguna opción razonable que el demandante hubiera podido aceptar, y este importante dato es cuestión sobre el que el demandante pudo alegar y probar, siendo imposible hacerlo para el demandado, por lo que la falta de acreditación sobre cuál fuera realmente el motivo que determinó el cese de la relación laboral sólo al propio demandante puede perjudicar, por aplicación del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Similar consideración cabe hacer sobre la posibilidad de acreditación no cumplida por parte del demandante, de que no percibe prestación o auxilio en forma de ayudas sociales para desempleados, y para quienes han agotado la protección por desempleo, como de modo específico se tuvo en cuenta en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y que es dato esencial si se tiene en cuenta que al constituirse la litis, cuando la demanda es presentada el día 8 de octubre de 2010, el demandante percibía el subsidio de desempleo por importe de 426 euros.

Al lado de la anterior falta de acreditación, son hechos probados que el demandante compró y tenía a su disposición desde el año 2008 un ciclomotor. Aun contando con tal medio de locomoción propio, y estando en situación de desempleo desde el día 5 de diciembre de 2009 subsidiada por la prestación hasta el 19 de enero de 2011, decidió adquirir el día 1 de junio de 2010 un vehículo turismo marca y modelo Renault Mégane, matriculado el año 2006. Se desconoce el importe abonado por tal compra, puesto que no ha sido facilitado por el demandante, pero es notorio que con el precio pagado podría ser cubiertas un elevado número de mensualidades de 150 euros cuyo pago reclama ahora, sin contar, por demás, con los gastos que el uso y mantenimiento de un vehículo turismo conlleva, y que aquí se añaden a los más reducidos, pero también presentes, por el uso del ciclomotor.

Al no constar indicio alguno que permita considerar justificado que la adquisición del turismo fuera necesaria para el trabajo, no cabe sino concluir que ninguna utilidad tuvo tal compra, salvo la del disfrute personal del demandante. El desembolso que la compra del nuevo vehículo supuso, junto con la decisión que conlleva de asunción de los nuevos gastos, se compadece mal con la alegación del demandante de que tenga necesidad real para proveer a su alimentación y sostenimiento diario, como reclamó en la demanda presentada el día 8 de octubre de 2010, tres meses después de adquirir el nuevo vehículo.

Por último, debe destacarse que el propio demandante manifestó en el juicio oral celebrado que la petición de alimentos la efectuaba realmente, no para él, sino para su unidad familiar, esto es, para el sostenimiento del hogar que forma con su madre y su hermana, lo cual no cabe admitir como causa para establecer en su favor pensión de alimentos, por tratarse de cuestión ya resuelta, y por acuerdo de sus progenitores, en el procedimiento que se sigue en el Juzgado de Familia que conoce del divorcio de sus padres.

Las circunstancias acreditadas, contradictorias con que exista realmente una necesidad de

alimentos personal del demandante, unidas a la omisión probatoria que correspondía al propio actor practicar sobre extremos tan relevantes como el motivo por el que terminó su relación laboral o si percibe subsidio o auxilio social conducen a considerar, finalmente, que no puede darse por cierto que exista la situación de necesidad que sostiene, no imputable a él o causada por su falta de diligencia, por lo que no procede estimar su reclamación en tal sentido.

La asistencia de la menor a un colegio privado, unido al hecho de que el padre ha aumentado sus ingresos, justifican que se incremente la pensión alimenticia de 450 a 650 euros sin que se acoja la pretensión de la madre de fijarla en 850 euros, pues la proporción entre el aumento de las necesidades de la hija y los ingresos del padre se respeta, no pudiendo considerarse arbitraria o irracional la nueva pensión.

TSJ de Aragón, Sentencia de 20 de abril de 2012

Ponente: **Ilmo. S. D. Ignacio Martínez Lasierra**

La demanda que inició el procedimiento de modificación de medidas formulada por D.ª Yolanda solicitó del Juzgado, en lo que ahora importa, que la pensión de alimentos acordada en sentencia de 22 de septiembre de 2.003 del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Zaragoza para su hija Inmaculada, nacida el 3 de enero de 2003 de su unión sentimental con el demandado D. Ricardo, fuera elevada desde los 425 euros fijados entonces a 850 euros mensuales.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia destaca en su fundamento jurídico tercero que se han producido variaciones en las circunstancias de hecho, respecto a las necesidades de la menor y a la capacidad económica del padre. En cuanto a la niña por su edad, de 8 años y 2 meses en el momento de la sentencia, y porque no cursa estudios en un centro público o concertado sino en uno privado, con gastos que duplican los de los primeros centros citados. En cuanto a los ingresos del padre, porque se han incrementado casi en el doble. Ambas circunstancias justifican para el Juzgado el aumento de la pensión para la hija a 800 euros mensuales.

La sentencia de la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Ricardo en el único extremo de fijar en 650 euros mensuales la pensión alimenticia de la hija Inmaculada. Las razones de esta modificación son expresadas en el fundamento segundo de la sentencia en los siguientes términos:

«Efectivamente, con anterioridad, la niña estaba escolarizada en un colegio público, acude desde 2010 al centro privado referenciado, donde abona mensualmente 452 euros por diez mensualidades, en concepto de enseñanza, autobús escolar y comedor (F. 144 a 157 de las actuaciones).

Según certificación expedida por la empresa SAICA el Sr. Ricardo vino a percibir en el año 2003 un promedio mensual bruto prorrateado de 2.978,69 euros, en 2004 de 4.000 euros brutos mensuales, y en 2010 de 4.500 euros brutos al mes (f. 62 y ss. de las actuaciones).

Actualmente, la pensión alimenticia con sus correspondientes revalorizaciones, asciende a 515 euros al mes.

Es claro el incremento de los gastos ordinarios de la menor, especialmente los concernientes a su formación educativa, y también el de los ingresos del recurrente desde que se fijó en convenio la pensión alimenticia.

Atendiendo a los hechos acreditados en el proceso, a las necesidades de la menor y a los medios económicos de que dispone el padre, se considera más adecuado un incremento de la pensión alimenticia a 650 euros mensuales, en lugar de los 800 euros al mes que fija la sentencia impugnada».

El único motivo admitido del recurso de casación, el segundo, lo basa la recurrente en vulneración del artículo 82.1 del Código del Dere-

cho Foral de Aragón (CDFA), por entender que no se ajusta la pensión de 650 euros mensuales al principio de proporcionalidad señalado en el precepto teniendo en cuenta los ingresos del padre, el doble de los de la madre, y las necesidades de la menor. Afirma la recurrente, realizando sus propios cálculos, que el padre ha incrementado sus ingresos en un 44% respecto al año 2003 y que la hija común ha incrementado sus gastos en un 70% y que, sin embargo, la sentencia recurrida no atiende a la proporcionalidad obligatoria en los gastos de asistencia.

Como afirma la propia recurrente, el *quantum* de la pensión se establece según el prudente arbitrio del juzgador. El Ministerio Fiscal alude a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas la sentencia n.º 721/2011, de 28 de octubre de 2011, recurso 926/2010), referida al principio de proporcionalidad del artículo 146 del Código civil:

«La jurisprudencia de esta Sala ha declarado repetidamente que el juicio de proporcionalidad del art. 146 CC "corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146", de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, "entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación" (STS 903/2005, de 21 noviembre y las allí citadas)».

Lo mismo cabe decir del criterio de proporcionalidad señalado por el legislador aragonés entre los ingresos de ambos padres para contribuir a los gastos de asistencia a los hijos establecido en el artículo 82.1 CDFA, o para la relación entre necesidades de los hijos, sus recursos y los de sus padres, para atender a los gastos ordinarios de aquéllos (artículo 82.2 CDFA). Se debe respetar la valoración de la prueba realizada por el juez, solo impugnable en el recurso extraordinario por infracción procesal por la vía del artículo 469.1.4.º LEC en el caso de resultar manifiestamente arbitraria e ilógica y, como señala el Tribunal Supremo, el juicio de proporcionalidad no es susceptible de revisión casacional salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico e irracional.

En el presente caso la recurrente establece, sobre unos datos parciales de su propia elaboración relativos a ingresos del padre y gastos de la hija, una proporción que —a su juicio— no habría sido tenida en cuenta en los mismos términos para el aumento de la pensión de la hija. El criterio que establece el artículo 82.1 es el de contribución de los padres a los gastos de asistencia de los hijos proporcionalmente a los ingresos de ambos. La recurrente establece la proporción, según su propia estimación, entre el aumento de los ingresos del padre y los gastos de escolarización de la hija, como si ésta fuera la proporción que debía ser seguida por la sentencia de apelación. El criterio más amplio de proporcionalidad lo da el artículo 82.2 al señalar la correlación entre necesidades de los hijos y recursos de los padres, lo que debe ser puesto en relación con la proporción del apartado anterior. Por lo tanto, no cabe apreciar infracción del principio de proporcionalidad sobre datos parciales, pues deben ser tenidos en cuenta todos los parámetros legalmente previstos.

Según consta en el trascrito fundamento segundo de la sentencia recurrida, se ponen de manifiesto en el mismo los datos tenidos en cuenta para el señalamiento de la nueva pensión para la hija común, atendiendo a los ingresos de ambos padres y a las mayores necesidades de la hija derivadas de su educación en un centro privado. La proporción que debe ser respetada, según los ingresos de los padres y las nuevas necesidades de la hija, son enumeradas y tenidas en cuenta en la nueva asignación sin que hayan de responder a un modelo matemático, y sólo son recurribles en casación en los supuestos indicados de manifiesta arbitrariedad o irracionalidad, que no se dan en el presente supuesto.

Si el padre percibía 2.300 euros cuando se fijó la pensión alimenticia de los hijos a razón de 320 euros para cada hijo, acreditado que actualmente sus ingresos son solo de 1.300 euros, la pensión debe quedar reducida a 150 euros por hijo.

TSJ de Aragón, Sentencia de 8 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch**

En sede de regulación de los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a su cargo, el CDFA recoge la obligada atención económica por parte de los padres a los hijos que estén a su cargo en la previsión específica contenida en el artículo 82. En concreto, en lo que ahora interesa, el artículo 82.1 ordena que, sin excepción, los padres deben contribuir a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos, y establece igualmente, con carácter general, que esta contribución será proporcional a los recursos económicos de ambos progenitores. Esta proporcionalidad es luego concretada en el apartado segundo de igual artículo, ordenando literalmente: «2. La contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia a los hijos se determinarán (...) en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres».

Por tanto, lejos de un posible automatismo, en cada caso deberá ponderarse por la autoridad judicial, atendiendo a las pruebas obrantes, cuáles sean las circunstancias concurrentes alrededor de cada uno de los términos que fijan legalmente la proporcionalidad, esto es, primero y principalmente, cuáles sean las necesidades de los hijos, y a su lado, con qué recursos económicos pueden contar tanto los propios hijos como cada uno de sus progenitores.

En aplicación de la normativa anterior al presente caso debe considerarse que cuando la sentencia de divorcio fue dictada el día 22 de junio de 2009, la situación económica de los litigantes se definía por la percepción por parte del padre de ingresos que ascendían a la suma de 2.300 euros, mientras que la madre no contaba con la percepción de cantidad alguna. Ahora, la sentencia recurrida, tras indicar que no se han especificado con total certeza los reales ingresos del recurrente, hace suya la valoración de la prueba practicada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 en la sentencia dictada el día 14 de junio de 2011 que fija el importe de los actuales ingresos del padre en la cantidad, como mínimo, de 1.200 euros. De modo que aun cuando no se considera probado con total claridad qué cantidad fija mensual puede percibir, parte de entender que estos ingresos han sufrido una merma de alrededor de 1.000 euros mensuales y, aunque señala que percibe retribuciones en especie, no cuantifica éstas ni concluye que puedan suponer compensación del importe perdido de 1.000 euros mensuales.

Al lado de la reducción de los ingresos del padre, la misma sentencia declara probado que la madre trabaja por cuenta ajena, en contrato de duración determinada, lo que le supone la retribución mensual de 715.25 euros.

Partiendo de tales datos considerados acreditados en la instancia, resulta evidente que de los tres términos a valorar para la proporcionalidad de la pensión a favor de los hijos previstos en el artículo 82.2 del CDFA (necesidades de los hijos, sus recursos, y recursos económicos disponibles de los padres) ha habido una gran alteración de uno de ellos: los recursos económicos de los padres. Así, si la relación entre percepciones de los padres al tiempo de la sentencia de divorcio de 2009 se definía como 2.300/0, ahora se describe, en la proporción más favorable para la recurrida, como 1.300/715.25.

Este importante cambio respecto de uno de los factores legalmente establecidos para medir la proporcionalidad no se ha visto compensado por el cambio de los demás, puesto que ni consta que las necesidades económicas de los hijos se hayan visto significativamente aumentadas ni que estos perciban ingresos a cuantificar.

El relevante cambio expuesto de la situación fáctica a atender en el presente caso conlleva la pérdida de vigencia de la proporcionalidad que

observó la sentencia de divorcio en el año 2009, lo que, en observancia de lo ordenado en el artículo 82.2 del CDFA, y en contra de lo resuelto en la sentencia recurrida, obliga al cambio de lo establecido en la primera resolución, para armonizar el importe de la pensión a favor de los hijos con la actual situación económica de ambos progenitores.

En consecuencia, el recurso de casación debe ser estimado, casando la sentencia y procediendo el señalamiento de nueva cantidad.

La pensión inicial fue de 320 euros por hijo, junto con la asignación de compensación a favor de la madre de 450 euros. Ponderada la situación económica antes referida, y valorando que no se ha impugnado por el recurrente la cuantía fijada como pensión compensatoria a abonar a la madre, pues fundamenta el recurso de casación únicamente en la infracción del artículo 82.2 del CDFA, se reputa como cantidad ajustada a la realidad actual la de 150 euros mensuales por hijo.

Se declara extinguida la obligación alimenticia del padre, dado que si bien el hijo finalizó su carrera y actualmente se encuentra realizando un máster con excelente aprovechamiento, debe tenerse en cuenta que tiene 27 años y que el deber de proporcionar formación profesional a los hijos no se prolonga de forma indefinida, sino por el tiempo normalmente requerido para completar dicha formación.

TSJ de Aragón, Sentencia de 9 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra**

La sentencia recurrida toma en consideración, para mantener la pensión del hijo (que cumplió 27 años en julio de 2011), que en el curso 2008/09 aprobó el quinto curso de carrera (Ingeniería Industrial) y se apuntó al proyecto «Motostudent», que en el curso 2009/10 preparó el proyecto fin de carrera (que terminó en febrero de 2011) al mismo tiempo que trabajaba con el equipo y se preparaba para ingresar en «Epsylon Euskadi», y que desde enero hasta diciembre de 2.011 está en Vitoria haciendo un Master postgrado de «Especialización Técnica en Competición Automovilística». Con tales antecedentes estima la sentencia que es razonable exigir del padre el pago de la pensión dado que el hijo carece de recursos propios y no ha finalizado su proceso formativo, desarrollado hasta el momento con notable aprovechamiento, por estar realizando el master de especialización en Vitoria, y que en la actual coyuntura del mercado de trabajo es aconsejable para acceder al mismo en buenas condiciones. Y ello aunque el hijo no atendiera tres posibilidades de trabajo sugeridas por su padre, por su decidido interés, legítimo, antiguo y demostrado, por hacer la especialización que acababa en diciembre.

La sentencia de primera instancia había razonado también que la actividad formativa del hijo era intachable y excelente, y que solo la gran especialización pretendida le llevaba a prolongar su formación, no habiendo motivos para la reducción económica vistas las necesidades económicas actuales del hijo, sin perjuicio de que en un futuro próximo pueda incorporarse al mercado de trabajo, lo que motivará una clara alteración sustancial de las circunstancias.

Como pone de manifiesto el recurrente, esta Sala ya ha señalado, conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 13/2006 (artículo 69 CDFA), el carácter excepcional del deber de los padres de costear los gastos de crianza y educación de los hijos tras su mayoría de edad o emancipación.

En la sentencia de 2 de septiembre de 2009 (recurso 5/2009), para el supuesto de una hija de 16 años que había abandonado los estudios y no había aprovechado las oportunidades laborales que se le habían presentado, dijo esta Sala que, conforme al artículo 66.1 de la Ley 13/2006 (hoy artículo 69 CDFA), «el deber de los padres de sufragar los gastos de crianza y educación pervive a pesar de que el hijo haya alcanzado la

mayoría de edad o emancipación y siempre que concurra la circunstancia indicada en el inciso final de la regla: que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete». Ello siempre y cuando el hijo « no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos». Y se añadía que «la obligación de alimentos..., aun cuando no se extinga automáticamente por el hecho de haber alcanzado la hija la mayoría de edad, no es ni puede ser por tiempo indefinido, sino sólo en tanto concurran las antedichas circunstancias en las que se justifica la prolongación del deber de crianza y educación».

En la sentencia de 12 de mayo de 2010 (recurso 1/2010), para un supuesto de un hijo de 22 años de edad que ya había terminado sus estudios y se había insertado en el mundo laboral, dijimos que la obligación prevista en el artículo 69 CDFA «sólo se mantendrá si es razonable exigir su cumplimiento, y sólo por el tiempo normalmente requerido para que la formación se complete. Además de que, salvo acuerdo expreso u orden judicial, en ningún otro caso se extenderá más allá de los 26 años, sin perjuicio del derecho a reclamar alimentos».

En la sentencia de 30 de noviembre de 2011 (recurso 20/2011), analizando el supuesto de dos hijas que habían terminado sus licenciaturas con buen resultado académico, además de otros cursos de formación añadida a la universitaria, bien de idiomas, bien de complemento de la carrera terminada, e incluso preparación de oposiciones, se concluyó que la formación académica, y la complementaria que decidieron conseguir, había quedado terminada y que la preparación de oposiciones o la obtención de especialización remunerada hasta encontrar el trabajo elegido para el que se cursan nuevos estudios, no están comprendidos en el deber de proporcionar formación profesional a los hijos, que es la previsión del artículo 69 CDFA.

En la sentencia de 30 de diciembre de 2011 (recurso 19/2011), respecto a la pensión de alimentos de una hija de 24 años de edad, peluquera de profesión que posteriormente había iniciado unos estudios de grado superior de educación infantil, dijimos: «Del mismo modo, no resulta ajustado a la previsión de la norma señalar el momento de la independencia económica de los hijos mayores de edad como límite a la obligación de los padres de costear los gastos de crianza y educación, pues dicho límite legal se encuentra en la finalización de la formación profesional en el tiempo normalmente requerido y no en la independencia económica y, en todo caso, con un límite final en los veintiséis años de edad. En el presente caso la realización de unos segundos estudios para una nueva capacitación profesional, diferente de la primera y de mayor nivel, fue iniciada con el consentimiento del padre recurrente, y así lo admite y lo asume éste, pero ello no significa que tal obligación deba mantenerse hasta la independencia económica de la hija, que supuestamente derivaría de esta segunda capacitación profesional, pues ésta ha sido elegida opcionalmente tras la primera, como una posibilidad de mejora, que podrá ser asumida voluntariamente por los padres, pero no deberá ser impuesta más allá del límite de su finalización en el tiempo razonablemente requerido o, como límite final en la edad de los veintiséis años».

Así pues, en el caso de que los hijos carezcan de recursos propios, el artículo 69 CDFA prevé el mantenimiento del deber de los padres de costear sus gastos de crianza y educación más allá de su mayoría de edad o emancipación, si en tal momento no ha sido completada su formación profesional. Para el mantenimiento de esta obligación añade el precepto el requisito de: «solo en la medida de que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete». Conforme al apartado 2 de este precepto, el deber se extingue al cumplir el hijo los veintiséis años salvo haberse fijado, convencional o judicialmente, una edad distinta.

Aplicando estos criterios legales al caso presente, en el momento de la presentación de la demanda ya se cumplía el presupuesto para la extinción de la obligación pues para entonces el hijo ya había cumplido la edad límite legalmente prevista. Las sentencias de primera instancia y de apelación vinieron a considerar que, dado el excelente aprovechamiento académico demostrado por el hijo en su licenciatura y en

los estudios posteriores, era razonable exigir al padre el mantenimiento de su obligación, que vinculan a su mejor incorporación al mercado del trabajo teniendo en cuenta la difícil coyuntura del mismo en el momento actual. Pero no tienen en cuenta el límite legal de los veintiséis años de edad, que resulta insalvable salvo que se hubiera previsto, convencional o judicialmente, otro distinto.

En definitiva, como ya habíamos dicho en las sentencias de 30 de noviembre y 30 de diciembre de 2.011 para supuestos similares de estudios de especialización, complementarios de cualquier otro tipo, oposiciones posteriores, etc., el deber de proporcionar formación profesional a los hijos, que es la previsión del artículo 69 CDFA, no se prolonga de forma indefinida, ni hasta que los hijos alcancen la independencia económica, sino por el tiempo normalmente requerido para completar dicha formación, en todo caso con el límite de los veintiséis años de edad. Permanece, en todo caso, el derecho del hijo a reclamar alimentos (inciso final del apartado 2 del artículo 69 CDFA).

Por lo anterior, el motivo debe ser estimado y casada la sentencia recurrida declarando extinguida la pensión de alimentos señalada al hijo común, Casiano.

PACTOS PREMATRIMONIALES

Ineficacia del pacto suscrito por los cónyuges antes de contraer matrimonio y en virtud del cual la futura esposa renunciaba de forma expresa e irrevocable a cualquier derecho que pudiera llegar a corresponderle respecto de bienes inmuebles o muebles, pues para su validez hubiese sido necesario el otorgamiento de una escritura pública que garantizase la libre formación de voluntad de los futuros contrayentes. Tras dicha declaración se reconoce en favor de la esposa una indemnización por extinción del régimen de separación de bienes.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 12 de julio de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio**

Los hechos de los que es preciso partir para resolver el presente recurso de casación, tal y como han sido declarados en la sentencia recurrida, bien directamente bien por remisión expresa o implícita a la sentencia de primera instancia, son, en síntesis, los que siguen:

D. Avelino, español de origen aunque nacido en México, y D.ª Julia contrajeron matrimonio el 6 de mayo de 1989 en México y, fruto de su relación, tuvieron dos hijos, Ricard (1990) y Laura (1993); los contrayentes establecieron desde el primer momento su residencia familiar en Cataluña y, más en concreto, en Sant Cugat del Vallés; el cese efectivo de la convivencia matrimonial se produjo en el mes de octubre de 2007; la ley aplicable al divorcio es el Codi de Família, aprobado por Llei 9/1998, de 15 de julio; en 7 de febrero de 2001, D. Avelino y D.ª Julia suscribieron, en un documento privado y en presencia de dos testigos, «unos pactos en previsión de una ruptura matrimonial», en cuya cláusula sexta se hacía constar que la recurrente —a quien se designaba en el texto del documento por sus iniciales (AIRO)— «renuncia en forma expresa e irrevocable a cualquier derecho que pudiese llegar a corresponderle respecto de los bienes inmuebles (incluyendo la vivienda habitual) o muebles (maquinaria, equipo, cuentas bancarias, acciones, etcétera), en cualquier país»; D.ª Julia tuvo «una dedicación exclusiva a la crianza, cuidado y atención a la familia «durante los diez primeros años de la relación matrimonial y, cuando en 1999 se incorporó al mercado laboral lo hizo a media jornada, supeditando en todo momento su trabajo a las necesidades domésticas y familiares; al tiempo de la ruptura de la convivencia D.ª Julia carecía de patrimonio propio alguno, mientras que D. Avelino ostenta-

ba, bien personalmente bien a través de sociedades participadas exclusiva o mayoritariamente por él, «un importante patrimonio», fundamentalmente inmobiliario, cuyo valor estimado no era inferior a los 2.000.000 euros, deducido el importe de las cargas hipotecarias.

Tras haber decidido el Juzgado de Primera Instancia estimar —parcialmente— la demanda reconvencional, por lo que se refiere al reconocimiento del derecho de la demandada a percibir una compensación económica *ex* art. 41 CF, atribuyéndole por dicho concepto la cantidad de 300.000 euros, y a la vista de la alegación del actor y apelante de que dicho derecho había sido renunciado, la Audiencia Provincial decidió considerar que los acuerdos suscritos con la demandada en 7 de febrero de 2001 tenían la condición de «pactos en previsión de una futura ruptura matrimonial», aunque en la demanda inicial el actor se refiriera a ellos de modo que podría haber hecho pensar razonablemente que solo estaban relacionados con «una crisis matrimonial sobrevenida en el año 2001» que no llegó a producir el cese de la convivencia.

En cualquier caso, al no haber sido interpuesto por la demandada ningún recurso extraordinario por infracción procesal, junto con el de casación, que nos permita revisar ahora los hechos declarados probados, hemos de partir del planteamiento fáctico asumido en la alzada, sin perjuicio de analizar sus consecuencias jurídicas desde la perspectiva propiciada por el recurso de casación.

Así las cosas, en la sentencia recurrida (FD 5) se alude a una pretendida doctrina de esta Sala, con cita de nuestra STSJC 34/2010, de 10 de septiembre, de la que —según el tribunal *a quo*— se desprendería la validez y eficacia de todos aquellos pactos otorgados en el ejercicio de su autonomía negocial por los cónyuges, aunque fuera privadamente y sin posterior ratificación judicial, por virtud de los cuales se renunciase «en previsión de una crisis matrimonial» a la pensión compensatoria o a cualesquiera otras derechos disponibles, entre los cuales se incluye el relativo a la compensación por razón de trabajo regulada en el derogado art. 41 CF, sin que para ello sea exigible «formalidad alguna»«y sin perjuicio de la salvedad que, en orden a su eficacia, podría producirse de sobrevenir «una variación sustancial imprevisible de las circunstancias de manera que perezca su modificación», lo que se excluye en el presente caso, en el que el tribunal de la apelación considera que «era previsible la ampliación del patrimonio de la empresa del actor».

Como consecuencia de ello, al no poder ser tenidos en cuenta los bienes (muebles e inmuebles) afectados por la renuncia contenida en los pactos descritos, la Audiencia Provincial considera que no existe desequilibrio entre los patrimonios de las partes y, por ello, revoca el correspondiente pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia.

El recurso de casación se estructura en tres motivos diferentes, si bien el último de ellos contiene una precisión necesitada de análisis autónomo.

En el primero, con cita del art. 41 CF en relación con el art. 1328 CC, se alega que la cláusula que contiene la renuncia «expresa e irrevocable» de la recurrente «a cualquier derecho que pudiese llegar a corresponderle respecto a los bienes inmuebles (incluida la vivienda habitual) o muebles (maquinaria, equipo, cuentas bancarias, acciones, etcétera), en cualquier país», en la medida en que solo afecta a la recurrente y no al actor, es nula por falta de reciprocidad y por ser limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge, tal y como ahora exige expresamente en la nueva legislación catalana (art. 231-20.3 CCCat).

En el segundo, con cita también del art. 41 CF pero en este caso en relación con los arts. 15 y 17 CF, se aduce que, atendido que la Audiencia Provincial considera que la renuncia en cuestión se enmarca en unos pactos otorgados en previsión de una futura crisis matrimonial, los mismos hubieran debido elevarse a escritura pública, como corresponde a los capítulos matrimoniales (art. 17.1 CF), teniendo en cuenta que en la situación normativa que afecta al presente supuesto la única referencia expresa a dichos pactos se encuentra en el art. 15 CF, lo que, además, concuerda con lo que resulta de la actual legislación catalana (art. 231-20.1 CCCat).

En el tercero, con cita nuevamente del art. 41 CF en relación con los arts. 1283 y 1288 CC

y con el art. 111-7 CCCat, se arguye que la interpretación que de la cláusula en cuestión ha realizado la Audiencia Provincial es ilógica, al tener por formulada válidamente la renuncia a la compensación económica prevista en el art. 41 CF pese a la generalidad de los términos con que la misma fue expresada y en contra del criterio que resulta de la jurisprudencia del TS y de este propio TSJC —que se cita— de la que se desprende que «la renuncia debe ser clara, terminante e inequívoca», lo que, por lo demás, también concuerda con lo que se exige ahora en CCCat (art. 231-20.4 CCCat).

Finalmente, dentro del tercer motivo, la recurrente expone también que, a la vista de cierta documental aportada en la primera instancia y de la evidencia de que la indicada renuncia es gravemente perjudicial para los derechos de la recurrente, se advierte que en el otorgamiento del documento en cuestión se infringieron por parte del actor las reglas de la buena fe (art. 111-7 CCCat) al abusar la confianza de aquélla, teniendo en cuenta que por entonces aquél «no era propietario de prácticamente ningún inmueble ni terreno de [los] que ha resultado ser titular en el momento del divorcio «(en aquel momento solo lo era de 2 plazas de aparcamiento), de manera que el incremento patrimonial que posteriormente experimentó no era en absoluto previsible, todo lo cual se configura también en la vigente legislación como requisito de eficacia del pacto en cuestión (art. 231-20.4 y 5 CCCat).

Aunque en el Derecho civil común los pactos en previsión de la ruptura matrimonial carecen de reconocimiento normativo explícito, respecto a la posibilidad y validez de su otorgamiento la doctrina se ha mostrado mayoritariamente favorable a su eficacia al amparo del principio de autonomía negocial de que gozan los cónyuges (art. 1255 y 1323 C.C.), y ello aunque hubieren sido estipulados, incluso privadamente, fuera de la escritura de capitulaciones matrimoniales (*vid*. art. 1325 C.C.), teniendo en cuenta que dentro del ámbito contractual rige el principio de la libertad de forma (*ex* art. 1278 C.C), de modo que los acuerdos recogidos en un documento privado se consideran, presupuesta la concurrencia de los requisitos esenciales en todo negocio jurídico (art. 1261 C.C.), tan vinculantes para quienes los otorgaron (art. 1091 C.C.) como los contenidos en una escritura pública, sin perjuicio de la limitación de efectos frente a terceros y de que, por exigencia legal, algunos de ellos puedan requerir una forma pública ad substantiam (art. 1325 C.C. en relación con el art. 1327 C.C.; art. 1341.1 en relación con los arts. 1327 y 633 C.C; art. 1341.2 en relación con los arts. 1327 y 633 C.C; art. 826 en relación con el art. 1327 C.C).

En este sentido, la STS 1.ª 61/2006 de 3 feb. (FD 5), que analiza la eficacia de un documento privado otorgado por los cónyuges —eso sí— al tiempo de plantearse su separación matrimonial para pactar la liquidación del régimen económico, señala con carácter general que:

«La autonomía privada de los cónyuges les permite pactar lo crean más conveniente para sus intereses y para ello pueden utilizar los documentos privados, siempre que las leyes no exijan para la validez del acto que están realizando, el otorgamiento de escritura pública. Por ello las sentencias de esta Sala han remarcado que en los contratos entre cónyuges, que podemos calificar como atípicos, deben concurrir los elementos del artículo 1261 del Código civil, es decir, consentimiento, objeto y causa y no deben traspasar los límites que el artículo 1255 del Código civil impone a la autonomía de la voluntad, es decir que no deben ser contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público».

Y la reciente STS 1.ª 217/2011, de 31 de marzo (FFDD 3-4), en relación con «un pacto atípico [en este caso, contenido en una escritura pública] en el que los cónyuges, previendo otra posible crisis de convivencia, acuerdan que el marido asuma una serie de obligaciones respecto a la esposa para el caso de que se produzca una nueva separación», declara la validez de los contratos celebrados entre los cónyuges «con previsión de posibles rupturas», aunque no obtengan finalmente la aprobación judicial, siempre que se trate de una materia disponible, que concurran los requisitos propios de los contratos (consentimiento, objeto y causa) y que se cumplan «las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter "ad solemnitatem" para determinados actos de disposición», y ello aun-

que únicamente genere obligaciones para uno de los cónyuges, «lo cual no es indicio de ninguna anomalía contractual».

De todas formas, ello no significa que todos los pactos en previsión de ruptura matrimonial, cualquiera que fuera su contenido sean válidos y no puedan ser nulos, anulables o rescindibles, puesto que, como negocios dispositivos que son, se hallan sometidos a las reglas generales de ineficacia jurídica de los negocios patrimoniales y, además, a algunas específicas de los negocios de familia, singularmente a la que decreta la nulidad de las estipulaciones limitativas de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge (art. 1328 C.C.) y a la que pretende preservar a los hijos de cualquier daño y a los cónyuges del perjuicio grave que pudiera derivarse para unos y otros de tales pactos (art. 90 C.C.).

Así, por lo que se refiere a los pactos de exclusión anticipada de derechos establecidos legalmente en favor de los cónyuges para el caso de concurrir determinadas circunstancias en el momento de la ruptura matrimonial, nada obsta a su validez y eficacia (art. 6.2 C.C.), a la vista de que, si bien, en principio, la renuncia solo puede abarcar derechos que hayan ingresado en el patrimonio (STS 1.ª 939/2001 de 11 oct. FD 1), nada obsta para que, cuando no exista una prohibición legal ni impedimento de orden público, pueda hacerse dejación de la expectativa del derecho reconocido legalmente (SSTS 1.ª 292/1999 de 9 abr. FD 3, 983/2001 de 30 oct. FD 1) o, si se prefiere, renuncia anticipada de los derechos derivados de una relación jurídica ya nacida o en trance de nacer (STS 1.ª 335/2011 de 9 may. FD 5).

De todas formas, debe tenerse en cuenta que la renuncia —expresa o tácita—, para ser válida, habrá de hacerse de forma clara, terminante y concluyente, sin que sea susceptible de interpretación extensiva (STS 1.ª 644/2012 de 15 oct. FD 2, con cita de las SSTS 1.ª 83/2000 de 8 feb. y 43/2008 de 25 ene.).

Por lo que se refiere a nuestra regulación, antes de que la Llei 25/2010, de 29 de julio, del Llibre 2n del CCCat, relativo a la Persona y a la Familia, los regulara (art. 231-20 y 233-5.1 CCCat), los pactos en previsión de una ruptura matrimonial solo aparecían mencionados en el art. 15.1 CF como uno de los eventuales contenidos de los capítulos matrimoniales (vid. SSAP Barcelona 18.ª de 23 mar. 2010 y de 5 ene. 2011; SSAP Barcelona 12.ª 27 sep. y 26 oct. 2011; RDGRN 4/2003 de 19 jun.; RDGDEJC 3874/2007 de 9 nov.).

Ante la ausencia de desarrollo normativo de dicha previsión, la doctrina catalana se dividió entre quienes entendieron que dichos pactos solo podían otorgarse en capitulaciones matrimoniales y, por tanto, en escritura pública (art. 17 CF), y quienes admitieron otras formas de otorgamiento, públicas o incluso privadas, al amparo del principio de libertad de forma (art. 1278 C.C.). Más aún, en relación con la exclusión o reducción de la compensación por razón de trabajo no han faltado quienes, por considerar que atenta contra el orden público o que es contraria al principio general —irrenunciable *ex ante*— de prohibición de enriquecimiento injusto, la han venido considerando nula —antes de que el actual art. 232-7 CCCat la haya venido a permitir—, aunque no estuviera amparada por una prohibición legal similar a la contenida en el art. 3.1 LUEP para las uniones estables de pareja.

Por nuestra parte, hasta el presente nosotros no habíamos tenido ocasión de pronunciarnos sobre los requisitos de validez de los pactos otorgados por los cónyuges, antes o durante el matrimonio, en previsión de una ruptura matrimonial todavía no producida, al amparo de la legislación anterior al Libre Segon del CCCat. Por lo tanto, tiene razón la recurrente cuando advierte que toda nuestra doctrina sobre la posibilidad de excluir la compensación por razón del trabajo (art. 41 CF y art. 232-5 CCCat) y, en su caso, la pensión compensatoria (art. 84 CF y art. 233-14 CCCat), por pacto de los cónyuges otorgado fuera del convenio regulador de la separación o del divorcio homologado judicialmente, se encuentra referida concretamente a acuerdos alcanzados después de que se hubiere manifestado la crisis matrimonial, es decir, producida ya o siendo inminente la ruptura de la convivencia.

A este respecto, sobre la posibilidad de que dichos acuerdos sean válidamente alcanzados al margen del convenio regulador de la separación o del divorcio definitivamente homo-

logado —lo que ahora viene a aceptar el art. 233-5 CCCat, tanto si es antes como después del cese de la convivencia—, en nuestra STSJC 32/2008, de 18 de septiembre (FD2) —reproducida en la STSJC 34/2010 de 10 sep.—, con cita de otras anteriores, dejamos dicho que: «... hemos admitido la validez y eficacia de la renuncia a la pensión compensatoria, aun contenida en pacto privado entre los cónyuges no ratificado judicialmente, entre otras, en nuestras Sentencias núm. 26/2001 —de 4 de octubre—, núm. 20/2003 —de 2 de junio— y núm. 29/2006 —de 10 julio—, en la última de las cuales dijimos que «al margen de su fuerza ejecutiva, nada se opone a la validez de los acuerdos a que hubieren llegado privadamente los cónyuges en orden a regular los efectos de la ruptura matrimonial en el ejercicio de su libertad negocial, siempre que se trate de materias, como es el caso de la presente, sobre las que no existan limitaciones legales, morales o de orden público (art. 1255 C.C.), siempre que se den los requisitos mínimos imprescindibles (art. 1261 C.C.)... entre los cuales no se encuentra ninguno específico relativo a la forma (art. 1278 C.C. en relación con el art. 1280 C.C.), llegándose a admitir incluso que la renuncia de los derechos pueda ser tácita —entre otras, STS 1.ª 30 oct. 2001—. Todo ello sin perjuicio del derecho de alimentos cuando proceda (SSTSJC núm. 21/2002 de 4 jul., 20/2003 de 2 jun. y 29/2006 de 10 jul.)».

Ahora bien, en la situación normativa precedente al Llibre Segon del CCCat, sí tuvimos ocasión, al menos, de remarcar que unos y otros supuestos —los pactos otorgados antes de surgida la crisis y en previsión de la misma y los alcanzados tras ella— no eran equiparables, como puede verse en nuestra STSJC 25/2011, de 3 de junio (FD4), en la que, en relación con un supuesto de modificación del derecho previsto en el art. 41 CF —que declaramos «disponible» por voluntad de los cónyuges— acordada después de declarada judicialmente la separación y con vistas a la adopción de las medidas provisionales del divorcio, por lo que se refiere a las diferencias frente a la renuncia anticipada, declaramos que: «En l'únic aspecte que autoritzada doctrina sembla incidir en algunes divergències es pel que fa a la renuncia anticipada, i a la forma que ha de revestir l'expressió de voluntat que la contingui. Però, en canvi l'opinió doctrinal majoritària considera que el dret és indiscutiblement renunciable quan ha sorgit i pot ésser exercitat, com a conseqüència de la separació, el divorci o la nullitat del matrimoni».

La misma conclusión viene abonada ahora por lo que se apunta en la DT 2.ª2 de la Llei 25/2010, cuya alusión a la legislación precedente solo puede referirse al art. 15.1 CF, en la medida en que advierte que: «Conserven la validesa els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial adoptats abans de l'entrada en vigor d'aquesta llei, sempre que compleixin els requisits que establia la legislació vigent en el moment d'adoptar-los. Si aquesta legislació no emparava el contingut d'algun pacte, aquest és igualment eficaç si és vàlid d'acord amb les disposicions del Codi civil».

Por tanto, en el punto de decidir si tales pactos eran posibles en la legislación precedente al Llibre Segon del CCCat y si los mismos podían abarcar la exclusión o reducción de la compensación prevista en el art. 41 CF, hemos de concluir afirmativamente, teniendo en cuenta que constituyen una concreción del principio de libertad de contratación entre los cónyuges (art. 11 CF) y que, a diferencia de otros supuestos (arts. 3.1 LUEP), no existe ninguna prohibición legal expresa o implícita que impida su renuncia anticipada (art. 111-6 CCCat).

Ahora bien, tocante a los requisitos de la misma y en atención a los intereses en juego —que en la actual legislación han sido objeto de consideración muy precisa (art. 231-20 CCCat)—, consideramos que en el contexto normativo considerado solo era posible su otorgamiento válido y eficaz en capítulos matrimoniales (art. 15.1 CF) y, por tanto, en escritura pública con virtualidad constitutiva (art. 17.1 CF), porque, al margen de su eventual acceso a los registros oficiales (RDGRN 4/2003 de 19 jun.), dicha forma era la más apropiada para garantizar la libre formación de la voluntad de los cónyuges otorgantes, especialmente en una materia (art. 41 CF) que afecta al régimen económico matrimonial primario.

Las anteriores consideraciones conducen inevitablemente a la estimación del segundo

motivo del recurso de casación, sin que sea necesario resolver los restantes.

A la vista de la estimación parcial del recurso y en el punto de decidir si concurren los requisitos previstos en el art. 41 CF para reconocer a la recurrente el derecho económico solicitado, constatamos que la convivencia matrimonial entre la recurrente y el actor duró diecisiete años, durante los cuales aquélla se dedicó primero exclusivamente y luego prioritariamente al cuidado de la familia, integrada por ellos dos y dos hijos, y al cese de la cual, mientras éste había logrado acumular un importante patrimonio, que no consta que procediera de herencia o donación, ella devino patrimonialmente insolvente.

En estas circunstancias, tal y como hemos dicho en otros supuestos similares (STSJC 19/2012 de 27 may. FD2, con cita de las SSTSJC 7/2003 de 26 mar., 17/2005 de 21 mar. y 8/2006 de 27 feb.), se dan las condiciones para que reconocer el derecho demandado, esto es:

a) Que exista una separación judicial, divorcio o nulidad del matrimonio;
b) que uno de los cónyuges haya realizado durante el matrimonio un trabajo para el hogar o para el otro cónyuge no retribuido o retribuido de forma insuficiente;
c) que la disolución del régimen matrimonial haya generado una desigualdad patrimonial comparando las dos masas de cada uno de los cónyuges, y
d) que la citada desigualdad patrimonial implique un enriquecimiento injusto.

Por último, respecto a la cuantía, como hemos dicho reiteradamente la compensación del art. 41 CF no tiene como objetivo igualar los patrimonios de ambos cónyuges, ya que ello supondría no sólo ir contra la letra y espíritu de la norma, sino, además, destruir el régimen de separación de bienes cuya esencia está en la división de patrimonios dentro del matrimonio, ni tampoco introducir el régimen de participación en los bienes y ganancias del otro cónyuge, al haberse rechazado expresamente dicho sistema por el legislador catalán. Por ello y atendidas las circunstancias concurrentes en el presente caso, puestas de manifiesto en la relación de hechos probados contenida en el FD primero de esta resolución, consideramos razonable la cuantía fijada en la primera instancia (300.000 euros), por ser más adecuada que la solicitada por la recurrente para compensar el desequilibrio patrimonial que, a la postre, ha podido ser acreditado.

PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN DE MENORES

Se estima la impugnación realizada por la madre biológica y se acuerda el retorno del menor junto a aquella, dejando sin efecto el acogimiento preadoptivo dado que ha resultado acreditado que la madre no ha padecido nunca ninguna enfermedad mental, habiendo sido víctima en su día de un error de diagnóstico; al menos desde finales de 2007 ha dado negativo en los diversos controles de detección de sustancias tóxicas a los que se ha sometido, y mantiene una conducta alimentaria correcta; se ha desvinculado absolutamente de su anterior pareja; posee trabajo y vivienda estable.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 7 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio**

El único motivo del recurso de casación denuncia la infracción de los preceptos que positivan en nuestro ordenamiento el interés superior del menor como norma fundamental a la hora de decidir la medida más adecuada para su protección personal, a saber, el art. 39 CE, el art. 2 LOPJM de 1996 y el art. 3 de la Llei 8/1995, de 27 de julio, en relación con los principios contenidos en

la normativa internacional, en especial el art. 9 CNUDN de 1989, y con el art. 13.1.b) de la Llei 37/1991, de 30 de diciembre, correspondiente al vigente art. 147 de la Llei 14/2010, de 27 de mayo, de todos los cuales se desprende —en opinión del organismo recurrente— que dicho interés debe anteponerse siempre a cualquier otro, incluido el de sus progenitores biológicos por cuidarlo y tenerlo en su compañía, hasta el punto de haber de decidir su acogimiento preadoptivo, como paso previo a la adopción, «si los padres están imposibilitados para ejercer su potestad y se prevé que esta situación puede ser permanente».

Sucede, sin embargo, que el organismo recurrente pretende acogerse en defensa de su pretensión a una supuesta «jurisprudencia contradictoria del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales», si bien a la hora de concretar la cita se descubre que, por lo que se refiere a las resoluciones de las Audiencias Provinciales, solo se mencionan tres sentencias —la mayoría de las resoluciones invocadas son Autos— y todas ellas del mismo tribunal que ha dictado la sentencia recurrida y, aparentemente, todas en el mismo sentido de denegar el retorno del menor acogido a la familia biológica por entender que no es lo más conveniente en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, que la Letrada recurrente no se cuida de comparar con las del supuesto a que el recurso se refiere.

Y por lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el recurso se citan tres resoluciones (SSTS 1.ª 1275/2001 de 31 dic., 384/2005 de 23 may. y 565/2009 de 31 de jul.) relativas al CC, en especial al art. 172 CC en la redacción anterior a la reforma operada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, de las cuales (en realidad, tan solo de la STS 1.ª 565/2009) se desprende la doctrina fundamental según la cual es necesario tener en consideración «el cambio de circunstancias» producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración [de desamparo] con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad», así como que: «Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico».

No es posible ignorar, sin embargo, que tras la indicada resolución (STS 1.ª 565/2009) el TS ha tenido ocasión de completar su doctrina sobre el mantenimiento o la reinserción del menor desamparado en su entorno familiar de origen en otras resoluciones posteriores, de manera que, siempre sobre la base del «valor superior del interés del niño», frente al cual el derecho de los padres biológicos a tenerlo en su compañía no puede considerarse un «principio absoluto», sino un «fin subordinado» que cede en los supuestos de «contradicción» con aquél, debe tenerse en cuenta que «en toda la normativa relativa al interés del menor en estas circunstancias se recomienda que se procure la reinserción del niño en su propia familia, siempre que ello no sea contrario a su interés» (STS 1.ª 84/2011 de 21 feb. FD 4), dado que al menor se le reconoce tanto en los convenios internacionales (CNUDN) como en el ordenamiento interno (LOPJM) «un derecho a ser educado en su propia familia», de manera que «las medidas que deben adoptarse respecto del menor [desamparado] son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectivo e integración social del menor y hagan posible su retorno a la familia natural», siempre que sea compatible con dichos objetivos (STS 1.ª 397/2011 de 13 jun. FFDD 4-5).

Así las cosas, resulta particularmente interesante el análisis que el TS efectúa del supuesto de hecho —en el que se advierten notables similitudes con el del presente recurso— contemplado en la Sentencia TS 1.ª núm. 800/2011, de 14 de noviembre, en la que, por lo que se refiere a la evaluación que sea posible efectuar en casación de la decisión del tribunal de instancia de retornar a su madre dos niñas desamparadas y en situación de acogimiento en familia ajena, teniendo en cuenta que a aquélla se le había diagnosticado inicialmente una enfermedad mental de la que, en la época considerada por el tribunal de instancia y según los peritos que informaron en el procedimiento, se hallaba ya estabilizada y en tratamiento adecuado, y sobre si dicha decisión suponía o no primar el interés de la madre frente a los de las menores, el Alto Tribunal declaró que «el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (...); en definitiva, el recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos». Y por lo que se refiere al criterio utilizado en dicho caso, concluyó que no era contrario al interés de las menores, a la vista de que la madre se encontraba «en una situación que permite el ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad y cuenta con ayuda familiar» y que «en cualquier momento la Administración pública puede revisar la situación de las niñas... si se demuestra el empeoramiento de la situación psicológica, laboral y social de la madre», pues no debe olvidarse que «la medida del acogimiento produce siempre una situación provisional, del mismo modo que la recuperación de la guarda y custodia suspendida».

De las posteriores SSTS 1.ª núm. 36/2012, de 6 de febrero, y núm. 60/2012, de 17 de febrero, no se desprende un criterio diferente.

Los hechos que afectan al presente recurso y que deben respetarse aquí, según se desprende de la sentencia recurrida integrada con la sentencia de primera instancia a la que —como hemos dicho— se remite aquélla expresamente y con los documentos que fueron considerados en su día en una y otra, son los que siguen:

A) Leonardo (el menor) es hijo biológico de la actora D.ª María Inmaculada y nació en Mataró el 8 de mayo de 2007.

B) El menor fue declarado en situación de desamparo dos días después de nacer, debido a la concurrencia de diversos factores de riesgo, con suspensión de la patria potestad de la madre (al parecer, el supuesto padre fue privado de ella por razón de delito) y asunción de las funciones tutelares por parte de la DGAIA, que dispuso su ingreso en un Centro de acogida para estudiar su situación personal y familiar y proponer la medida de protección más adecuada.

C) Tras diversos informes del equipo técnico del Centro de acogida, el organismo tutelar dispuso por Resolución de 6 de marzo de 2008 que la medida de protección más adecuada era el acogimiento preadoptivo, por lo que a partir de entonces decidió la suspensión de las visitas y relaciones con la familia biológica y encomendó al Institut Català de l'Acolliment i de l'Adopció (ICAA) que promoviese judicialmente la constitución de dicho acogimiento, manteniendo mientras tanto el acogimiento del menor en el Centro en que se hallaba ingresado.

D) En la misma Resolución se habilitó al ICAA para constituir la medida de acogimiento simple del menor en familia ajena, «mientras no se resuelva judicialmente el acogimiento preadoptivo», el cual fue efectivamente dispuesto el 7 de julio de 2008, mostrando desde entonces el menor una buena evolución e integración en el hogar de los padres de acogida.

E) También en la misma Resolución se descartó expresamente el retorno del menor con la madre, por considerar que se hallaba imposibilitada de forma permanente para ejercer la patria potestad al estar afecta de un «trastorno límite de la personalidad diagnosticado», agravado por el entorno y precisado de un control médico y de un seguimiento incumplido de manera continuada, además de carecer de estabilidad económica y de apoyo familiar, de depender emocionalmente del padre del menor —pese a haber sido objeto de agresiones graves por su parte— y de hallarse inmersa en un mundo marginal inadecuado para el menor.

Igualmente, se descartó el acogimiento en familia extensa por su incapacidad para preser-

var al menor de los factores de riesgo que condujeron a la declaración de desamparo, por falta de la adecuada aptitud educadora y por la existencia de tensiones y conflictos internos.

F) Desde el primer momento que se le comunicó a la madre por el equipo técnico del Centro de acogida la posibilidad de decidir el acogimiento preadoptivo del menor (16/10/07), aquélla se manifestó en contra y, cuando fue dictada la Resolución, formuló la correspondiente oposición (30/04/08), antes incluso de llevarse a cabo el acogimiento en familia ajena, y, tras ella, la oportuna demanda (23/07/08), mostrando siempre un interés evidente por mantener el vínculo materno filial y por reasumir su responsabilidad parental.

G) De la diversa prueba practicada en el curso del presente procedimiento ha resultado acreditado que la actora:

a) No ha padecido nunca ninguna enfermedad mental, habiendo sido víctima en su día (2003) de un error de diagnóstico propiciado por los efectos indeseados de cierta medicación pautada clínicamente para superar un periodo de cierta desestabilización psíquica debido a causas diversas, efectos que la llevaron a autolesionarse y que desaparecieron por completo al dejar de ingerir los correspondientes fármacos, de manera que en la actualidad posee una capacidad de autonomía personal y adaptativa normales, libre de dependencias emocionales e incapacitantes;

b) al menos desde finales de 2007 la actora ha dado negativo en los diversos controles de detección de sustancias tóxicas a los que se ha sometido, y mantiene una conducta alimentaria correcta;

c) los únicos «antecedentes» que tiene son de carácter policial y ninguno de ellos es posterior a finales del año 2007;

d) se ha desvinculado absolutamente de su anterior pareja (Miguel Ángel), a manos de la cual había sufrido diversos malos tratos;

e) cuenta con un trabajo estable y, en cualquier caso, ha demostrado una adecuada adaptación al mercado laboral;

f) tiene domicilio estable propio en la localidad Mataró, en virtud de un contrato de arrendamiento otorgado a comienzos del año 2009, en el que convive con un hijo suyo (Enrique) mayor de edad (22 años), que, a su vez, muestra una adaptación social normal y dispone también de trabajo propio; y

g) su hijo mayor (Enrique), con quien la actora mantiene unos vínculos emocionales propios de una relación materno filial normal, ha decidido involucrarse junto con ella en el cuidado del menor (Leonardo).

H) En consecuencia, la actora se halla plenamente capacitada en la actualidad para criar y educar a su hijo pequeño.

A la vista de los hechos anteriormente descritos, que se encuentran directa o indirectamente —por remisión a la sentencia de primera instancia— recogidos en la sentencia recurrida, la Audiencia Provincial estimó que el interés del menor afectado por la medida de acogimiento preadoptivo requería, a pesar de su buena adaptación a la familia de acogida y del tiempo transcurrido desde el acogimiento, la reintegración al núcleo familiar de origen al valorar, por un lado, que en la actualidad la madre se hallaba perfectamente capacitada «para ejercer adecuadamente el rol materno» respecto a su hijo, de manera que han desaparecido todos los indicadores de riesgo considerados en su día para declarar el desamparo; y, por otro, que aquel interés superior requería en este caso dar satisfacción a su derecho a crecer en su «familia natural», a fin de garantizar el correcto desarrollo «en el futuro [del] proceso de identidad del menor y su pertenencia a un determinado grupo familiar».

En efecto, el derecho del menor a no ser separado de su familia natural, salvo en los casos en que sea necesario para salvaguardar su propio interés, se encuentra recogido, por lo que respecta al ordenamiento de aplicación en Cataluña en el tiempo en que se sitúan los hechos del presente recurso, en el art. 9 CNUDN (1989), en el § 16 de la CEDN (1992), en el art. 5.1.1.ª y 3 LMPMDA (1991), en el art. 11.2.b) y 17.2 LOPJM (1996) y en el art. 14 RPMDA (1997), y conlleva como consecuencias inescindibles, por un lado, que las medidas de protección adecuadas le sean prestadas siempre que sea posible en su propio entorno familiar del origen, y, por otro, que, cuando la

separación del entorno familiar sea necesaria, las medidas de protección se hallen orientadas a procurar la reintegración familiar cuando ello no sea contrario a su interés, de manera que, salvo en casos de malos tratos graves que determinen la privación de la patria potestad (art. 13.1.a LMPMDA) o cuando los propios padres lo soliciten (art. 13.1.b LMPMDA) o cuando lo determine la autoridad judicial (art. 13.1.d LMPMDA), el acogimiento preadoptivo solo será posible cuando se prevea que la imposibilidad de los padres para ejercer la patria potestad puede ser «permanente» (art. 13.1.b LMPMDA).

Así las cosas y teniendo en cuenta los hechos anteriormente descritos, no puede entenderse, como pretende la Letrada de la Generalitat recurrente, que el tribunal a quo haya desatendido el interés del menor al decidir el retorno del mismo con su madre biológica, una vez que se ha demostrado que la madre se encuentra adecuadamente capacitada para su cuidado, y que la decisión del organismo tutelar fue adoptada en su día sobre presupuestos fácticos erróneos o caducos, cuya comprobación le competía, de manera que el juicio de ponderación efectuado en la sentencia recurrida entre el interés del menor en recuperar su identidad familiar biológica y el de permanecer en el seno de la familia de acogida no puede considerarse en absoluto arbitrario ni contrario a aquel valor superior.

En consecuencia, se desestima el único motivo del recurso de casación.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

PATRIA POTESTAD

Se suspende al padre en el ejercicio de la patria potestad dado el incumplimiento grave de su deber de procurar a los hijos una formación integral, porque su conducta, generadora de un ambiente familiar violento y agresivo, era absolutamente incompatible con el ambiente pacífico de la convivencia familiar normal, necesaria para la adecuada formación y desarrollo psíquico e integral de los menores. En el informe se describían conductas del padre machistas y humillantes hacia su compañera.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 4 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Jover Coy**

D. Adolfo interpuso demanda de Juicio Verbal solicitando que se atribuyera a D.ª Amelia la guarda y custodia de su hija menor, Tomasa, nacida el (…) de 2003, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores, y que se estableciera a favor del padre un régimen de comunicaciones con su hija, consistente en una tarde a la semana desde la salida del colegio hasta las 20 horas, y fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 21 horas, así como la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, y la mitad de los días festivos entre semana, siendo coordinado el cumplimiento de dicho régimen por el Punto de Encuentro Familiar.

Exponía la representación de D. Adolfo que éste mantuvo con la Sra. Amelia una relación de pareja de hecho desde el año 2000 hasta mediados de 2005, habiendo nacido el (…) de 2003 la hija de ambos, Tomasa, quien, al cesar la relación de pareja de sus padres, quedó bajo la guarda de su madre, que se mostraba reticente a facilitar los encuentros de la menor con su padre.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y atribuyó a la madre la guarda y custodia de su hija menor, suspendiendo al padre en el ejercicio de la patria potestad y estableciendo en concepto de alimentos la cantidad de 100 euros al mes, actualizándose anualmente conforme al I.P.C. Para ello consideró el Juzgado que de lo actuado se infería el incumplimiento grave por el padre de su deber de procurar a los hijos una formación integral, porque su conducta, generadora de un ambiente familiar violento y agresivo, era absolutamente incompatible con el ambiente pacífico de la convivencia familiar normal, necesaria para la adecuada formación y desarrollo psíquico e integral de los menores, lo que podría causar una afección grave y directa para la menor Tomasa.

Mediante el recurso de apelación interpuesto, pretende la representación de D. Adolfo que se revoque parcialmente la sentencia apelada y se dicte otra acorde con el suplico de la demanda. Considera la representación del apelante que el informe psicológico emitido por D.ª Virginia (folios 96 a 101) no fue correctamente valorado, no existiendo un incumplimiento real por parte del Sr. Adolfo de sus deberes como padre.

Sin embargo, no sólo el informe de la Psicóloga Sra. Virginia recomienda que no se establezca un régimen de visitas para el Sr. Adolfo, porque con ello «se desestabilizaría la situación emocional y personal de la niña» y por el carácter violento de D. Adolfo, sino que también el informe psicológico de D.ª Florinda (folios 61 a 73), refuerza y apoya esa conclusión, al afirmar que D.ª Amelia presentaba un cuadro clínico compatible con problemas de maltrato de género, acoso sexual y amenazas. En ese informe, documento n.º 3 de la contestación a la demanda, se describían conductas de D. Adolfo machistas y humillantes hacia su compañera. Y D.ª Amelia ha sido atendida en el Centro de Atención Especializada para Mujeres Víctimas de Violencia de Género del municipio de Murcia (folio 74).

Por ello, considera esta Sala que el informe psicológico de D.ª Virginia fue correctamente valorado por el Juez de Primera Instancia y es suficiente para, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 170 del Código Civil, suspender a D. Adolfo en el ejercicio de la patria potestad de la menor Tomasa.

Ello no supone una sanción en abstracto, como dice la representación del apelante, ni es incongruente por suspenderse el ejercicio de la patria potestad a D. Adolfo pese a que lo que pedía la contraparte era que no se concediera el régimen de visitas interesado por el padre, puesto que el artículo 158 del Código Civil permite que el Juez, de oficio, dicte las disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

El padre ha incumplido de manera grave y continuada los deberes inherentes a la patria potestad al haberse desentendido totalmente de su hija menor desde la fecha de su nacimiento, por lo que está justificada la privación de la patria potestad.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Martínez Pérez**

La sentencia de instancia declara la disolución del matrimonio formado por Doña María Teresa y D. Jesús, acordando, entre otras medidas, la supresión del régimen de visitas, y desestima la petición de privación de la patria potestad, indicándose, en relación con esta cuestión, que el padre, demandado, ha desatendido los cuidados y atenciones de su hija en estos primeros años, sin embargo dicho incumplimiento no puede entenderse como grave, sino como negligente o descuidado, por lo que no es acreedor de la privación de patria potestad.

Que tras el examen de los autos resulta que del matrimonio, formado por Doña María Teresa y D. Jesús, nació una hija en fecha (…) de 2008, sin embargo el padre y demandado se desentendió de su mujer desde la fecha del embarazo, no conoce a la hija, no ha intentado comunicarse con la misma ni contribuye el sostenimiento de la menor, estando actualmente en paradero desconocido, habiendo sido declarado en rebeldía en el presente procedimiento. Asimismo, consta que D. Jesús, estando embarazada su mujer, fue condenado en sentencia de fecha 18 de diciembre de 2007, en el juicio rápido 520/07, por un delito de lesiones en el ámbito familiar.

Los padres tienen el deber esencial de asistencia y protección respecto de sus hijos menores de edad, tal y como resulta del Art. 154, 1.º del C.C., conforme al cual «La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral».

Establece el párrafo primero del artículo 170 CC: «Los progenitores podrán ser privados total o parcialmente de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma...». La institución de la patria potestad está establecida en beneficio de los hijos, por lo que la privación total o parcial de la misma deberá hacerse con carácter excepcional y cuando concurran causas pode-

rosas, muy justificadas, y gravemente perjudiciales para el menor, como señalan, entre otras muchas, las sentencias de esta misma Audiencia Provincial (Sec. 1.ª) de 25 de enero de 1995 y 27 de junio de 2002.

A la vista de lo antes referido no se acepta lo razonado en instancia, pues se considera que el demandado y padre de la menor ha incumplido de manera grave y continuada, los deberes inherentes a la patria potestad, al haberse desentendido totalmente de su hija menor desde la fecha de su nacimiento, por lo que está justificada la privación de la patria potestad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 170.1 del Código Civil, y ello sin perjuicio de la posibilidad de recuperar la misma cuando cese la causa que la motivó.

Se autoriza el cambio de residencia de la madre y el hijo a Chile, su país de origen, dada la situación en la que se encuentra la madre (desempleada y sin ayuda económica del padre) teniendo vivienda propia en dicho país y posibilidades de acceder a un empleo.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Carrillo Vinader**

D.ª Consuelo presenta demanda con la pretensión de que se le autorice el cambio de residencia de su hija menor, de la que tiene concedida la guarda y custodia. Alega su situación de desempleo, sin prestaciones laborales, la crisis económica en España, la oferta de un empleo en su país de origen (Chile), la total falta de ayuda por parte del padre de la menor, que ni cumple con el régimen de visitas ni abona cantidad alguna para alimentos desde la sentencia de divorcio en abril de 2007, la titularidad de una vivienda en su país y la ayuda de sus familiares que allí residen.

Se opone el Ministerio Fiscal y el demandado, éste alegando que no paga cuando está en desempleo por carecer de recursos, y que el cambio de residencia conllevaría perder todo contacto con su hija, y el de ésta con la nueva hermana que tiene.

Después de las vicisitudes procesales narradas en el Antecedente de Hecho Tercero de esta resolución, se celebró el juicio en el la única prueba practicada fue la documental, oponiéndose en el mismo el Ministerio Fiscal a la demanda, tras lo cual se dictó auto (ya se ha señalado que debió revestir la forma de sentencia) por el que se desestimaba la demanda porque no aprecia alteraciones sustanciales y la medida solicitada puede ser contraproducente dada la edad de la menor, y porque tiene aquí al padre, a los abuelos paternos y a una hermana. No impone costas (aunque este pronunciamiento no se recoge en la parte dispositiva).

Contra todos los pronunciamientos plantea recurso de apelación la actora inicial, donde denuncia el peregrinaje judicial al que se le ha sometido, la incongruencia omisiva (no se hace mención de la situación crítica en la que se encuentra la menor en España ni la mejora que para la misma conllevaría el cambio de residencia), por lo que pide la revocación del Auto y el dictado de otro que estime su demanda.

El Ministerio Fiscal se opone en base a los propios razonamientos de la resolución apelada. El padre de la menor defiende que el cambio de residencia de la menor puede ser contraproducente para la misma, dado que ha nacido aquí, ha vivido siempre en España, tiene familia aquí y no conoce a su hermano de Chile, cuestionando que el cambio pedido suponga alguna ventaja para la niña.

Como ya ha señalado esta Audiencia en otras resoluciones (así en sentencias de su Sección Primera de 5-12-2002, 15-11-2005 y 6-3-2007 y de la Sección Cuarta de 16-2-2012), no estamos ante un supuesto encuadrable en el ámbito del derecho a la libertad de movimiento de la madre (art. 19 CE), sino en el del ejercicio de una facultad de la patria potestad, que exige la actuación conjunta de ambos progenitores, si

son cotitulares, o autorización judicial caso de discrepancia.

En el presente caso la madre, que es la guardadora y custodia del menor (la patria potestad es compartida por ambos progenitores), ha actuado con total corrección al pedir autorización judicial para dicho cambio de domicilio, aunque lo haya hecho como una modificación de medida definitiva, cuando podía haberlo planteado dentro del ámbito del ejercicio de la patria potestad del art. 156 CC, cuyos trámites son muchos más sencillos y ágiles, pues sólo exige comparecencia y decisión del Juzgador.

El Juzgado ha rechazado autorizar dicho cambio de domicilio, y ello por considerar que no es lo más conveniente para la niña.

La apelante denuncia incongruencia omisiva, porque el auto dictado no entra a examinar las cuestiones por ella planteada sobre los problemas que actualmente tiene y las mejores condiciones que tendría en el país de la madre, pero ello no es propiamente una cuestión de incongruencia, que supone no haberse pronunciado sobre alguna de las cuestiones planteadas por las partes (el Juzgado rechaza autorizar el cambio pedido), sino una cuestión de correcta valoración de las pruebas o de insuficiencia motivadora.

Entrando en el fondo del tema debatido esta Sala discrepa de la razonabilidad de los argumentos expuestos por el auto de la primera instancia para rechazar la autorización del cambio. Todos y cada uno de los argumentos que ha utilizado para negar que la madre cambie el domicilio de la menor (en España tiene a su padre, abuelos paternos y una hermana de padre) concurren también en la solicitante. Así, la niña tendría igualmente familia en Chile (su madre, sus abuelos maternos y un hermano de madre), con lo que no hay razones de parentesco extenso que puedan determinar una u otra alternativa.

Ahora bien, la actora esgrime otros argumentos a los que el auto no hace alusión alguna: la madre está en situación de desempleo, sin otras ayudas que las que le facilitan los servicios sociales, carece de toda clase de apoyos familiares en España, el padre no cumple con sus obligaciones parentales (ni con el régimen de visitas ni con el pago de alimentos) y la madre tiene no solo apoyo familiar en Chile, sino una vivienda en propiedad (no tendría que pagar el alquiler que debe satisfacer en España) y opciones laborales (ha aportado una oferta de trabajo en firme), estando garantizada la escolarización de la menor en dicho país.

El padre se ha limitado a decir que cuando ha podido ha abonado alimentos, pero ninguna acreditación propone al respecto, cuando la carga de la prueba le correspondía al mismo, porque el deudor es quien debe probar el pago. Tampoco justifica ni siquiera hace alegaciones sobre el cumplimiento del régimen de estancias y comunicaciones con su hija, todo lo cual evidencia que es la madre la que en exclusiva viene atendiendo las necesidades de la menor y que su situación en España es altamente difícil, teniendo mayores posibilidades de desempeñar su tarea en su país de origen, lo que necesariamente repercutirá en beneficio de la menor, por todo lo cual la Sala considera que debe revocarse la resolución impugnada y estimar la demanda inicial, autorizando el cambio de domicilio, con costas de la primera instancia al actor.

GUARDA Y CUSTODIA

Se estima la demanda de modificación de medidas dado que la alteración sustancial viene determinada por el propio informe pericial y por la edad que actualmente tiene el menor, lo que permite establecer la custodia compartida.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 23 de abril de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España**

En el caso de autos debe tenerse en cuenta, pues, no sólo que debe aplicarse la legislación del Código Civil, sino, asimismo, que al tratarse, como se ha dicho, de una demanda de modificación de medidas, ha de estarse a lo que para las mismas se exige, es decir, la acreditación de una alteración sustancial de las circunstancias, y ciertamente en el caso de autos, a la vista del informe pericial obrante en autos necesariamente ha de mantenerse la custodia compartida habida cuenta la conveniencia para el menor de dicho tipo de custodia, estimando la Sala que, en estos casos, la alteración sustancial viene determinada por el propio informe que acredita tal conveniencia, por cuanto en materia de menores —cualquiera de las medidas que a los mismos afecten— incluso los Tribunales no vienen vinculados por las peticiones que sobre los mismos hagan las partes, pudiendo acordar de oficio las medidas que se estimen más pertinentes en beneficio de los mismos, lo que implica que cuando las partes han suscrito un convenio y el mismo es aprobado judicialmente en sentencia, si con posterioridad una de las partes interesa cualquier modificación relativa a su custodia, en puridad ya no es preciso acreditar el cambio sustancial de las circunstancias a que alude el Código Civil; pero es que, incluso, aunque se exigiese tal alteración, como se ha dicho antes, tanto la mayor edad del menor, por el simple transcurso del tiempo, como la existencia de un informe pericial que acredita la conveniencia para el mismo de una custodia compartida, son ya prueba bastante para tener por acreditada tal alteración, procediendo por ello confirmar la sentencia de instancia en este punto.

No se accede a modificar la custodia materna acordada apenas año y medio antes de la presentación de la demanda, cuando se alega para apoyar la custodia compartida exclusivamente la necesidad de reforzar la relación paterno-filial y el hecho de haber firmado aquel acuerdo en un momento de debilidad.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 23 de abril de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Pilar Manzana Laguarda**

En el presente caso no se dan los requisitos antes referidos, y revisadas que son en su integridad las actuaciones practicadas en la instancia, la Sala concluye como hiciera el Juzgador *a quo*, habida cuenta del concluyente informe pericial del equipo sicosocial adscrito a los Juzgados de Familia, en el que claramente se decanta por la procedencia de la custodia materna (folio 112 y siguientes). Además fueron los progenitores los que, apenas un año antes de interponer la actual demanda, decidieron que los hijos quedaran con su madre, lo que se supone que se resolvió en interés de los propios hijos. Y, finalmente, a la vista de la exploración del mayor de los hijos, quien quiere quedar bien con ambos progenitores, se encuentra perfectamente atendido y a gusto con

cada uno de ellos, no queriendo que sobre él recaiga la decisión de la custodia de sus padres.

Subsidiariamente se solicita se establezca una pensión alimenticia proporcional, se supone en los términos exigidos por el art. 146 del C. Civil, más visto la diferencia de ingresos y el que ambos lo pactaron así apenas un año antes, se considera improcedente su cambio máxime si ni siquiera se alega la alteración de las circunstancias exigidas por el art. 90 del C. Civil.

Finalmente y en cuanto a la vivienda de conformidad con lo dispuesto en el art. 96. 1 del C. Civil, y la jurisprudencia que lo desarrolla, entre ellas las sentencias del TS de 1 y 14 de abril de 2011, procede mantener la atribución de la vivienda familiar a los hijos y a la progenitora en cuya compañía quedan por ser éstos los más necesitados de protección y determinarse aquélla en función de los intereses de los hijos y no del derecho de propiedad. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2011 dice: El art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien».

Se atribuye la custodia al padre al quedar acreditadas las numerosas faltas de asistencia a clase de la menor, los repetidos cambios de domicilio de la madre, el retraso de la menor en su desarrollo académico por no recibir el apoyo requerido de la madre, la vida poco ordenada de la madre o sus comportamientos descuidados, ya que en dos ocasiones dejó de acudir a la cita del Juzgado para el examen de la menor por el equipo técnico.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 10 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Carrillo Vinader**

D.ª Ana María plantea demanda para que se adopten determinadas medidas sobre la hija menor de edad que ha tenido con el demandado, D. David, en concreto sobre la guarda y custodia, régimen de estancias y comunicaciones con el progenitor no custodio y pensión de alimentos.

Contesta el demandado oponiéndose a las medidas solicitadas de contrario y pidiendo que se le atribuya a él la guarda y custodia de la menor, con visitas a la madre y alimentos a su cargo.

Tras la celebración del juicio y la práctica de pruebas, entre ellas la pericial por el Gabinete adscrito al Juzgado, se dicta sentencia por la que se atribuye al padre la guarda y custodia sobre la hija menor, siguiendo las conclusiones del informe pericial emitido por el equipo adscrito al Juzgado, fijando visitas a favor de la madre y una pensión a su cargo de 100 euros al mes. No impone costas.

Contra todos esos pronunciamientos plantea recurso de apelación la madre, que reprocha a la sentencia errónea valoración de las pruebas, pues no han quedado acreditadas las faltas de asistencias o retrasos de la niña al colegio (el informe del centro de estudios sostiene que asiste con regularidad), habiendo hecho todo lo posible para ayudar a la menor a recibir una instruc-

ción correcta, siendo circunstancias ajenas las que le han llevado a cambiar tres veces de domicilio y resultando equívoco el informe del gabinete cuando sostiene que la menor se inclina por vivir con el padre, pues se afirma a la vez que le gusta estar con los dos. También discrepa del pronunciamiento que le impone el pago de los alimentos desde la interposición de la demanda, cuando la menor ha estado siendo atendida por ella durante la tramitación del procedimiento. Por todo ello interesa que se revoque la sentencia y se estime su demanda.

Del recurso se dio traslado a las restantes partes, que se han opuesto al mismo, defendiendo el acierto de la sentencia de primera instancia y pidiendo su confirmación.

Se cuestiona la decisión de atribuir al padre la guarda y custodia de la hija menor de edad, criticando el informe pericial emitido por el equipo del gabinete adscrito al Juzgado, pues tanto la psicóloga como la trabajadora social han concluido que el padre es el progenitor idóneo para desempeñar el cuidado habitual de la menor.

La Sala, tal y como ha hecho el Juzgado de la primera instancia y ha solicitado el Ministerio Fiscal, entiende que la conclusión alcanzada es la más acorde con el resultado de las pruebas practicadas, fundamentalmente el informe pericial comentado, cuyas conclusiones son contundentes, apoyadas en datos objetivos y suficientemente acreditados, como las faltas de asistencia a clase (24) y retrasos (14) de la menor (hay detalles de los días a lo largo de medio año, folios 121 y 122), los repetidos cambios de domicilio de la madre, el retraso de la menor en su desarrollo académico por no recibir el apoyo requerido de la madre y la mayor cualificación del padre para cumplir con tal necesidad, la vida poco ordenada de la madre o sus comportamientos descuidados (en dos ocasiones deja de acudir a la cita del Juzgado para el examen de la menor por el Gabinete).

No se trata de sancionar una conducta incorrecta de la madre, sino de buscar la solución más beneficiosa para la menor. Incluso si se aceptara que ninguno de los datos negativos reseñados es responsabilidad de la ahora apelante, la solución a adoptar debería ser la de atribuir al padre la custodia, porque esa es la que se considera más beneficiosas para el correcto desarrollo de la niña, siendo la defensa de sus derechos la que ha de prevalecer en este procedimiento, como proclama la Ley de Protección Jurídica del Menor y el art. 92 CC.

En el año 2007, por razones de conveniencia de la madre dadas sus circunstancias personales (reciente fallecimiento de su marido) y laborales (desempeño de un trabajo que no le permitía ocuparse del menor con la dedicación que exigía el problema de visión que padecía), se decidió por el Juzgado atribuir temporalmente la custodia del menor a los abuelos paternos. Han pasado cuatro años y las circunstancias de la madre y del menor han cambiado, pues ha formado una nueva familia y tiene un trabajo estable, por lo que procede atribuirle la custodia del hijo.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Salinero Román**

La parte recurrente solicita la modificación de la sentencia recurrida para que se le confíe la guarda y custodia de su hijo Bartolomé o subsidiariamente que el menor pase con ella la totalidad de los periodos vacacionales y puentes escolares y un fin de semana al mes.

Debemos reconocer lo acertado de su primera petición pues es la madre la que sigue ostentando la patria potestad del menor sin que conste que esté incursa en ninguna causa de privación de la misma. Son los padres los que tienen el deber de tener en compañía a sus hijos entres otras obligaciones que les impone el art. 154 del Código Civil. Que la custodia pueda ser confiada a los abuelos, solución que prevé el art. 103 del Código Civil, como resulta del mismo precepto

no deja de ser más que una solución de carácter transitorio pues el art. citado regula las medidas provisionales a adoptar en determinados supuestos. Además es una solución excepcional como resulta de la redacción del párrafo segundo de la medida primera. La posibilidad legal de que la guarda de un menor sea confiada a personas integrantes de su familia prevista en el art. 172 del Código Civil exige que circunstancias graves impidan que los padres puedan ocuparse del menor. El art. 158 del Código Civil a cuyo amparo se otorgó en su día la custodia a los abuelos paternos solo debe aplicarse en caso de situaciones excepcionales para evitar perjuicios al menor o apartarle de un peligro.

Ninguna de esas situaciones urgencia, de peligro o de gravedad se aprecian en el caso enjuiciado.

En el año 2007 por razones de conveniencia de la madre dadas sus circunstancias personales (reciente fallecimiento de su marido) y laborales (desempeño de un trabajo que no le permitía ocuparse del menor con la dedicación que exigía el problema de visión que padecía) así como en interés del menor por lo expuesto, se decidió por el Juzgado atribuir temporalmente la custodia del menor a los abuelos paternos. Pero como se expone en la propia resolución esa atribución lo fue con carácter temporal para atender y cubrir una determinada situación que entonces se consideraba perentoria. Pero ya han pasado cuatro años y las circunstancias de la madre y del menor han cambiado. La madre como resulta de la prueba ha formado una nueva familia y tiene un trabajo estable respecto del que no consta prueba de la que pueda inferirse que no le permite ocuparse del cuidado de su hijo. Cuenta con el apoyo de su nueva pareja y además ha tenido una nueva hija por la que el menor se interesa como resulta del informe de la trabajadora social. El niño cuenta ya con 6 años de edad y aunque siga teniendo un problema de visión está recibiendo un tratamiento adecuado y está escolarizado en un centro en el que se encuentra adaptado. De los informes psicosociales obrantes en las actuaciones se concluye que su madre es un importante referente afectivo para el menor y puede proporcionarle todos los cuidados que necesita como sucede cuando convive con ella en los periodos vacacionales. La vinculación afectiva materno-filial es positiva. La única objeción o reparo que formulan las técnicos del equipo adscrito al Juzgado consiste en que la estancia permanente del menor con su madre implicaría un cambio de colegio que supondría un importante proceso adaptativo para el niño. La madre ha manifestado su compromiso de seguir procurando al menor los cuidados necesarios para resolver los problemas del menor derivados de su falta de visión. La objeción manifestada en los informes psicosociales la Sala no la considera decisiva para mantener la situación anterior por deber ser como ya hemos dicho excepcional y transitoria. El cambio de residencia del menor para convivir con su madre, pues es la que ostenta la patria potestad y con la que el menor ha convivido sin problemas durante los periodos de vacaciones, no puede considerarse como un perjuicio grave ni irreparable para el menor que impida el cambio de custodia. El cambio de residencia y de colegio solo deparará los lógicos inconvenientes de cualquier proceso adaptativo del menor a un nuevo entorno que no cabe calificar de perjudicial para el menor pues en el informe de la trabajadora social se hace constar que es un niño sociable que no presenta problemas para relacionarse con los adultos. Ninguna prueba se ha practicado de la que se deduzca que el menor no pueda recibir en Oviedo la atención especial escolarizada que recibe en el centro de Valladolid ni de que en esa ciudad no pueda contar con los apoyos complementarios de la ONCE.

El carácter transitorio y excepcional de la situación anterior se refleja en la sentencia cuando se hace constar que «la guarda le ha de ser confiada a la madre tarde o temprano». O cuando se recoge en otro de los pasajes que «es la madre la que tiene el derecho legal a tener la guarda y custodia». Con tales razonamientos no se justifica que al final se haya mantenido la situación anterior cuando de las pruebas practicadas el único argumento para no cambiar la custodia son los inconvenientes derivados de un cambio de colegio y de entorno para el menor que la Sala no considera ni graves ni considerables para alterar y desvirtuar uno de los transcendentes efectos de la institución de la patria potestad cual es que los padres tengan a los hijos en su compañía y

deban relacionarse con ellos. Obsérvese que la abuela ante el intento de la madre de recuperar la custodia del menor le puso objeciones a que pasara con ella el periodo vacacional del verano de 2011 según resulta del informe de la trabajadora social. No pueden respaldarse por la Sala los leves reparos que se hacen en la sentencia de que la madre no ha venido con regularidad a Valladolid ni se ha ocupado de los alimentos del niño pues consta que ha estado con el niño en los periodos vacacionales y si ha sido así es de lógica concluir, pues no hay prueba de lo contrario, que se ha ocupado convenientemente del menor y atendido sus necesidades. La buena relación del menor con su madre es indicio notable de lo concluido. La falta de regularidad en las visitas al menor fuera de los periodos vacacionales no puede calificarse como descuido o desatención de la madre dada la distancia entre Valladolid y Oviedo. La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001 que se cita en la resolución apelada recoge un supuesto no equiparable al ahora analizado pues contemplaba un caso de grave enfrentamiento entre la madre biológica y sus propios padres y de internamiento de la menor en un organismo de protección de menores con descuido de la madre de las obligaciones para con la menor.

La circunstancia de que la menor está próxima a cumplir los seis años y que el Ministerio Fiscal apoya la custodia compartida es motivo para modificar el sistema de custodia vigente, aunque la relación entre los progenitores siga distanciada y no se hablen, ya que lo cierto es que no concurren las tensiones y conflictos de hace unos años. Se establece la guarda y custodia compartida en periodos bimensuales.

AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 15 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Carreras Maraña**

El contenido de la causa, las alegaciones de las partes y la prueba practicada puede comprobarse que el objeto de este proceso es triple. En primer lugar, procede analizar si concurren circunstancias nuevas y sobrevenidas que justifiquen el cambio del régimen de guarda de la menor desde el régimen de guarda exclusiva de la madre con visitas al padre establecido en la inicial sentencia de divorcio del año 2009 a un régimen de custodia compartida que se solicita en esta causa; en segundo lugar, determinar si el régimen de custodia compartida sería el adecuado al interés de la menor y, en tercer lugar, en su caso, cuál debería de ser la articulación concreta del régimen de custodia compartida de los padres respecto de la hija menor del matrimonio litigante.

1. Modificación de circunstancias.

Después de las alegaciones primera y segunda que no incluyen a los efectos del art. 465-5 LECv un expreso motivo de impugnación, en la alegación tercera del recurso se invoca error en la valoración de la prueba por no haber cambiado las circunstancias. Es cierto que en aplicación del art. 91 CCV y art. 775-1 LECV para modificar una sentencia precedente en el proceso de familia es precisa la acreditación de una variación sustancial de las circunstancias concurrentes en la adopción de la decisión que se pretende modificar.

Analizada la prueba obrante en la causa, puede comprobarse que en efecto se ha producido una variación relevante y sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta por la Sentencia de Primera Instancia de 25-04-2008 y en la sentencia de esta Sala de 20-02-2009, y su posterior modificación sobre el régimen de visitas en Sentencia de Instancia de 3-12-2009 y de esta Sala de 13-05-2010, en cuanto a la valoración del régimen mas adecuado de guarda para la menor hija de los litigantes; y ello en atención a las siguientes razones:

1.ª La primera circunstancia relevante que se ha modificado de modo sustancial a los efectos de valorar una posible custodia compartida

es la edad de la menor. Así, en el año 2008-2009 cuando en primera instancia y en apelación se resolvió el divorcio era demasiado pequeña para establecer una custodia compartida, pues había nacido en agosto de 2006 y así se indicó en la prueba pericial. Por el contrario, en la actualidad la menor esta próxima a cumplir los seis años y por lo tanto goza de una edad mas adecuada al régimen de guarda analizado.

2.ª El segundo aspecto que ha cambiado de forma muy relevante a los efectos del art. 92-8 CCV y del requisito de procedibilidad del informe del Ministerio Fiscal, es, precisamente, la posición del Ministerio Fiscal en cuanto al informe favorable de la custodia compartida. Al respecto, en el proceso anterior, y así se recoge en la sentencia de esta Sala, la posición de la Fiscalía fue contraria a la custodia compartida, mientras que en este momento y en este caso es favorable, tanto en la primera instancia, como en el presente recurso de apelación (f. 268 e informe en el acto de la vista), en función de evolución de las circunstancias concurrentes y de los informes periciales obrante en la causa evacuados tanto a instancia de la parte demandante, como a instancia judicial por los peritos judiciales.

3.ª Un tercer aspecto relevante es, precisamente, la prueba pericial, que tiene especial importancia en supuestos como el presente y así se deriva del art. 92-9 CCV. En esos informes, no solo por la prueba pericial de parte, sino por la prueba de los peritos judiciales, se pone de manifiesto la idoneidad y adecuación de la custodia compartida en el caso analizado. En este sentido la prueba pericial judicial indica lo siguiente: «Por todo lo anteriormente expuesto no se han encontrado razones para no desarrollar una guarda y custodia compartida que en este caso encontramos mas razonable se desarrolle por trimestres completos con un régimen de visitas para el progenitor no custodio en esos momentos de fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes al domingo a las 8 de la tarde». Además, la prueba pericial técnica pone de manifiesto dos cuestiones relevantes y favorecedoras del régimen establecido en la sentencia apelada y son las siguientes:

— El hecho de tener ambos progenitores el domicilio en la misma localidad y en relativa proximidad, facilitará los eventuales cambios domiciliarios y no afectará a las relaciones sociales de la menor (escolares, de amigas, actividades extraacadémicas, etc.), que podrán seguir manteniéndose sin cambio alguno.

— Al respecto de la formula de custodia solicitada por el padre, los peritos hacen consideración, en este caso, de que concurren factores favorables como, una vinculación equiparable o una similar; implicación de ambos en los cuidados y atenciones de la menor; amplia socialización de la menor e integración en los círculos sociales de los padres y habilidades parentales y educativas adecuadas en ambos.

4.ª Con todo ello, el factor más relevante en orden a admitir en estos momentos una favorable acogida de la «custodia compartida» en relación con la situación existente hace cuatro años se refiere a la relación entre los esposos y su influencia en relación con la menor y con el adecuado desarrollo de su personalidad.

Si se observa la Sentencia de esta Sala de 20-02-2009, se puede comprobar que las malas relaciones entre los esposos; que los distintos procesos entre ellos existentes pese a la escasa duración de su matrimonio y los constantes conflictos y problemas entre ellos, determinaban la improcedencia de esa custodia compartida en aquel momento. Ahora bien, en la actualidad, aunque su relación sigue distanciada y no se hablan, es lo cierto que no concurren las tensiones y conflictos de hace unos años y, sobre todo, se comprueba que sus diferencias no afectan a la menor y que incluso en beneficio de la propia menor, y con la adecuada intervención profesional de sus Abogadas, los padres han sido capaces de pactar y cumplir desde noviembre un régimen de alternancia y custodia compartida e incluso de suplir con sus acuerdos concretos las deficiencias técnicas y las omisiones de la Sentencia apelada.

Todos estos relevantes datos ponen de manifiesto que no concurre infracción de la tutela efectiva y que han variado la circunstancias tenidas en cuenta en el precedente proceso, tanto en cuanto al inicial de divorcio, como al posterior de establecimiento de visitas y que esa variación ha sido sustancial, progresiva acreditada y re-

levante en sus extremos esenciales del art 92-8 CCv y art 92-9 CCV; por lo que procede desestimar el motivo tercero de impugnación.

2. Procedencia del régimen de guarda y custodia compartida.

Es cierto que este Tribunal viene interpretando de forma específica y limitada la expresión «excepcionalmente» del art 92-8 CCv en orden a establecer en los procesos contenciosos un régimen de guarda compartida, pero también es cierto que, como se ha expuesto, concurren circunstancias muy excepcionales en estos momentos y en este caso concreto, como son especialmente: la posición favorable del Ministerio Fiscal a los efectos del art 92-8 CCV; la existencia de prueba pericial también favorable a ese régimen de guarda y sobre todo la evolución favorable de los padres en orden a admitir de hecho este régimen de guarda que se ha materializado en sus propias actuaciones en los últimos seis meses donde han llegado en beneficio de su hija a un acuerdo documentado y específico de guarda compartida que han venido respetando y cumpliendo desde Noviembre 2011 hasta la actualidad.

Dicho esto, procede recordar que en los últimos años se esta produciendo una jurisprudencia del TS que trata de clarificar el siempre complejo concepto de la «guarda y custodia compartida» y que ha establecido en líneas generales la siguiente doctrina:

— Tribunal Supremo Sala 1.ª, S. 28-9-2009, n.º 614/2009: «Ciertamente, la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo, que lo califica como "estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional", destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 julio) y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. (asimismo SSTC 143/1990, 298/1993, 187/1996 y 114/1997, así como el ATC 28/2001, de 1 febrero). Reconocida esta característica, el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la normafundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren "esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa" (STS 17 julio 1995), así como que "el interés superior del menor es un bien jurídico protegido en esta materia (la privación de la patria potestad), tal como se deriva de la Convención de 1989 y de la LO de 1996, y acreditado aquél en autos, no puede ser objeto de recurso de casación" (...).

La nueva regulación de la guarda y custodia compartida en el artículo 92 CC después de la reforma producida por la ley 15/2005 permite al juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el pr. 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a "la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia" (artículo 92.9 CC). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC, que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil y regula el artículo 752.1, 2 LECiv. art. 752.1 EDL 2000/77463 art. 752.2 EDL 2000/77463. Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 CC, establece que el juez debe «valo-

rar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda».

— STS de 8-10-2009, n.º 623/2009: «Es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el Código civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican. Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los arts. 76.1,b y 139 del Códi de Familia de Cataluña) (...).

A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (art. 373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 marzo 2002) o en la Children Act 1989 inglesa, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven».

— En relación con el art 92-9 CCV, la STS de 7-04-2011 dice: «La reforma de 2005 acordó que con la finalidad de formar la opinión del juez, debían figurar en el procedimiento estos informes, que no son en modo alguno vinculantes y que el Juez debe valorar a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés del menor. Pero a partir de aquí, la decisión del juez está sometida al criterio de escrutinio general, es decir, que solo podrá ser revisada por esta sala cuando sea arbitraria (caso de la STS de 1 octubre 2010), o bien llegue a conclusiones erróneas (casos de las SSTS de 10 marzo 2010 y 8 octubre 2009), porque debe repetirse que el juez no está vinculado por los informes de los profesionales, que debe apreciar y expresar las razones de su decisión, porque las sentencias deben ser siempre motivadas (art. 120.3 CE y art. 218.2 LEC), para evitar la arbitrariedad».

— STS de 27-09-2011 dice: «El régimen de esta asistencia siempre deberá tener en cuenta estos criterios, porque en cada uno de los casos lo que debe decidir el juez es cuál será el mejor régimen de protección del hijo, según sus circunstancias y las de sus progenitores, según los criterios que ha venido manteniendo esta Sala en sentencias 579/2011, 578/2011 y 469/2011, entre las más recientes».

— STS de 22-07-2011: «Se hace necesario fijar la doctrina jurisprudencial en este punto al objeto de precisar de forma objetiva qué causas son las "excepcionales" a que se refiere el art. 92.8 CC, dada la inexistencia de criterios en la aplicación de los presupuestos derivados de la excepcionalidad prevista en el art. 92.8 CC, porque la sentencia recurrida equipara malas relaciones entre cónyuges como imposibilidad de guarda y custodia compartida. El motivo se desestima. El texto actualmente vigente del art. 92.8 CC, redactado por ley 15/2005, admite la posibilidad de que el juez establezca como forma de protección de los menores, la guarda y custodia compartida, aun cuando no haya sido pedida por ambos progenitores. La interpretación que se deriva de su texto literal es clara. El redactado de dicho párrafo 8 dice: "Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del ministerio fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor". La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla "fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor". De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la "excepcionalidad", a que se refiere el art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla. Las situaciones que prevé el art. 92 CC son:

1.º Acuerdo de los padres: art. 92.5 CC, aunque en este caso la guarda y custodia compartida tampoco es automática, puesto que el Juez debe actuar conforme se establece en el art. 92.6 CC.

2.º Falta de acuerdo de los padres en la guarda compartida: se puede reconocer este tipo de guarda siempre que con esta atribución se proteja el interés del menor, según el art. 92.8 CC y ello con las garantías que se establecen en el propio art. 92 CC para proteger dicho interés.

(...) En cualquier caso, debe repetirse, como ya lo ha hecho esta Sala en anteriores sentencias (Ver SSTS, entre otras, de 10 octubre 2010 y 11 febrero 2011) que lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior. De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor.

(...) El catálogo de sentencias de contraste aportado por el recurrente no sirve para afirmar que existe doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales. Como se dice en la STS 578/2011, de 21 de julio, en un caso semejante, las Audiencias "han decidido sobre una forma u otra de guarda teniendo en cuenta los informes periciales contenidos en el procedimiento. Por tanto, no pueden servir como sentencias de contraste para asegurar que existe doctrina contradictoria entre ellas, porque en el fondo, podría asegurarse lo contrario, ya que todas deciden teniendo en cuenta el interés del menor a la vista de los informes preceptivos según dispone el art. 92. CC. En definitiva, las sentencias que aportan son un pretexto para poder presentar el recurso, ya que cada una decide según las circunstancias de los casos planteados"».

Dicho lo que antecede, y en orden a responder a los motivos cuarto, cuarto bis y quinto de impugnación, procede realizar las siguientes consideraciones:

a) Es cierto que la sentencia de instancia no se ajusta al adecuado deber de motivación

que exige el art. 218 LECV y art. 120 CE, en relación con el art. 24 CE, pues en un asunto tan delicado y complejo como el presente, la Juzgadora de instancia ni siquiera se molesta en copiar el informe pericial y el fallo es una mera remisión mecánica y formularia al informe pericial, pero sin indicar la extensión del régimen de guarda, las visitas, los alimentos y demás factores determinantes de la guarda compartida; lo que solo por vía de complemento se trata de suplir, pero copiando un párrafo del informe pericial y no estableciendo una valoración de ese informe pericial a los efectos del art. 348 LECV y art. 92-9 CCV y adaptándolo al caso concreto. Ahora bien, ello no supone indefensión efectiva de la parte apelante, ni infracción procesal relevante pues, por un lado, no se solicita nulidad alguna por lo que el Tribunal aplica el art. 227-2-2 LECV y art. 465-4-2.º LECv y, por otro, suple con la prueba practicada en esta Alzada y con las alegaciones de las partes las posibles deficiencias de la sentencia apelada.

b) En todo caso, la cuestión esencial a la hora de establecer un régimen de custodia compartida es el interés y el beneficio de la menor a los efectos del art. 39 CE. En nuestro caso, no se aprecia dato alguno que ponga de manifiesto que concurra perjuicio para la menor derivado de un régimen de guarda compartida entre sus padres, pues los informes periciales son favorables a este régimen como el mas adecuado en este momento para la menor, y también lo entiende adecuado el Ministerio Fiscal, que, por aplicación del art. 92-8 CCV, tiene un especial protagonismo en esta materia y en defensa precisamente de los menores.

Al respecto, ambos progenitores están implicados en la educación de su hija; mantienen una actitud de respeto mutuo en relación con los temas de la hija; los domicilios están muy próximos para realizar los cambios de custodia; ambos tienen apoyo familiar; han llegado a un acuerdo desde noviembre para alternar la guarda de la hija; no se aprecian disfunciones escolares o disminución del aprovechamiento académico y existe una adecuada implicación y vinculación de la menor con su familia extensa y una adecuada adaptación al régimen laboral de sus padres y de sus padres al régimen académico de la hija y todo ello unido con la fijación de visitas semanales y vacacionales cuando la hija se encuentra bajo la custodia directa del otro progenitor.

c) Es cierto que la menor debe de acostumbrarse a los cambios derivados del régimen de guarda compartida, pero también es cierto, por un lado, que desde muy corta edad, por unas u otras razones, la menor se ha visto implicada en distintos cambios del régimen de visitas con sus padres, que se deben de superar con una estabilidad en el régimen de guarda establecido como «compartida» y que sería deseable que los padres asumieran como continuada en el tiempo y, por otro, que, precisamente, con este régimen compartido lo que se pretende es la estabilidad en la ordenación de los hábitos familiares y escolares de la menor.

Todo ello sin olvidar que precisamente por una responsable decisión de sus padres ya viene estando adaptada al régimen bimensual de custodia compartida y de cambio de domicilio; por lo que el régimen de custodia compartida: ni es sorpresivo para la menor, ni es desestabilizador, ni es perturbador; sobre todo si los padres continúan por la senda de la razonabilidad que respecto de la menor y para su bienestar han iniciado y mantenido en los últimos meses.

3. Especificación del régimen de guarda.

El criterio que debe de presidir la fijación del régimen adecuado de guarda debe de ser el del «interés de la menor» y en particular el de buscar una ponderada estabilidad de ahora para el futuro. Máxime, en un proceso como el presente en el que ha habido distintos informes periciales; una evolución en la posición procesal del Ministerio Fiscal; donde se ha variado el régimen de vistas y donde la sentencia de instancia, en otro ejemplo mas de falta de exhaustividad y de actuación contraria el art. 218 LECV, resuelve por mera remisión genérica al informe pericial.

Para fijar el régimen adecuado de custodia compartida, debe de darse prioridad al propio régimen establecido de común acuerdo por los esposos y sobre el que no consta ni perjuicio para la menor; ni falta de adaptación; ni especiales problemas en su cumplimiento en el intercambio y las visitas. Asimismo, la eficacia de ese régimen pactado viene avalado por el hecho de que ambos

progenitores tienen trabajo estable; que ambos tienen su residencia muy próxima; que ambos se vienen implicando en el cuidado y atención de su hija; que no concurren otros hijos del matrimonio y que ambos esposos tienen una adecuada estabilidad laboral y económica y correcta actitud y aptitud para el cuidado de su hija.

En consecuencia, con lo indicado y con estimación parcial del suplico principal de la demanda, procede fijar el siguiente régimen, en defecto de acuerdo de los progenitores:

1.º Se establece la guarda y custodia compartida de los litigantes en relación con su hija menor Sandra, manteniendo la Patria Potestad conjunta.

2.º El cambio en el ejercicio de la custodia será bimensual, residiendo la menor en el domicilio del progenitor custodio y debiendo los progenitores de favorecer el cambio de custodia teniendo a la menor disponible el día del cambio con todas sus pertenencias tanto escolares, como de aseo o vestuario y semejantes. Para garantizar su estabilidad y continuidad, el régimen se iniciará con efectos 1-01-2012 y corresponderá enero y febrero a la madre; marzo y abril al padre; mayo y junio a la madre y así sucesivamente hasta el fin del año y sucesivos. El cambio se realizará a las 20 horas del último día del mes que corresponda: febrero; abril; junio, y así sucesivamente con la salvedad de los periodos vacacionales.

3.º En el tiempo en que un progenitor no tenga a la hija tendrá derecho de visitas un día a la semana desde la salida del colegio por la tarde hasta las nueve de la noche y que será para el padre el miércoles y para la madre el día que acuerden y en su defecto el día de libranza en su trabajo.

4.º Los padres llevarán a la menor a la misma hora al colegio por la mañana o mediodía y la recogerán por la tarde a la misma hora en función de su horario escolar en cada momento; por lo que o bien ambos la llevan a madrugadores o bien no la lleva ninguno de los dos. En defecto de acuerdo la llevarán 10 minutos antes del inicio de las clases sean de mañana o de tarde y la recogerán a la salida sea de mañana o de tarde.

5.º El progenitor no custodio tendrá a su hija en su compañía en fines de semana alternos desde la salida del colegio del jueves, si es festivo el viernes, o viernes hasta las 20 horas del domingo o lunes, si es festivo.

6.º El día de la madre estará con su madre y el día del padre con su padre y el cumpleaños de la menor los años pares estará con el padre y los impares con la madre con independencia del periodo de estancia.

7.º Los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y Verano se dividirán en función del calendario escolar en dos periodos iguales de tiempo y los años pares elegirá el padre y los impares la madre el periodo de disfrute, realizándose el cambio a las veinte horas de la tarde tanto para recogida como para entrega del día que corresponda el cambio.

4. Contribución a los alimentos.

Durante el periodo de estancia con cada progenitor, el custodio atenderá a todas las necesidades alimenticias ordinarias de la menor con pagos y asignaciones directas en las necesidades de alimentación, ocio, educación, vestuario, sanidad y semejantes. Los gastos extraordinarios caracterizados por su imprevisibilidad; elevada cuantía y necesidad se abonarán por mitad y su calificación expresa como gastos extraordinarios, en defecto de acuerdo entre las partes, se realizará por el cauce procesal del art. 776.4.ª LECV.

En lo relativo a la cuantía de la contribución ordinaria, además de los pagos directos en el periodo de custodia que le correspondan y al margen de los gastos extraordinarios, el padre, dada su superior capacidad económica, abonará a la madre, y para las necesidades de la menor, los seis meses que esté en custodia de la madre y sin excluir los periodos vacacionales, la cantidad de 150 euros al mes actualizables al alta o la baja conforme al IPC o índice semejante con efecto del 1-I-2012; por lo que debe de abonar: enero y febrero, mayo y junio y así sucesivamente por los meses de estancia con la madre y entre los días uno y cinco de cada mes en la cuenta de abono que designe la madre; con lo que se estima parcialmente el apartado quinto del recurso de apelación.

La fijación de esta cuantía no deriva de que hubiere o no ofrecimientos previos, sino de ponderar la capacidad económica de los progenito-

res y de valorar que, como se deriva de las nóminas unidas a la causa y del tipo de trabajo realizado, es superior la capacidad económica del padre con un sueldo en torno a 1.500 euros como líquido a percibir (f. 190 y ss.), mientras que en el caso de la madre no llegan a los 1.000 euros (941,44 euros); lo que implica que no son sueldos similares, como entiende la parte apelada, sino diferentes y superiores el del esposo en más de 500 euros al mes. Todo ello, bien entendido que la cantidad económica como pago en metálico podía ser superior, pero se considera que debe de moderarse en la cantidad fijada, pues el padre paga la hipoteca de la vivienda que era el domicilio familiar como bien de su propiedad, pero que al ser ocupado por la hija en la estancia con la madre tiene la consideración de contribución a los alimentos (art. 142-146 CCV).

Habiéndose revelado perjudicial para la menor la custodia compartida que pactaron los progenitores en medidas provisionales, se opta por la custodia materna dada la cercanía entre el domicilio de la madre y el centro escolar; el apoyo de la familia extensa; el contar con la infraestructura adecuada y digna para el alojamiento de la menor; y el hecho de que el propio padre viene reconociendo la ausencia de inconveniente serio en la opción de custodia materna.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de mayo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª del Rosario Hernández Hernández**

Las razones en las que fundamenta el apelante su recurso no pueden bastar para alterar la resolución de primera instancia cuya valoración de la prueba propuesta y practicada, además de obtenida a través del principio de inmediación, no ha sido desvirtuada y es compartida en esta alzada, en atención a que la progenitora femenina se encuentra perfectamente capacitada para el ejercicio de cuantas funciones conlleva la guarda, goza de recursos suficientes en todo orden, y no se detecta en ella patología ni indicador negativo que se lo impida o lo desaconseje, pudiendo encargarse de hecho de todos los cuidados cotidianos de la menor y de cuantas atenciones precisa, de manera satisfactoria, en condiciones que no permitan detectar carencias significativas, sin que se advierta razón para el cambio en la alternativa de guarda por la que se ha decantado el Juez de primer grado, y ello independientemente de que haya de reconocerse la idéntica capacidad del padre recurrente para detentar la guarda, o incluso la consecución por parte de este de puntuaciones ligeramente más altas que la adversa en el resultado del cuestionario CUIDA, en el que se miden las características más relevantes para el establecimiento competente y funcional de relaciones de cuidado de un menor.

En el supuesto concreto que se enjuicia, habiéndose revelado perjudicial para Ángeles, hoy de 5 años de edad, como nacida a (…) de 2007, el sistema de guarda y custodia compartida alternativa pactada por los progenitores en sede de medidas provisionales a 22 de diciembre de 2009, ha sido preciso decidir la guarda exclusiva a favor de uno u otro progenitor, resolviéndose definitivamente en pro de la madre.

Se ha practicado en el supuesto de autos prueba pericial psicosocial por los peritos Psicólogo y Trabajadora Social que integran el Equipo Técnico adscrito al Juzgado de origen, quienes han emitido dictamen a fecha 23 de septiembre de 2010, obrante a los folios 310 a 328 de autos, al que nos remitimos en aras a la brevedad, dándolo por reproducido en lo esencial; dicho informe ha sido ratificado íntegramente por sus autores en el curso de la vista practicada a 30 de septiembre de 2010.

Ciertamente, aquellos profesionales concluyen recomendando la alternativa de guarda paterna, no obstante, el Juez «a quo» no se hace eco de tales recomendaciones y se decanta finalmente, como se dijo, por la alternativa materna.

Tiene para ello en consideración, analizando exhaustivamente meritado dictamen, que para su confección se prescindió de la entrevista conjunta de ambos progenitores, y se omiten en el mismo datos básicos, como expresión de la figura de referencia principal de Ángeles, o cual de los dos progenitores ha sido a lo largo de su vida el cuidador principal, o con cuál de ellos sea mayor el apego de la niña.

Otorga por ello escaso valor al factor base de la conclusión de referencia, no otro que el perfil psicológico ligeramente más favorable del padre, entendiendo que este, en si mismo considerado, no avala suficientemente la atribución de la custodia a dicho progenitor, en ausencia de contraste técnico conforme a los criterios de la psicología científica, en cuanto se ha omitido test comprobante del grado de sinceridad de los encuestados, lo que permite cuestionar la validez y fiabilidad de las respuestas ofrecidas y sometidas a análisis, como no se incorpora al informe psicológico el concreto cuestionario CUIDA, con posible merma del derecho a la defensa de las partes, al sustraerse la posibilidad de someter los resultados obtenidos a contradicción y examen del trabajo científico en el acto de la vista, por contraste con otras opiniones periciales fundadas.

A la vista de las actuaciones, examinadas estas detenidamente, no puede menos que coincidirse con el Juez «a quo», cuyo razonadísimo criterio se comparte en la presente, se suscribe por la Sala y se hace propio, teniendo en consideración que en la progenitora femenina no se ha detectado patología, indicador negativo o disfunción que le impida o dificulte el adecuado ejercicio de la custodia en igualdad de condiciones que el padre, presentando además el entorno materno ventajas añadidas, como la cercanía entre el domicilio de la madre y el centro escolar en el que viene matriculada la menor, lo que redunda en la calidad de vida de Ángeles y favorece indudablemente su proceso de socialización, como se indica en la disentida, contando además la madre con el apoyo de familiares extensos, concretamente la abuela materna, en la que no consta impedimento físico más allá de las manifestaciones interesadas de parte vertidas en el escrito de recurso, y a las que no se hace alusión siquiera en meritado informe psicosocial, que refleja por el contrario absoluta disposición de esta abuela en la atención a la niña, como consta en repetido dictamen que en el aspecto sanitario ha sido la madre quien principalmente se ha ocupado de los aspectos relativos a la salud de la niña.

Dispone también de infraestructura adecuada y digna al alojamiento de la menor y en el tiempo de desarrollo de la guarda compartida la ha ejercido adecuadamente en los momentos en que le ha correspondido con Ángeles la permanencia, sin objetivarse incumplimiento, imposibilidad o incapacidad por su parte en los deberes de protección y cuidado.

Ha de tenerse en consideración que incluso el propio recurrente viene reconociendo la ausencia de inconveniente serio en la opción de custodia materna, pues de hecho, en el escrito de recurso, no indica perjuicio concreto, perturbación o siquiera molestia que conlleve para Ángeles la convivencia en el entorno materno, sin que en ningún caso una posible mayor disponibilidad horaria, aún unida al apuntado ligeramente superior perfil psicológico, determine la variación de la alternativa de guarda seleccionada en la instancia, máxime cuando la progenitora femenina ha llegado a compatibilizar o conciliar vida laboral y familiar, lo que no nos parece tan solo oportunista al resultado del presente proceso, o al menos no lo acredita el apelante, y cuando es capaz D.ª Maribel llegado el caso, de activar los oportunos mecanismos de sustitución, como por cierto se hace por la gran generalidad de progenitores trabajadores, incluso no inmersos en situación de patología familiar.

Por todas las razones expuestas, no siendo vinculante el repetido dictamen pericial, y no existiendo inconveniente serio, ha de ser mantenido el criterio decisorio del Juez de primer grado, que en esta alzada no se revela absurdo, arbitrario, irracional o contrario a la más elemental lógica humana, cuando nada impide que la madre ostente la guarda de Ángeles, lo que en modo alguno presupone se descalifique a D. José como padre, ni se le prive del vínculo afectivo y relación con la menor, a la vista del amplio régimen de visitas que a su favor se esta-

blece, y que contempla fines de semana alternos de viernes a la salida del colegio, hasta el lunes a la hora de entrada al centro escolar, con unión a ellos de puentes y festivos, así como dos contactos intersemanales y mitad de periodos vacacionales, lo que garantiza el mantenimiento del apego y vínculo afectivo de la menor hacia él, dotándole al tiempo de la necesaria referencia paterna que es precisa a Ángeles para alcanzar su pleno desarrollo en todo orden.

Debe desestimarse la custodia compartida pues el padre, actor en el procedimiento, no solicitó dicho régimen en su demanda, ni tampoco en la posterior ampliación de esta, sino de manera extemporánea en el acto del juicio, tras el contenido del informe elaborado por la Psicóloga.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Moreno Millán**

Se alega, como primer motivo de recurso, la infracción de normas y garantías procesales que el recurrente concreta, de un lado, en la vulneración del derecho fundamental a la obtención de tutela efectiva por Jueces y Tribunales, y de otro, en la infracción del art. 218.2 de la LEC, por falta de motivación de la sentencia.

Así y con respecto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, se manifiesta que los Tribunales, en la aplicación del art. 92.8 del Código Civil referido requisito del informe favorable del Ministerio Fiscal para la adopción de la custodia compartida cuando es solicitada sólo por uno de los cónyuges, deben establecer una interpretación sistemática del mismo y no simplemente literal, en el sentido de que el informe desfavorable del Ministerio Fiscal, no pueda impedir al Juez acordar dicha guarda y custodia compartida cuando a tenor de las pruebas practicadas, resultara la más adecuada e idónea en beneficio e interés del menor.

Se pretende, en efecto, por la parte recurrente que el informe del Ministerio Fiscal desfavorable, en este caso, a acordar la guarda y custodia compartida, no tenga un carácter vinculante para el Juez en detrimento de sus funciones judiciales, debiendo valorarse, por encima de dicho informe, la totalidad de la prueba practicada en la búsqueda del sistema de custodia que mejor responda al interés y beneficio del menor.

Pero es lo cierto que, en este caso, dicha pretensión no puede encontrar acogida en esta apelación.

Este Tribunal conoce los distintos planteamientos jurídicos que sobre el citado artículo 92.8 del Código Civil se vienen realizando en determinados foros judiciales, como por ejemplo en el II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de Familia con Fiscales especializados en Derecho de Familia, celebrado en el año 2005, al que la parte recurrente alude en su recurso. Es también cierto asimismo, que dicho tema ha sido objeto en distintas ocasiones de formulación de cuestión de inconstitucionalidad sobre la cual aún el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado. Pero sin embargo y sin perjuicio de tales debates jurídicos al respecto, cabe afirmar que, en este caso, dicho planteamiento carecería de relevancia. Y ello porque la decisión judicial de instancia no accediendo a la guarda y custodia compartida se basaba, no sólo en el informe desfavorable del Ministerio Fiscal, sino también además, en la situación de conflictividad de los cónyuges, pues como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2011, «… las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor».

Pero asimismo concurriría otro hecho que impediría también el éxito de la adopción de tan cuestionada medida, nos referimos a su falta de petición expresa en el escrito de demanda, tal y como se pronuncia en tal sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2012,

afirmando que a tenor de lo dispuesto en el art. 92 del Código Civil, constituye un requisito esencial para acordar este régimen, la petición de uno, al menos de los progenitores.

Añade la citada sentencia, que si bien es cierto, a tenor de lo dispuesto en el art. 91 del Código Civil, que el Juez puede tomar las medias que considere más convenientes en relación a los hijos, es también cierto que en el sistema del Código Civil para acordar esa guarda y custodia compartida, debe concurrir esa petición, como también acontece en el Derecho Foral de Aragón.

En este caso, el recurrente, actor en el procedimiento, no solicitó dicho régimen de custodia compartida en su demanda, ni tampoco en la posterior ampliación de la misma, sino de manera extemporánea en el acto del juicio, tras el contenido del informe elaborado por la Psicóloga adscrita al Órgano Judicial.

Los progenitores, tras la separación o el divorcio, tienen perfecto derecho a rehacer sus vidas en todos los aspectos, incluido el sentimental. Esa decisión puede agradar más o menos a los hijos pero, por sí sola, nunca puede justificar un cambio de custodia, pues se dejaría en sus manos, injustamente, la capacidad de decisión de los progenitores. Solo si esa nueva relación interfiere negativamente en los hijos podría justificarse un cambio de guarda y custodia.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de junio de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luis Aurelio Sanz Acosta**

Rechazada la incongruencia denunciada, hemos de estudiar el segundo motivo expuesto, que denuncia error en la apreciación y valoración de la prueba, pues de la misma no se deduce que, desde el punto de vista del interés del menor, sea procedente operar un cambio en la guarda y custodia de los hijos, lo que nos permite analizar si la decisión de cambio de la guarda y custodia adoptada por la juzgadora de la instancia fue o no acertada, desde el punto de vista del principio de «favor filii».

Tal y como señala la sentencia de nuestra Audiencia de 9 de febrero de 2012, en línea coincidente a lo expuesto en la sentencia de fecha 11 de Mayo de 2.011, dictada por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, «el acogimiento de la posible acción modificativa de las Medidas adoptadas en Procesos Matrimoniales exige la concurrencia de los siguientes requisitos: en primer término, un cambio objetivo, en cuanto al margen de la voluntad de quien insta el nuevo procedimiento, de la situación contemplada al tiempo de establecer la medida que se intenta modificar; en segundo lugar, que dicho cambio tenga suficiente entidad, en cuanto afectando a la esencia de la medida, y no a factores meramente periféricos o accesorios; en tercer lugar, que la expresada alteración no sea meramente coyuntural o episódica, ofreciendo, por el contrario, unas características de cierta permanencia en el tiempo y, finalmente, que el repetido cambio sea imprevisto, o imprevisible, lo que excluye aquellos supuestos en que, al tiempo de establecerse la medida, ya fue tenida en cuenta una posible modificación de las circunstancias».

Pues bien, de lo actuado debemos comenzar a estudiar si el criterio principal acogido por la juzgadora de la instancia para modificar la guarda y custodia de las hijas menores de edad, es decir, que su madre haya iniciado una relación con otra persona, debe ser configurado como un cambio sustancial de las circunstancias que justifique, en atención al interés de las menores, dicha decisión. Pues bien, disiente la Sala del parecer de la juzgadora de la instancia en este punto. La cuestión de la relación de la madre con otra persona, por sí sola, no tiene entidad suficiente para justificar el cambio de custodia. Los progenitores, tras la separación o el divorcio, tienen perfecto derecho a rehacer sus vidas

en todos los aspectos, incluido el sentimental. Esa decisión, puede agradar más o menos a los hijos pero, por sí sola, nunca puede justificar un cambio de custodia, pues se dejaría en sus manos, injustamente, la capacidad de decisión de los progenitores sobre los sentimientos de los padres, que tienen perfecto derecho a entablar una relación de pareja con otra persona e incluso, si la misma fructifica, a convivir con ella en el mismo domicilio. Solo si esa nueva relación interfiere negativamente en los hijos, al punto que desde su interés digno de protección, la convivencia con esa tercera persona es perjudicial para los menores, podría justificarse un cambio de guarda y custodia por este motivo. En este caso, resulta relevante la audiencia de la hija mayor, quien muy claramente expresó, que no tenían ni ella, ni su hermana menos aún, mala relación con la nueva pareja de su madre, sin perjuicio de que esa nueva relación no la aprueben, lo que, como dijimos, no puede ser, por sí solo, motivo del cambio en la guarda y custodia.

La negativa de las hijas al cambio de residencia puede ser lógica al tener que abandonar a sus amigos y su entorno, más aún si se encuentran en plena adolescencia o preadolescencia, pero no puede justificar, por sí sola, la imposibilidad del traslado, dado que los progenitores no pueden ver condicionada su movilidad laboral por la voluntad de los hijos. Por consiguiente no se considera procedente el cambio de custodia acordado por el juzgado de instancia.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de junio de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luis Aurelio Sanz Acosta**

En segundo lugar, en cuanto al cambio de residencia, que fue el motivo indicado por el padre para pretender el cambio de custodia, hemos de expresar que tampoco consideramos relevante ese hecho para justificar tal pretensión modificadora. Para empezar, estamos ante un cambio de residencia plenamente justificado por razones profesionales de la madre y que, además, se produce no a muy larga distancia del domicilio inicial, pues es, tan solo, de Guadalupe a Cáceres. Aquí también estamos ante un puro acto voluntario de las hijas, ante una opinión contraria de las mismas, que se presenta como lógica al tener que abandonar a sus amigos y su entorno por el cambio de residencia, pero que no puede justificar, por sí sola, la imposibilidad del traslado. Los progenitores no pueden ver condicionada su movilidad laboral a la voluntad de los hijos, como no la pueden condicionar si los padres no hubieran roto su convivencia. La juzgadora de la instancia estudia esta cuestión desde la sola perspectiva de la voluntad contraria de los menores al cambio de residencia y eso, a salvo de otros objetivos condicionamientos, no es correcto. Una cosa es oír a los hijos y otra dejar en sus manos, sin mayor justificación, el sentido de las medidas a adoptar en los procesos matrimoniales. Los traslados de residencia siempre pueden ser dolorosos para los hijos, más aun si se encuentran en plena adolescencia o preadolescencia, pero eso no puede justificar un cambio de custodia. En el mismo sentido, la sentencia de esta Audiencia de 9 de febrero de 2012, en un caso idéntico de cambio de residencia justificado por motivos laborales señaló que «es cierto que el cambio de residencia supone una cierta disfunción en el régimen de visitas, disfunción que, sin embargo, es salvable y que, sin duda, no justifica lo más mínimo el cambio de la guarda y custodia sobre los hijos menores, sobre todo cuando constituye un hecho notorio el que los desplazamientos de Cáceres a Mérida (en este caso de Guadalupe a Cáceres) y viceversa pueden desarrollarse sin demasiadas dificultades dado lo corto del trayecto y la satisfactoria comunicación por carretera».

Por último, la juzgadora de la instancia, al margen de lo expuesto, analiza la determinación de cual de ambos progenitores es el más adecuado para ostentar la custodia, como lo haría

si fuera la primera vez que se pronunciara sobre esa medida tras la ruptura convivencial, olvidando que estamos en un procedimiento de modificación de medidas y, por tanto, que es forzoso el estudio de la cuestión, desde la contemplación de los cambios sustanciales de circunstancias que justifican la pretensión modificadora. Ello no obstante, de ese erróneo planteamiento tampoco se deduce que la opción más favorable al interés de los menores sea en este caso la del padre. Reconoce la juzgadora, porque así se indica en el informe psicosocial, que ambos progenitores son perfectamente válidos para ostentar la custodia y ambos pueden dedicar similar tiempo a sus hijas, pues los dos desempeñan trabajos estables con horarios de mañana. Además, ambos cuentan con apoyos familiares para desempeñar esa labor. En esas condiciones de igualdad, la visión correcta del objeto del litigio debe ser la de comprobar si ha existido algún cambio sustancial de circunstancias que aconseja modificar la medida de guarda y custodia de los hijos para la madre que, no olvidemos, se adopto de común acuerdo entre los progenitores. Ahora, la juzgadora de la instancia, abundando en el motivo principal de cambio de custodia, referido al hecho de la nueva pareja de la madre, que ya expusimos no es suficiente para justificar dicha decisión, refiere también, que «no existe duda alguna en cuanto cual es la voluntad de las hijas». Sin embargo no justifica mas cambio circunstancial relevante para adoptar la medida modificadora, no describe sobre qué hecho objetivo se asienta esa voluntad de las menores. Y no lo hace, a nuestro entender, simple y llanamente, porque no existe esa justificación. Estamos ante un puro acto de voluntad de las menores, motivado, según se indica en el informe del equipo piscológico, en la falta de aceptación del hecho de que su madre tenga una nueva pareja y, detrás de ello, en realidad, se encuentra la opción de unas menores en edad adolescente o preadolescente de rechazo frente a quien pone límites, frente a quien fija reglas, que es en este caso la madre. Por eso, esa decisión de las menores no puede atenderse, porque no puede dejarse en sus manos y por su sola voluntad el sentido de la sentencia, máxime cuando no hay dato objetivo que demuestre un cambio de las circunstancias y, no lo olvidemos, cuando en la pericial psicológica se afirma que D.ª Esther «presenta unas características de personalidad que son mas positivas e importantes para el periodo de desarrollo en que se encuentran las menores».

RÉGIMEN DE VISITAS

En el caso de autos concurren determinadas circunstancias especiales que desaconsejan se lleve a la práctica la comunicación entre abuela-nieto dado el especial clima de conflictividad entre la abuela demandante y los padres naturales del menor (el propio hijo de la actora), que pone en serio riesgo la virtud de la comunicación pretendida.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Antonio San Millán Martín**

La pretensión encuentra su total y frontal oposición por los propios padres del menor, de muy corta edad, que no demanda aún comunicación alguna con sus abuelos, por más que, en efecto una buena relación con los mismos siempre pueda aportar algún beneficio de carácter afectivo (fundamentalmente) en su desarrollo. Pero en el caso de autos, existe un clima excesivamente tenso y conflictivo, especialmente entre la abuela y la madre, por cualesquiera razones derivadas de su difícil aceptación como esposa de su hijo, que no vienen al caso, que pueden trascender o proyectarse sobre la bondad de la comunicación pretendida, provocando más perjuicio, tensión o conflicto que ensombrecería la referida comunicación. Sobran detalles y aspectos circunstanciales, narrados en la propia Sentencia impugnada sobre los que huelga toda

insistencia y si bien es cierto que el propio informe del Equipo Psicosocial de fecha de 28-7-11 (folios 138 y ss.) se reconoce (más en abstracto que en el caso especial que nos ocupa) que la comunicación, régimen de visitas de la abuela con su nieto, sería beneficioso para el desarrollo emocional del menor, aun cuando sea a través de Aprome, también es cierto que en el propio informe se advierte, a través de la detectación de la, en efecto, muy conflictiva situación familiar, sobre los fundados y concretos riesgos de que su actual imposición puede provocar como instrumentalización, proyección o afectación (siquiera incluso involuntariamente) sobre el propio menor del latente conflicto, lo que en nada beneficiaria al mismo. Ya se aprecia incluso en las presentes actuaciones en la propia parte apelante (en sus argumentaciones) una mayor preocupación e interés en hacer valer su derecho, a obtener una comunicación con su nieto, frente a toda oposición, en un contexto de permanente conflictividad sobre el que nada se propone para su mitigación, a través de un incipiente régimen de visitas a través de Aprome (muy elemental), dejando en un plano secundario la búsqueda del mejor y superior interés para el propio menor.

Como ya se apreciara en muy similar supuesto por esta propia Audiencia Provincial, Sentencia de fecha de 11-6-10 (Recurso de Apelación N.º 151/2010), «… Ciertamente, debe partirse del incuestionable derecho establecido en el artículo 160 del Código Civil a que no se impidan sin justa causa las relaciones personales de los hijos con los abuelos, otros parientes y allegados, así como del convencimiento de que, con carácter general, dichas relaciones resultan positivas en cuanto insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar extenso, máxime cuando de las relaciones con los abuelos se trata, pues no en vano el grado de parentesco con estos es privilegiado. En consecuencia, no se trata en un supuesto como el que nos ocupa de discutir una cuestión jurídica, sino de una mera valoración de hechos y circunstancias fácticas concurrentes al objeto de determinar cuáles son las más favorables para los menores, pues no debe olvidarse, de un lado, que este derecho de relación de los menores con parientes y allegados no es un derecho absoluto, omnímodo, ni de inexcusable ejercicio, y de otro, que el ejercicio del mismo, como acontece con todos los relativos al ámbito de los menores, debe ser cumplido y puesto en práctica atendiendo siempre al superior interés de los menores, el cual informa la actuación de los Poderes Públicos, a tenor de lo establecido en el artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificado por España en fecha 30 de noviembre de 1990, y artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1.996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y concordantes, así como de los preceptos que han desarrollado estas líneas maestras de actuación y la doctrina jurisprudencial dictada al efecto desde entonces…».

Pretende el padre que se acuerde por la Sala un régimen de seguimiento por entidades públicas del estado de la vivienda que ocupa la madre, para garantizar que las visitas de la hija no le supongan ningún peligro para su delicado estado de salud, pero no existe una prueba definitiva de que la madre padezca un Síndrome de Acumulación Compulsiva, por lo que no se considera precisa la medida que se interesa, sin perjuicio de que, si se detecta una situación potencialmente perjudicial para la hija discapacitada, pueda acudir el padre o cualquier otra persona a los Servicios Sociales con la finalidad de evitarla.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Carrillo Vinader**

Pretende el apelante que se acuerde por la Sala un régimen de seguimiento por entidades públicas del estado de la vivienda que ocupa la madre, para garantizar que las visitas de la hija no le supongan ningún peligro para su delicado estado de salud.

Se opone la ahora apelada poniendo de relieve que no existe ningún dictamen pericial que declare que padece trastorno psíquico y que la medida pretendida carece de sentido.

Es cierto que el tema de la falta de orden en las viviendas que habita la Sra. María Cristina ha sido objeto de numerosos escritos, pruebas y argumentos en este procedimiento, pero ello no ha sido el único dato para la resolución del mismo, que se ha basado en otros criterios más acreditados.

No cabe duda de que no existe una prueba definitiva de que la madre padezca un Síndrome de Acumulación Compulsiva, tratándose de una calificación que el actor hace en su demanda, aunque ha quedado suficientemente acreditado que la casa presentaba un considerable desorden, aunque, como se viene diciendo, ese no ha sido el dato más relevante que se ha tenido en cuenta para atribuir la custodia de los hijos al padre, sino la aptitud de éste para enfrentar las consecuencias de la ruptura matrimonial y atender correctamente a sus hijos en todos los ámbitos de sus necesidades, físicas, afectivas y formativas.

Por otro lado, la vigilancia inicialmente acordada en las medidas provisionales no llegó a poder llevarse a cabo, al no residir la madre en la casa de Ricote, y a lo largo del procedimiento se han invocado distintas residencias de la misma (Archena, Cieza), e incluso en la vivienda de un tercero, con lo que no es posible adoptar una medida que afecte al domicilio de un tercero que no es parte en la causa o cuya efectividad es dudosa, ante la falta de concreción.

Por lo tanto, no se considera precisa la medida que se interesa, sin perjuicio de que, si se detecta una situación potencialmente perjudicial para la hija discapacitada, pueda acudir el padre o cualquier otra persona a los Servicios Sociales con la finalidad de evitarla.

No puede obviarse que es la madre la que ha cambiado de lugar de residencia, de ahí que se estime procedente acordar que, en lo sucesivo, el punto de recogida y entrega de la menor no será el domicilio materno, sino una localidad intermedia entre el domicilio de la madre y del padre.

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María del Pilar Robles García**

En cuanto a los viajes y la carga que conllevan los mismos, tanto económica como física, no puede obviarse que es la madre la que ha cambiado de lugar de residencia, pues durante la vigencia del matrimonio el domicilio familiar estaba situado en la ciudad de Ponferrada, así como que al apelante, el poder relacionarse con su hija, le supone cada fin de semana que le toca pasar con ella, hacer dos viajes de unas seis horas, uno para ir a recogerla y otro para reintegrarla al domicilio de la madre, con los gastos que conlleva aparejado, por ello se estima razonable repartir en cierta medida la expresada carga, de ahí que se estime procedente acordar, que en lo sucesivo, el punto de recogida y entrega de la menor no será el domicilio materno, ubicado en la ciudad de Salamanca, sino la localidad de Tordesillas (salvo que las partes de mutuo acuerdo opten por fijar la ciudad de Zamora), en un punto concreto de dicha localidad, en el que se pongan de acuerdo las partes, y que de no hacerlo se fijará por el Juzgado, lugar al que deberá ser llevada la menor por la madre, o por la persona de su confianza, en que la misma pueda delegar, a la salida del colegio los viernes, y entregada por el padre, en el horario anteriormente señalado los domingos por la tarde, así como en los periodos vacacionales.

Se ha producido una modificación desde que se firmó el convenio, como es la jornada de trabajo del padre, que antes era partida y ahora es continua, con un horario de trabajo de 8:30 a 16:30, lo que le permite disponer del tiempo necesario que requiere el cuidado del menor. Por tanto, debe ampliarse el régimen y fijar visitas intersemanales los martes y jueves desde las 17:00 hasta las 20:30 horas.

AP Soria, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Rafael María Carnicero Jiménez de Azcárate**

Tras un detenido examen de la prueba practicada, la Sala considera que se ha producido una variación sustancial de las circunstancias contempladas en el convenio regulador, toda vez que el padre ha conseguido —con la finalidad de fomentar la relación con su hijo, lo cual es valorado positivamente por este Tribunal— la variación de su jornada laboral, de forma que ello le permite estar más tiempo con el menor. Como resultó acreditado durante el juicio —véase declaración del empleador, Sr. Emilio — el Sr. Anselmo tenía con anterioridad la jornada laboral partida, y acordó con la empresa un nuevo convenio por el que se convino el cambio a jornada continua, con horario de 8:30 a 16:30. Ello aparte, el empresario Don. Emilio mostró durante el juicio una actitud favorecedora hacia don Anselmo, pues aquél apareció dispuesto a posibilitar esta jornada laboral bien mediante recuperación de horas o de cualquier otra forma.

Convenimos que ello supone una modificación sustancial de las circunstancias a la hora de establecer el régimen de visitas, pues una jornada laboral partida podría impedir que el progenitor no custodio pueda estar con su hijo por las tardes. Pero además, la Sala valora positivamente tanto la actitud manifestada por el padre durante el juicio en la implicación de la crianza y educación de su hijo; como la actitud de la madre, al reconocer que el Sr. Anselmo es un buen padre; disposición de los progenitores que redunda, sin lugar a dudas, en beneficio del menor. El régimen de visitas es un derecho que puede encuadrarse entre los de la personalidad y se fundamenta principal, aunque no exclusivamente, en una previa relación jurídico-familiar entre visitante y visitado. Se trata de un derecho claramente subordinado al interés del menor, por ser el más valioso y necesitado de protección y es concedido al margen y por encima de los motivos que dan lugar a la separación entre el menor y titular, y al margen también de los enfrentamientos entre visitador y titular de la guarda del menor. Y es que el «ius visitandi» cumple una evidente función familiar, pues quiere la Ley que, aunque la familia atraviese una crisis, se cumplan, en la medida de lo posible, los fines asignados al núcleo familiar, entre ellos el del pleno desarrollo de la personalidad de sus miembros.

Convenimos que el régimen de visitas propuesto por el padre, de fines de semana alternos desde las 17:00 horas del viernes hasta las 20:30 horas del domingo, y que los festivos y puentes escolares que coincidan con el fin de semana se disfruten con el progenitor al que correspondiese es fin de semana hasta la misma hora, es un régimen estándar y conforme a la edad del menor, próximo a cumplir los cuatro años.

También nos parecen adecuadas las visitas intersemanales los martes y jueves desde las 17:00 hasta las 20:30 horas del progenitor no custodio, para fomentar la relación paterno-filial, pues el nuevo horario laboral del padre permite esta modificación.

Con respecto a las vacaciones de navidad y semana santa, el régimen será el mismo que el acordado en el convenio, si bien consideramos oportuno puntualizar que en las de navidad, la primera mitad se entenderá desde el 22 de diciembre a la salida del colegio hasta el 30 de diciembre incluido, y desde el 31 de diciembre a las 9:00 horas, hasta el 7 de enero a las 9:00 horas. En caso de discrepancia en los años pares elegirá la madre y el padre en los impares. Apli-

cándose este régimen de forma análoga a las de Semana Santa.

Con respecto al régimen en las vacaciones de verano, serán la mitad de las vacaciones escolares de verano que se dividirán en dos periodos de igual duración a disfrutar por cada uno de los progenitores. La primera mitad se entenderá desde el último día de clase del curso escolar a las 17:00 horas hasta el día 31 de julio incluido, mientras que en la segunda mitad lo será desde el día 1 de agosto a las 9:00 horas hasta el día de inicio del nuevo curso escolar a las 9:00 horas. En caso de discrepancia, elegirá en los años pares la madre y el padre en los impares.

Consideramos oportuno que durante los periodos de vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano quede suspendido el régimen de visitas, pues sólo de esta forma los progenitores pueden planificar de forma adecuada sus viajes y así se evitan distorsiones. Sin embargo, puntualizamos que lo aquí acordado es un régimen de mínimos, pudiendo los progenitores llegar a acuerdos sobre régimen de visitas en los periodos vacacionales, si así lo tienen por conveniente.

Las entregas y recogidas del menor se verificarán en el domicilio del progenitor custodio. Nos parece adecuado que el progenitor no custodio podrá hablar telefónicamente con su hijo todas las semanas, al menos dos días, entre las 18:00 y las 20:00 horas.

También nos parece conveniente que, en la medida de lo posible, ambos progenitores procuren que el menor esté con el padre el día del padre y el del cumpleaños del padre, y que la madre esté con el menor el día de la madre y del cumpleaños de la madre, y que, en todo caso el día del cumpleaños del menor pueda estar en compañía del progenitor que no lo tenga en ese momento al menos dos horas.

No es factible la recuperación de los periodos en los que no se llevó a efecto el régimen de visitas dado que entra en colisión y obsta la continuación de la rutina y vida cotidiana a proseguir por el menor y no redunda en su beneficio, sino en un interés exclusivo del padre, en el que no se descarta una intención de revancha, por lo que no es razonable ahora privar a este niño de disfrutar de un completo periodo vacacional con su madre, ampliando de manera excesiva la estancia con el padre.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª del Rosario Hernández Hérnandez**

La representación procesal de D. Rogelio, actor en proceso de divorcio, interpone recurso de apelación frente a la sentencia recaída en la instancia a 4 de marzo de 2011, con la pretensión de que le sea atribuida la guarda y custodia del menor de edad Héctor, hijo común de los litigantes, con las consecuencias que expresa en su escrito generador del proceso, al que a estos efectos nos remitimos y damos en aras a la brevedad por reproducido, y, subsidiariamente, se amplíe el sistema de visitas paternofiliales así como se le permita recuperar el periodo en que no tuvieron lugar los contactos, compensándose en vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa, con condena a la apelante al pago de las costas de la alzada.

... En el concreto supuesto que se enjuicia se ha instaurado un sistema de comunicaciones paternofiliales lo suficientemente amplio y preciso, como es común en el foro para la generalidad de las familias, que responde a la necesidad de garantizar a Héctor la referencia de la figura del progenitor de cuya presencia se ve privado en lo cotidiano por la ruptura, en aras a la consecución de la adecuada estabilidad personal, familiar, social, escolar y en todo orden.

Sin perjuicio de situaciones excepcionales, los regímenes de visitas se fijan en el ámbito judicial siempre desde lo general, esto es, de lo adecuado a la generalidad de las familias, asegurando el mantenimiento del vinculo afectivo y apego al no custodio, siendo en todo caso de

mínimos, esto es, se regula lo mínimo indispensable al fin dicho, sin judicializar la totalidad de la problemática, ni hacerla extensiva a todos, a cada uno y a los más nimios detalles, y, por supuesto, en coyuntura de desacuerdo, sin que sea dable inflexibilidad que derive de quedarse en la literalidad de las palabras si concurrieran factores que justifiquen otros criterios de desarrollo, a los que ahora no se puede responder, pues dependerá en exclusiva de la casuística, debiendo en todo lo que no venga previsto, en lo que sea marginal o exceda de la sentencia, como días de cumpleaños de los afectados, o del padre, o de fiestas intersemanales, invitarse a los progenitores al diálogo y al consenso, como adultos que son, alcanzando extrajudicialmente cuantos pactos consideren oportunos al respecto, en interés y beneficio de Héctor, su propio hijo.

Además, para la concreción de los regímenes de visitas, se atiende siempre al superior interés de los niños, a los que se da prevalencia frente a los de sus progenitores, por más que sean legítimos, y en este caso lo pretendido por este litigante en su escrito de recurso, no se solicita en beneficio de Héctor, sino en el exclusivo propio, en aras a la satisfacción de sus intereses particulares, criterio o razón de oportunidad que, reiteramos, ha de quedar subordinado al superior beneficio del niño, para quien no vemos en perspectivas de futuro ventaja alguna que le reporte la propuesta de ampliación, por cierto, mínima, que solicita, que se revela excesiva, cuando el sistema diseñado en la instancia ya es de por si suficientemente amplio y preciso, ofreciendo las suficientes pautas de desarrollo, con previsión de visitas de fines de semana alternos, unión de puentes y festivos, día intersemanal y mitades vacacionales de Navidad y verano, así como Semanas Santas completas en años alternos, no siendo procedentes otras puntualizaciones.

Para concluir, no ha lugar a la compensación del tiempo pasado, no susceptible de recuperación, en cuanto entra en colisión y obsta la continuación de la rutina y vida cotidiana a proseguir por el menor, no redunda en beneficio del niño, sino en un interés exclusivo del padre, en el que no se descarta una intención de revancha, ni es modulado ni razonable ahora privar a este niño de disfrutar de un completo periodo vacacional con su madre, ampliando de manera excesiva la estancia con el padre.

No resulta adecuado ampliar las visitas intersemanales tal y como solicita el padre cuando consta acreditado que las cenas de los miércoles con sus hijas son un encuentro programado que en numerosas ocasiones deja sin efecto por causa de su agenda profesional o social.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 7 de junio de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Ana Delia Muñoz Jiménez**

Respecto al primer motivo del recurso, se pretende que se amplíe el régimen de visitas, aunque sin concretar pretensiones determinadas. No procede la ampliación con base en el informe del Equipo Psico-social, como señala la sentencia recurrida que siguió las recomendaciones de dicho informe, que se formularon expresamente en el sentido de mantener el régimen de visitas que estaban vigentes, bastando con remitirnos a las argumentaciones que contiene la sentencia recurrida con base precisamente en dicho informe que es claro y contundente en cuanto a la recomendación, además de que consta que las cenas de los miércoles con sus hijas es un encuentro programado que el demandante en numerosas ocasiones deja sin efecto por causa de su agenda profesional o social, por lo que no parece práctico acordar una ampliación de las visitas intersemanales, ni se concretan pretensiones determinadas por el recurrente, constando que las hijas describen una relación paterno-filial adecuada y satisfactoria, expresando sentimientos y actitudes positivas hacia la figura paterna y su entorno, manifestando que se encuentran satisfechas con el tipo y el tiempo de interacción con su padre, sin ex-

perimentar sentimientos de pérdida en cuanto a dicha relación paterno-filial, manifestando una relación diaria que facilita la interacción personal. Las circunstancias especiales que concurren respecto a la situación de las viviendas favorecen la relación diaria y cotidiana con el progenitor. Debe, por tanto, rechazarse este motivo del recurso.

VIVIENDA FAMILIAR

Siendo la finalidad tuitiva del art. 96 del CC la de proteger a la parte de la unidad familiar en crisis que se encuentre más desfavorecida, carece de justificación alguna el mantenimiento de dicha especial protección cuando el núcleo familiar a cuyo favor se hizo ese peculiar reconocimiento ha sido sustituido por un nuevo núcleo familiar más amplio en el que se integran de forma y manera continuada y estable otras personas que resultaban ajenas al anterior grupo familiar.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ramón Alonso-Mañero Pardal**

Considera la resolución recurrida que ninguna alteración de circunstancias se ha producido, y ello porque en el anterior procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo se atribuyó a los hijos y a la madre el uso y disfrute de la vivienda conyugal, y en la actualidad, D.ª Loreto continúa ostentando la guarda y custodia de los hijos que continúan residiendo en la vivienda familiar en compañía de su madre, de modo que, sobre el particular que nos ocupa, como es la atribución a los hijos y a la madre que ostenta la guarda y custodia el uso y disfrute de la vivienda que fue conyugal, no se habría producido ninguna alteración de aquellas circunstancias como para declarar extinguido el derecho al uso y disfrute de la vivienda familiar a favor de dichos hijos y de su madre, dado que los primeros son los más necesitados de protección.

Sin embargo, y sin desconocer la existencia de criterios dispares en la doctrina de las Audiencias Provinciales, tal y como resulta de la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Cáceres expresamente citada por el Juez de Instancia, no comparte esta Sala el análisis que de la cuestión objeto de controversia realiza el Juzgador en la resolución recurrida, de tal forma que muy al contrario de lo que manifiesta el Juez «a quo» en su resolución, es criterio de esta Sección Primera, expuesto ya al menos en una anterior resolución de fecha 22 de marzo de 2010, que siendo la finalidad tuitiva del artículo 96 del Código Civil en lo relativo a la atribución del derecho de uso y disfrute exclusivo de la vivienda familiar la de proteger a la parte de la unidad familiar en crisis que se encuentre más desfavorecida o necesitada de especial protección a consecuencia de la ruptura familiar, carece de justificación alguna el mantenimiento de dicha especial protección cuando el núcleo familiar a cuyo favor se hizo ese peculiar reconocimiento ha sido sustituido por un nuevo núcleo familiar más amplio en el que se integran de forma y manera continuada y estable otras personas que resultaban ajenas al anterior grupo familiar.

Es por todo lo indicado que considera esta Sala que sí concurren en el supuesto que nos ocupa las circunstancias fácticas que autorizan deba dejarse sin efecto la especial atribución del derecho de uso y disfrute exclusivo de la que fuera vivienda familiar efectuado en la sentencia de divorcio, dado que en el convenio regulador que dicha resolución aprobó tan solo se preveía, como no podía ser de otra manera pues ya resulta dispuesto por efecto del artículo 101 del Código Civil, que se extinguiría la pensión compensatoria reconocida a D.ª Loreto al convivir maritalmente con otra persona, pero no que dicha convivencia tuviera lugar, en su caso, en la que fuera vivienda familiar de los litigantes.

Atribuir el uso de la vivienda a la madre y al hijo y el garaje y el trastero al padre del menor podría suponer una fuente inagotable de conflicto entre ellos, vistas las relaciones existentes.

AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Miguelez del Río**

La misma suerte desestimatoria ha de correr el motivo relativo al uso de la plaza de garaje y del trastero de la vivienda cuyo uso se atribuyó a la esposa e hijo menor, por cuanto consta que la plaza de garaje y el trastero son anejos a la vivienda y están situados en el mismo inmueble, razón por la cual nos parece ajustado el contenido de la sentencia de primera instancia y que el uso de la vivienda conlleve también el uso de los anejos y más cuando consta que al recurrente se le ha adjudicado el uso de un chalet sito en la localidad de Grijota (Palencia) que también dispone de plaza de garaje, de trastero y de parcela. Es más, el Sr. Javier puede utilizar otras dos plazas de garaje en el lugar de trabajo donde radica el establecimiento que regenta. Por lo demás, atribuir el uso de la vivienda a la madre y al hijo y el garaje y el trastero al padre del menor, podría suponer una fuente inagotable de conflicto entre ellos vistas las relaciones existentes, situación que también debemos evitar, en la medida de lo posible.

Aunque la vivienda sea propiedad exclusiva del padre no procede limitar temporalmente el uso que se atribuyó al hijo, sin que sea de aplicación la doctrina contenida en la STS de 29 de marzo de 2011 que contempla un supuesto distinto.

AP León, Sec. 1.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Ana del Ser López**

El recurrente cita una sentencia del TS de fecha 29 de marzo de 2011 que pretende apoye su posición de solicitud del uso de la vivienda familiar que es de su propiedad y sobre la que pesa una importante carga hipotecaria que debe abonar íntegramente.

Pues bien, la posición del TS al respecto, cuando se trata de atribuir el uso del domicilio y existen hijos menores ha sido reiterada por la reciente Sentencia de fecha 26 de abril del 2012 que literalmente señala lo siguiente: «La recurrente pretende que se unifique la doctrina relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar y presenta un recurso de casación por interés casacional al existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Sin embargo, en este momento y a partir de la STS 236/2011, de 14 abril, se unificó la doctrina en el punto controvertido y esta Sala ha venido manteniendo la que se reproduce a continuación: "El art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acorda-

da entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien. [...] Esta era ya la doctrina de esta Sala en sentencias de 9 mayo 2007, 22 octubre y 3 diciembre 2008, entre otras, en las que se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios". Y se había recogido en "la sentencia de 1 de abril de 2011, que aunque referida a la atribución del uso al hijo de una pareja no casada, es plenamente aplicable a este supuesto". Aplicando esta doctrina al presente caso, debe rechazarse el recurso de casación, porque la recurrente pretende que se le adjudique el uso de la vivienda que constituye el domicilio familiar, sin tener en cuenta el principio del interés del menor, protegido en el art. 96.1 CC, que es el aplicable. Por ello, la ley atribuye el uso de la vivienda a los hijos menores y al progenitor custodio cuando no exista acuerdo entre los cónyuges, como sucede en el presente».

La Sentencia del TS citada en el escrito de recurso contempla un supuesto completamente diferente del analizado en este procedimiento pues hace referencia a la siguiente situación: «cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia».

La previsión normativa de la Ley 5/2011 es que durante la ocupación de la vivienda se incorporen al patrimonio del cónyuge adjudicatario derechos sobre una vivienda que le faculten para ocuparla como residencia familiar, pero no es el caso de autos, pues la demandada ya era titular (desde el año 1988) de las viviendas que le habían donado sus padres cuando las partes pactaron la atribución del uso de la vivienda familiar para las hijas y el cónyuge custodio.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 7 de junio de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Ana Delia Muñoz Jiménez**

Consta documentalmente acreditado que la demandada tiene arrendadas dichas viviendas, una desde hace años, la otra mediante contrato de arrendamiento de 15.11.2009, por renta de 500 € mensuales (folio 108).

El art. 6. 2 de la Ley 5/2011 que invoca el demandado dispone: «Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que el faculten para ocuparla como tal residencia familiar. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta ese momento salvo acuerdo de los progenitores y previa decisión judicial en su caso».

La previsión normativa es de que durante la ocupación de la vivienda se incorporen al patrimonio del cónyuge adjudicatario derechos sobre una vivienda que le faculten para ocuparla como residencia familiar. No es el caso de autos, pues la demandada ya era titular (desde el año 1988) de las viviendas que le habían donado sus padres cuando las partes pactaron la atribución del uso de la vivienda familiar para las hijas y el cónyuge custodio. Por tanto, la pretensión del recu-

rrente no puede prosperar sólo por la aplicación del art. 6.2 citado, dado que las partes, mediante acuerdo, establecieron el uso de la vivienda, por la demandada y las hijas y no ha habido una adquisición posterior por la demandada de derechos sobre vivienda que le permita ocuparla como residencia familiar.

Dicho lo anterior, y como señala la sentencia recurrida, no existe un hecho nuevo que suponga alternación de circunstancias y permita, en base a la nueva regulación, hacer cesar la atribución del uso de la vivienda familiar a las hijas y al cónyuge custodio. En el presente caso, los cónyuges pactaron un convenio regulador que fue aprobado por la sentencia que declaró la separación en fecha 12.3.2003 en la que se atribuyó el uso del domicilio familiar a la esposa y las hijas y lo mismo se hizo en la sentencia que declaró el divorcio en fecha 21.9.2007 que aprobó el convenio regulador en que así se establecía, disponiendo específicamente «Se atribuye el uso de la vivienda familiar... así como el uso de una de las dos plazas de garaje... a las hijas del matrimonio y a la madre, con todos sus muebles y enseres. El uso del domicilio familiar quedará extinguido cuando las hijas adquieran independencia económica, o en un momento anterior si la esposa contrae nuevo matrimonio o convive maritalmente con otra persona», pacto que no se discute se contenía también en el convenio que se aprobó por la sentencia que declaró la separación. El demandante ha instado varios procedimientos de modificación de medidas (el último finalizado mediante sentencia de esta Sección de 12.5.2011), en ninguno de los cuales cuestionó la atribución del uso del domicilio familiar a la progenitora custodia y las hijas, lo que supone aquiescencia a esta situación. Además, obran en autos fotografías de la vivienda en que residen las menores, en las que se observa que se trata de un inmueble en muy buenas condiciones, lo que contrasta con la pequeñez de las viviendas de que es titular la demandada, además de no estar disponibles.

Se deja en suspenso la tramitación del juicio verbal de precario al concurrir la excepción de litispendencia en relación con el juicio de divorcio, dado que se trata de una sociedad familiar cuyos únicos socios son la aquí demandada y su esposo, apareciendo como legal representante uno de los hijos del matrimonio.

AP Alicante, Sec. 5.ª, Auto de 13 de junio de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Visitación Pérez Serra**

El auto apelado dejó en suspenso la tramitación del juicio verbal de precario, al estimar concurrente la excepción de litispendencia.

En síntesis se argumenta que como en el juicio de divorcio se está discutiendo la atribución a uno u otro cónyuge de la vivienda objeto del procedimiento, cabe la posibilidad de que se dicten resoluciones contradictorias. En contra de ese criterio alega la mercantil actora y apelante que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las consecuencias de la atribución de la vivienda en el marco de un proceso matrimonial no pueden ser opuestas a terceros, por lo que considera que no debió acogerse dicha excepción.

Es cierto que el Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia de 18 de marzo de 2011, tiene establecido que «Para el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia». Añadiendo que «Tal y como indica la sentencia del pleno de la Sala de 18 de enero de 2010, la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges, nada tienen que ver con los terceros propietarios».

Por tanto, las argumentaciones vertidas en el recurso podrían tener favorable acogida si,

como se alega, la mercantil apelante fuera un tercero ajeno a las vicisitudes matrimoniales, pero no es esa la situación subyacente, ya que, como pone de manifiesto la apelada, se trata de una sociedad familiar cuyos únicos socios son la aquí demandada y su esposo, apareciendo como legal representante uno de los hijos del matrimonio, y en consecuencia, ha de mantenerse el criterio de la resolución apelada, imponiendo a la parte apelante las costas del recurso, de conformidad con lo establecido en el art. 398 de la LEC.

PENSIÓN ALIMENTICIA

El despido no es causa bastante para disminuir la pensión alimenticia habida cuenta que, además de la percepción de la pertinente indemnización, tendrá el correspondiente subsidio de desempleo, lo que, unido a su cualificación, hará que ello sea meramente coyuntural.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 23 de abril de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España**

En cuanto a la pensión alimenticia que recurre el actor debe recordarse que el único motivo de discrepancia lo es por la suma señalada a cada uno de los progenitores, alegando en su recurso el padre que en la actualidad ha sido despedido, y acerca de ello debe decirse que cuando menos causa sorpresa que la misma empresa de la que el actor aportó, como prueba de su disponibilidad para poder hacerse cargo del menor, un certificado donde así se recogía su horario flexible así como su contrato indefinido, el 20-12-2010, folio 27 de los autos, escasos meses después, justo antes de su recurso, el 26-9-2011, aporta su despido de dicha empresa, sirviéndole como causa para su recurso. La Sala estima que, pese a dicho despido, ello no es causa bastante para disminuir la suma señalada en la instancia habida cuenta que además de la percepción de la pertinente indemnización, tendrá el correspondiente subsidio de desempleo, lo que unido a su cualificación, hará que ello sea meramente coyuntural, sin que proceda desde ya señalar suma inferior, procediendo por ello la íntegra confirmación de la resolución de instancia, sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

Quien acude reiterada y regularmente a un lugar de trabajo y atiende a la clientela del centro laboral es porque allí desempeña un puesto de trabajo y que esa actividad va acompañada de la correspondiente contraprestación en forma de salario. Del informe del detective se deduce la actividad laboral de la hija y la no formalización de un contrato se convierte en una buena razón para ocultar al padre de manera interesada aquella actividad.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 3 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Salinero Román**

Poco podemos y debemos añadir a los acertados argumentos tenidos en cuenta por la Juzgadora «a quo» para resolver como lo hace según lo alegado y probado en el proceso por lo que los hacemos nuestros en su integridad para evitar innecesarias repeticiones. La lectura del recurso pone de relieve que lo que se está atribuyendo en esencia a la Juzgadora «a quo» es una errónea valoración de la prueba partiendo de la valoración que se hace en la sentencia del seguimiento

realizado por una agencia de detectives de las actividades de la hija de la recurrente.

En materia de valoración de prueba es criterio reiterado de la Sala que solo es dable revisar o modificar la labor hermenéutica del Juzgador de la instancia cuando en su realización se ha comportado con arbitrariedad o apartado de elementales reglas de razón. No apreciamos esas condiciones negativas en la valoración de las pruebas practicadas que expone la Juzgadora en los fundamentos de derecho de la sentencia para llegar a la conclusión, por ser la más razonable, que quien acude reiterada y regularmente a un lugar de trabajo y atiende a la clientela del centro laboral es porque allí desempeña un puesto de trabajo y que esa actividad va acompañada de la correspondiente contraprestación en forma del percibo de un salario. Aunque ese centro de trabajo pertenezca a un familiar de la trabajadora. Máxime si como es el caso la no formalización de un contrato se convierte en una buena razón para ocultar al padre de manera interesada su actividad laboral, posibilidad que le dispensa a la trabajadora la relación familiar estrecha (hermano de su madre) con su empleador. Pero como bien se razona en la sentencia es la realización efectiva y material de un trabajo lo que ha de tenerse en cuenta y la lógica consecuencia de dicha actividad es la que extrae la Juzgadora de considerar que ese trabajo, como cualquier otro, tiene la contraprestación de un salario. Sobre todo si esa conducta de trabajar solapadamente en la misma empresa familiar, Autoescuela Arroyo, ya se apreció también en la conducta de la madre demandada y apelante en sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de 23 de febrero de 2010 confirmada por la de esta Sala de 26 de junio de 2009 para dar por extinguida la pensión compensatoria que en su favor se reconoció en sentencia de fecha 26 de septiembre de 2005.

Los mismos antecedentes y circunstancias que sirven para extinguir la pensión alimenticia de la hija de la demandada que ha terminado también su carrera universitaria, aunque siga complementando sus conocimientos con otros estudios, soporta la decisión de la Juzgadora de dar por extinguido el uso exclusivo a favor de madre e hija de la que fue vivienda familiar pues se han alterado notable y sensiblemente las circunstancias de su asignación en el año 2005, dado el trabajo de la madre que provocó la decisión de extinguir su pensión compensatoria y ahora el trabajo de la hija y la conclusión de sus estudios universitarios que impiden considerar que en este momento exista ningún interés especialmente necesitado de protección que sustente el mantenimiento de la situación anterior.

Los viajes que realiza el padre constituyen indicios o signos externos que vienen a reforzar su cuestionada falta de capacidad económica para asumir tan esencial obligación alimenticia.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 10 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Moreno Millán**

En este caso tales requisitos no concurren, no quedando por tanto acreditado ese cambio esencial de circunstancias determinantes del éxito de dicha pretensión modificativa. Pero es que además, ese necesario rigor probatorio que hemos citado, resultaría aún más exigente en esta «litis» teniendo en cuenta que el recurrente pretende con su demanda la suspensión provisional del pago de la correspondiente pensión alimenticia y sólo con carácter subsidiario, una rebaja en su cuantía.

El Sr. Urbano fundamenta su pretensión en la extinción, por despido, de la actividad laboral que desempeñaba en la mercantil «Efabin, S.L.». Pero como hemos señalado en precedentes resoluciones judiciales, ese hecho, por sí solo, no es determinante sin más de la modificación que pretende, máxime cuando la prueba practicada (Sentencia del Juzgado de lo Social aportada a los autos) pone de manifiesto la procedencia de su despido de la empresa y el correspondiente cese de la relación laboral por causa imputable al mismo.

No obstante y aún sin entrar a valorar las circunstancias concurrentes en el despido laboral, es también cierto que la prueba practicada en los autos, entre la que se incluiría la documental incorporada en esta apelación, es exponente de que el recurrente se encuentra integrado en el mercado laboral, concretamente en el sector de la hostelería, y que por lo tanto goza de capacidad económica bastante para asumir la citada contribución económica, valorando además que al convivir con sus padres, como así se alega en el recurso, carece de gastos de vivienda, manutención, etc., y por tanto disfrutaría de una mayor disponibilidad económica.

Finalmente otra serie de datos y hechos concurrentes, como los distintos viajes que realiza en los términos que se mencionan en la sentencia de instancia, constituyen al menos indicios o signos externos que viene a reforzar la cuestionada capacidad económica del recurrente para asumir tan esencial obligación alimenticia.

La alegada disminución del ingresos del padre que ejerce la actividad de taxista no es acreditada suficientemente, no pudiendo accederse a la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia con base exclusivamente en la crisis económica que padecemos.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

En el escrito rector del procedimiento que, por vía del presente recurso, se somete a nuestra consideración y que, conforme a lo prevenido en el artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, define de modo inalterable el ámbito del debate litigioso en el curso ulterior de las actuaciones, el Sr. Edelmiro solicita, por la vía del artículo 775 LEC, la modificación de las medidas complementarias que, relativas a los alimentos y domicilio familiar, fueron sancionadas en el antecedente procedimiento de divorcio, interesando que su aportación económica en pro de los hijos comunes se reduzca a 100 euros al mes por cada uno de ellos, y que quede extinguido el derecho de uso sobre dicho inmueble en favor de la Sra. Felicísima.

En apoyo de la primera de dichas pretensiones, la dirección Letrada del actor expone que la actual crisis económica ha sumido al mismo en una situación de práctica ruina, hasta el punto de que la actividad laboral que desarrolla (explotación de un taxi) ofrece ya pérdidas en el primer trimestre del año 2010, lo que le ha obligado a cambiar de residencia a una vivienda peor, no pudiendo hacer frente a la pensión de alimentos en los términos cuantitativos recogidos en la Sentencia que puso fin al procedimiento de divorcio. Y se añade que se ha producido un cambio sustancial en los gastos escolares de ambos hijos, en tal modo que los de Raquel, incluidos ruta y comedor, ascienden a 121 euros al mes, y los de Pablo a 49,5 euros.

En lo que concierne a la segunda de las referidas pretensiones, se expone que doña Felicísima disfrutaba de un elevado nivel de vida, y ocultó, durante la tramitación del procedimiento de divorcio, que es propietaria de un chalé de 400 metros cuadrados en el término municipal de Soto del Real, incumpliendo por ello la obligación, pactada en el convenio regulador de separación matrimonial, de vender el inmueble sede de la vida familiar, cuyo uso tenía un carácter temporal.

Planteamiento que, tras su rechazo de la instancia que, reproduce el actor ante la Sala, frente a la postura de la contraparte y del Ministerio Fiscal que suplican la íntegra confirmación de la resolución impugnada.

... En el caso que nos ocupa, la invocada situación de crisis económica generalizada, en cuanto afectante a casi todos los sectores de la producción, se revela, por sí sola, insuficiente para acreditar el esgrimido empeoramiento, hasta llegar a una situación de práctica ruina, del status pecuniario de don Edelmiro, en cuanto,

a los efectos postulados, resulta imprescindible una cumplida demostración de la concreta incidencia que aquélla haya podido tener en la economía de dicho litigante.

A tal fin, el mismo se limita a aportar a las actuaciones sus declaraciones tributarias que, como ya se expuso por esta misma Sala al conocer del anterior procedimiento de divorcio, no arrojan luz definitiva sobre las reales disponibilidades de aquél, al tratarse de manifestaciones unilaterales, esto es sin contraste objetivo alguno, de dicho contribuyente acerca de los ingresos que dice obtener por el ejercicio de su industria, máxime cuando tampoco se ofrece explicación, y apenas justificación documental, de las diversas partidas que se integran en los gastos fiscalmente deducibles. Ello tampoco queda aclarado mediante los apuntes contables sobre ingresos y gastos aportados por el citado litigante, e incorporados a los folios 192 y siguientes de las actuaciones, pues sobre aparecer en blanco, esto es sin anotación alguna, amplios periodos relativos a la actividad desarrollada, tampoco aporta la justificación documental de los gastos que dice efectuados, resultando absolutamente insuficientes, a tal fin, los documentos unidos a los folios 267 y siguientes.

Tampoco se nos dice en la presente litis, al contrario que en el anterior procedimiento de divorcio, los kilómetros que, en la actualidad, se recorren con el vehículo taxi, en orden a poder calcular, a tenor de la normativa sobre tarifas de dicha actividad establecidas por la Comunidad de Madrid, los ingresos brutos del hoy recurrente.

Se alega que su situación pecuniaria le ha obligado a trasladarse de vivienda, abonando ahora un canon arrendaticio de 600 euros, pero sin exponer a la consideración judicial, y mucho menos acreditar, el desembolso anteriormente realizado por tal concepto. Al efecto, tan sólo contamos con el dato al efecto reflejado en la Sentencia recaída en la instancia en el procedimiento de divorcio, cifrando el coste del alquiler en 550 euros al mes, cifra esta inferior a la que ahora se expone a la consideración judicial. En la citada resolución se hacía referencia igualmente a la amortización del préstamo concertado para la compra de un vehículo, destinado a la referida actividad, por importe de 600/700 euros al mes, respecto del que nada se alega sobre su subsistencia al tiempo de sustanciarse la presente contienda.

En definitiva, son excesivas las dudas que suscita el planteamiento efectuado por el hoy recurrente y que al mismo, por imperativo del artículo 217-1 LEC, incumbía despejar, por lo que las consecuencias del incumplimiento de tal carga procesal, en tal aspecto de la estrategia diseñada, han de recaer necesariamente sobre el mismo.

Es cierto que, con carácter general, debemos admitir la situación de crisis en todos los sectores de la producción, pero ello por sí solo no constituye prueba alguna de la alteración sustancial de circunstancias, y corresponde al padre probar suficientemente esa minoración en los ingresos.

AP Salamanca, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ramón González Clavijo**

No se aprecia error alguno en la valoración de la prueba habiendo procedido la Juez de Instancia a interpretar correctamente toda la prueba practicada, especialmente si tenemos en cuenta que corresponde la prueba de la modificación sustancial de las condiciones que se tuvieron en cuenta para el establecimiento de la pensión de alimentos en favor del hijo a la parte que las invoca, resultando que, por una parte, el actor, y padre obligado al pago de la pensión en favor de su hijo, se da de baja en el régimen especial de trabajadores autónomos de la seguridad social, y si bien esa baja es absolutamente legítima, en modo alguno ha procedido a justificar suficientemente las razones de dicha baja, acreditando las eventuales pérdidas que podía tener en su condición de trabajador autónomo de jardinería, mediante la aportación de documentos, o incluso una mínima prueba

pericial contable que pudiese al tribunal hacerse una idea razonable de cuáles serán los ingresos previos y los ingresos posteriores y las ventajas, que en definitiva, podía reportar, en su caso, dejar de efectuar la correspondiente cotización y, en definitiva, buscarse trabajos eventuales, en el mismo ramo o sector de la jardinería, mediante el ofrecimiento a través del sistema de buzoneo de servicios en chalets y urbanizaciones, puesto que si algo ha quedado claro, es que efectivamente este ofrecimiento se llevaba a cabo por el sistema anteriormente descrito y, continúa en poder de la furgoneta, habiendo sido visto en ella con ropa de trabajo. A este respecto hay que tener en cuenta que en el propio recurso de apelación tan sólo se indica que el actor no se encontraba en situación de desempleo de forma voluntaria, siendo su deseo encontrar un trabajo que le permitiese no sólo poder vivir sin esas preocupaciones, sino hacerse cargo de sus obligaciones respecto del hijo, pero en ningún momento se alude en el propio recurso a que prueba debe tener en cuenta este tribunal, para llegar al convencimiento de que esto era así.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la Juez de Instancia ha valorado también correctamente la relación laboral como camarero en la localidad de Guijuelo, resultando, cuanto menos sospechoso, y a falta de una prueba, que sólo al actor incumbe, el que se ofrezca a prestar trabajo en una localidad distante 50 Km. de Salamanca, a media jornada, y tan sólo algunos días, habiendo puesto de relieve el letrado de la demandada, correctamente, que en definitiva, los gastos por desplazamiento se aproximaban a los ingresos supuestamente obtenidos.

Es cierto que, con carácter general, debemos admitir la situación de crisis en todos los sectores de la producción, pero ello por sí solo, no constituye prueba alguna de la alteración sustancial de circunstancias, y, si bien es cierto que, pueden existir indicios de las dificultades económicas por las que puede atravesar el actor, derivadas del hecho de que su padre le haya donado 60.000 euros, y que con ellos ha hecho frente a la amortización del préstamo que gravaba el local comercial y la cancelación del arrendamiento financiero que pesaba sobre la furgoneta, por otra parte, evidentemente ello ha contribuido a permitirle una situación económicamente más holgada, y si la donación es remuneratoria, desde el momento en que Ceferino se compromete a donar a su hijo el local, sin perjuicio del derecho del primero a su uso durante el periodo de 18 meses, momento a partir del cual se procederá a negociar la forma de proceder, lo cierto es que ninguna prueba se ha hecho respecto de la supuesta revocación de tal donación, debiendo tener en cuenta que en el documento obrante al folio 79 de las actuaciones no consta plazo alguno para que Ceferino done a su hijo el local, o, que interpretando que el plazo es el de los 18 meses previstos para el uso y disfrute por el donante, el padre, haya procedido a efectuar tal revocación y las consecuencias de la misma.

Es decir, existe una evidente insuficiencia probatoria, y si bien es cierto que, como advierte el Ministerio Fiscal, debe presumirse la buena fe, siendo la mala fe la que debe probarse, en el presente caso, es evidente que corresponde al padre probar suficientemente la alteración de circunstancias, alteración de circunstancias, que conforme a la doctrina anteriormente expuesta, debe probarse suficientemente, y en concreto, que no sea debido a una voluntaria actuación del obligado al pago de la pensión de alimentos.

No se ha infringido la doctrina de los actos propios por el hecho de que la madre haya podido admitir transitoriamente el pago de tan sólo 250 euros mensuales como pensión en favor del hijo, sin volver a requerir al actor para el pago de la pensión alimenticia establecida.

AP Salamanca, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ramón González Clavijo**

Respecto de la supuesta infracción a la tutela de los actos propios el Tribunal Supremo en sentencias de 28 de enero y 9 de mayo de 2000, y 21 de mayo de 2001, entre otras muchas, afirma para

la aplicación de la doctrina de los actos propios es preciso que los hechos tengan una significación y eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada (SSTS de 6 de abril y 4 de julio de 1962); y como ha señalado la STS de 28 de enero de 2000, el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos (*nemo potest contra proprium actum venire*), como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 7.1 del Código Civil que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior, y esta doctrina (recogida en numerosas SSTS, como las de 27 de enero y 24 de junio 1996, 19 de mayo y 23 julio de 1998, 30 de enero, 3 de febrero, 30 de marzo y 9 de julio de 1999) no es de aplicación cuando la significación de los precedentes fácticos que se invocan tienen carácter ambiguo e inconcreto (SSTS de 23 de julio de 1997 (\5808) y 9 de julio de 1999), o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico.

Por demás, la construcción jurisprudencial respecto a los requisitos para que los actos propios vengan a ser vinculantes exige que los mismos como expresión del consentimiento han de realizarse con el fin de crear, modificar, obrar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del mismo y para que tengan naturaleza de sujeción han de ser concluyentes y definitivos (SSTS 16 de febrero de 1988, 25 de enero de 1989, 6 de noviembre de 1990, 14 de mayo de 1991) y 27 de junio de 1991, con lo que viene a ser del todo necesario que el acto se presente como solemne, preciso, claro, determinante y perfectamente delimitado, no ambiguo ni inconcreto (SSTS de 22 de septiembre y 10 de octubre de 1988 y 4 de junio de 1992).

También ha dicho la doctrina jurisprudencial que la doctrina de los actos propios significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad, generalmente de carácter tácito, al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio (STS de 7 de febrero de 1995); la fuerza vinculante del acto propio «nemine licet adversus sua facta venire» estriba en ser ésta expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar o extinguir algún derecho, generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto (STS de 30 de mayo de 1995; y el principio general de derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurran los requisitos o presupuestos que la doctrina exige para su aplicación, cuales son que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior (STS de 30 de octubre de 1995).

En consideración a lo anteriormente expuesto, no se ha infringido la doctrina de los actos propios, por el hipotético supuesto de que de forma tácita la demandada haya podido admitir transitoriamente el pago de tan sólo 250 euros mensuales como pensión en favor del hijo, sin volver a requerir al actor para el pago de la pensión alimenticia establecida, dando por buena y válida la cantidad que recibía, debiendo además tener en cuenta que en el recurso de apelación, en ningún momento, se indica expresamente que pruebas ha practicado al respecto, y a la que pueda acudir éste tribunal de apelación, para comprobar si efectivamente ese hecho alegado se corresponde con la realidad, y lo que más importante, realmente puede entenderse como

un acto propio vinculante, expresión de una firme voluntad dirigida a modificar o extinguir el derecho creado, consistente en este caso, en la pensión de alimentos reconocida en favor del hijo en su día, procediendo a esclarecer fijar una nueva situación jurídica.

Es un hecho evidente que el hijo mayor de edad de los litigantes, que en la actualidad cuenta con 20 años, y se encuentra matriculado en 4.º de la ESO, no destaca hasta el momento por ser un buen estudiante, pero precisamente por la edad que tiene y por la circunstancia de que únicamente ha trabajado durante un periodo de 13 días, no puede condicionarse sin más la perdida de la pensión a los resultados académicos del curso escolar.

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de mayo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María del Pilar Robles García**

Se cuestiona a su vez en el recurso, el pronunciamiento segundo del fallo de la sentencia, en el que si bien no se limita temporalmente la pensión alimenticia a favor del hijo mayor de edad, sin embargo se señala que se entenderá extinguida de no acreditar el referido hijo la superación del curso en el que se ha matriculado este año, 4.º de la ESO, o en su caso acredite haber realizado y superado otra formación distinta, y ello en el mes de junio de 2012, con efectos del mes de julio.

Es un hecho evidente que el hijo mayor de edad de los litigantes, que en la actualidad cuenta con 20 años, y se encuentra matriculado en 4.º de la ESO, no destaca hasta el momento, por ser un buen estudiante, pero precisamente por la edad con la que cuenta, y por la circunstancia de que únicamente ha trabajado durante un periodo de 13 días, condicionar sin más la perdida de la pensión a los resultados académicos del curso 2011-2012, teniendo en cuenta las múltiples eventualidades que pueden surgir a lo largo de un curso académico, y cargar a la madre, de no adecuarse los mismos a los condicionamientos que se expresan en la sentencia apelada, a partir del mes de julio de 2012, al no contar con ninguna fuente de ingresos que le permita mantenerse por sí mismo, con la exclusiva responsabilidad de hacer frente al sustento del referido hijo, entiende este Tribunal que no resulta, justo ni equitativo en cuanto que la obligación de prestar alimentos corresponde a ambos progenitores, por lo que no se estima adecuado condicionar como se hace en la resolución apelada, la continuación de la obligación de pagar la pensión de alimentos a favor del referido hijo en función de los resultados académicos obtenidos por el mismo en el actual curso, sin perjuicio de que si no estudia, tendrá que tratar de acceder al mercado laboral, en un tiempo razonable, y que de no hacerlo a la luz de las nuevas circunstancias se pueda volver a contemplar la posibilidad de dejar, sin efecto la pensión ahora cuestionada.

En consecuencia con lo anteriormente señalado, se acuerda mantener la obligatoriedad del padre de seguir abonando la pensión de alimentos a favor del hijo mayor de edad en la cuantía establecida en la resolución de instancia, estimando por ello, el recurso de apelación parcialmente, dejando sin efecto lo acordado en el pronunciamiento segundo del Fallo de la sentencia de instancia.

Aunque el hijo solo cuenta con veinte años de edad no se fija pensión alimenticia a su favor al constar que en los últimos años ha venido desempeñando diversos trabajos remunerados y no se encuentra estudiando, siendo indiferente que haya aportado una hoja de preinscripción en un centro de educación de personas adultas, pues puede compatibilizar su actividad laboral con su voluntad de conseguir una preparación académica.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, y con revocación de la misma, solicita que se declare no haber lugar a la pensión de alimentos en favor del hijo, Samuel, o subsidiariamente, se establezca dicha pensión en la cuantía de 100 euros mensuales durante un año.

Se hizo referencia a la mayoría de edad de dicho hijo, afirmándose que es demandante de empleo, y tiene ya preparación profesional para realizar un trabajo, refiriéndose también a la situación económica del demandado, quien percibe prestación por desempleo.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, ha solicitado la confirmación de la sentencia.

En el proceso matrimonial sabido es que es posible reconocer la pensión de alimentos en favor de hijos mayores, en la medida que se cumpla con el doble presupuesto definido en el artículo 93 del Código Civil, a saber, la convivencia con el progenitor que reclama dichos alimentos y el periodo vigente de estudios o formación académica o profesional de dichos hijos, de manera que acreditadas tales condiciones, valorada la edad de dichos hijos, así como la aplicación y entrega de los mismos a la preparación académica o escolar, en estos casos, y en la litis matrimonial, es posible reconocer a los mismos el derecho a la pensión de alimentos.

A sensu contrario, aun concurriendo el requisito de la convivencia, si no se acredita que dicho hijo se encuentra en periodo escolar o de estudios, de una manera real y efectiva, estudios acordes a la edad del mismo, en estos supuestos no es posible reconocer tal derecho en estos procedimientos matrimoniales, sin perjuicio de reconocer a dicho hijo la posibilidad de plantear la reclamación alimenticia en el procedimiento declarativo que corresponda frente a sus progenitores.

Así las cosas, del informe de vida laboral del hijo Samuel, de veinte años de edad, se puede deducir que dicho hijo ya ha estado incorporado al mercado de trabajo en diversos periodos de los años 2008 a 2011, siendo así que no acredita debidamente que actualmente se encuentra estudiando, pues no es prueba suficiente para ello aportar un documento relativo al curso 2011/2012, posterior a la fecha de la sentencia, referido a la hoja de preinscripción en un centro de educación de personas adultas, siendo así que se ha limitado a afirmar dicho hijo, mediante el testimonio prestado en el acto de la vista, que actualmente cursa el graduado escolar, lo que no es acorde a su edad, y, en cualquier caso, ya ha demostrado que puede compatibilizar su actividad laboral con su voluntad de conseguir preparación académica.

En estas circunstancias, y visto lo que se ha indicado anteriormente, es lo procedente declarar no haber lugar a reconocer a dicho hijo Samuel la pensión de alimentos en este procedimiento matrimonial, y ello con efectos desde la sentencia de instancia, sin perjuicio de entender consumidos todos los satisfechos hasta este momento, sin posibilidad de reclamación ni devolución, estimándose, por tanto, el recurso interpuesto.

Se suspende la obligación del pago de la pensión alimenticia, dado que el padre carece de ingresos y no figura como beneficiario de prestación o subsidio alguno.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, y con revocación de la misma, ha solicitado la suspensión de la obligación de abonar la pensión de alimentos, hasta tanto mejore su fortuna y consiga encontrar trabajo y obtener ingresos por ello.

La parte apelada, así como el Ministerio Fiscal, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, han solicitado la confirmación de la sentencia.

La problemática suscitada debe resolverse conforme a la correcta interpretación de lo dispuesto en los artículos 145 y 146 del Código Civil, preceptos estos que están pensados sólo para aquellos supuestos en los que el progenitor no custodio cuente con medios económicos, o con fortuna, o con ingresos derivados de su trabajo, o con patrimonio del que obtengan rendimientos o beneficios, por cualquier razón, debiéndose establecer el importe a cargo del progenitor no custodio con criterios de proporcionalidad entre los medios con los que cuenta este último y las necesidades de los alimentistas.

En este sentido, y en otras circunstancias, como es el caso, se hace preciso valorar la auténtica situación económica y patrimonial del progenitor no custodio, obligado a la prestación, en orden a no imponer obligaciones de imposible cumplimiento, con lo que ello conlleva desde el punto de vista de la responsabilidad civil y penal.

Consta acreditado que el recurrente se encuentra en desempleo, hace ya tiempo, convive con su madre, quien le mantiene, no percibe prestación ni subsidio por desempleo, ni tampoco cuenta con otros medios de vida, ni fortuna ni patrimonio, de modo que se beneficia de la pensión no contributiva de su madre para su propia subsistencia.

En este sentido, y como quiera que la sentencia apelada establece la cuantía de los alimentos en razón del derecho a la prestación por parte del recurrente, teniendo en consideración que, y así se deduce de la documental aportada junto con el escrito de interposición del recurso, el recurrente no figura como beneficiario de prestaciones ni de subsidio, es lo procedente, con estimación del recurso, suspender la obligación de pago de la pensión de alimentos, con efectos desde la sentencia de instancia, sin devolución ni reclamación de lo ya abonado, hasta tanto el recurrente encuentre trabajo, tenga ingresos, o cuente con medios de fortuna o patrimonio por cualquier razón.

Aun cuando es cierto que el demandado ha sufrido en su condición de funcionario público las correspondientes reducciones salariales, ni el alcance de esas reducciones, ni su cuantía, impiden que cumpla el deber esencial de prestar alimentos a su hijo que le impone el artículo 143 del CC.

AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Carreras Maraña**

Sostiene el padre-apelante en el último de los motivos de impugnación que han variado las circunstancias en orden a estar obligado a una prestación alimenticia. A fin de desestimar este

motivo de impugnación, procede realizar las siguientes consideraciones:

1.ª Aun cuando es cierto que el demandado-apelante ha sufrido en su condición de funcionario público las correspondientes reducciones salariales, ni el alcance de esas reducciones, ni su cuantía, impiden que cumpla el deber esencial de prestar alimentos a su hijo que le impone el art. 143 CCV. Así, el demandado en su condición de funcionario público (Guardia Civil) mantiene un trabajo estable y con una remuneración en torno a 2.000 euros brutos y en torno a 1.500/1.600 euros netos; y ello bien entendido que con un salario semejante ha podido venir atendiendo las obligaciones alimenticias derivadas del convenio de separación del año 1998 hasta la mayoría de edad del hijo y no se aprecia motivo bastante para que no abone alimentos a su hijo derivados de la filiación y de las necesidades del hijo de 19 años que no consta ejerza profesión u oficio mínimamente estable.

2.ª El hecho de que el demandado haya contraído nuevo matrimonio no supone que concurra causa para la extinción de la pensión alimenticia debida a su hijo y sin que el hecho de haber terminado unos estudios en formación profesional de grado medio impida que con 19 años no se puedan continuar los estudios en un grado mas avanzado en el que está matriculado su hijo y cuya duración inicial se prevé en dos años o cursos.

3.ª Solicita la parte apelante, de forma subsidiaria, una reducción en la cuantía de la prestación económica y que se cifra en 122,50 euros o lo que es lo mismo el 50% de la cantidad fijada.

Debe ser desestimada su pretensión de que se extinga la pensión cuando la hija cuente con 27 años de edad. No está prevista como causa de extinción de la pensión alimenticia en el artículo 152 del Código Civil que el alimentista llegue a una determinada a edad.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Salinero Román**

También desde ser desestimada su pretensión de que se extinga cuando la hija cuente con 27 años de edad. No está prevista como causa de extinción de la pensión alimenticia en el art. 152 del Código Civil que el alimentista llegue a una determinada edad pues los criterios para que surja el derecho de alimentos son que los necesite el alimentista y que el obligado a proporcionarlos cuente con recursos suficientes. En consecuencia no existiendo ningún dato en las actuaciones que permita deducir que cuando la hija llegue a los 27 años no tenga la necesidad que ahora ha quedado acreditada no existe ninguna razón para estimar su pretensión sin perjuicio de que cuando llegue ese momento, o antes si se acredita que la hija no precisa ya de la ayuda paterna para su subsistencia por ejercer o poder hacerlo un trabajo, oficio o industria, pueda obtener el recurrente la extinción de su obligación por haber cambiado las circunstancias ahora existentes.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La limitación temporal de la pensión compensatoria debe vincularse a factores tales como los relativos a una corta duración de la convivencia matrimonial, ausencia de hijos, juventud del beneficiario o expectativas ciertas de incorporarse, a corto o medio plazo, al mercado de trabajo, en condiciones remunerativas y de estabilidad que, al menos, aproximen su status al disfrutado por el otro consorte.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 8 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

La posible limitación temporal apriorística del derecho debatido, admitida desde hace años por la mayor parte de las Audiencias Provinciales y posteriormente por el Tribunal Supremo, aparece definitivamente recogida en el artículo 97 del Código Civil a partir de su reforma por la Ley de 8 de julio de 2005.

Sin embargo, dicha modificación normativa no establece los criterios que, al respecto, han de inspirar la resolución judicial sobre la contienda que pudiera suscitarse a tal fin, lo que obliga a tomar en consideración la doctrina anteriormente consagrada por los antedichos tribunales.

Así, el Tribunal Supremo, en Sentencias de 10 de febrero y 28 de abril de 2005, y 9 de octubre de 2008, declara que «para que pueda ser admitida la pensión temporal es preciso que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad —«ratio»— de la norma, pues no cabe desconocer que en numerosos supuestos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia.

De lo dicho se deduce que la ley —que de ningún modo cabe tergiversar— no prohíbe la temporalización, se adecua a la realidad social y puede cumplir la función reequilibradora, siempre que se den determinadas circunstancias. Ergo, debe admitirse su posibilidad, aunque es preciso hacer referencia a las pautas generales que permiten su aplicación.

Los factores a tomar en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria son numerosos, y de imposible enumeración. Entre los más destacados, y, sin ánimo exhaustivo, cabe citar: la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos; cuantos de estos precisan atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del perceptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado —perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral—; posibilidades de reciclaje o volver —reinserción— al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc. Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente. Y se requiere que sea posible la previsión «ex ante» de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado «futurismo o adivinación». El plazo estará en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación —como en realidad en todas las apreciaciones a realizar—, sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno por las circunstancias concurrentes, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección».

Esta Sala viene manteniendo que dicha limitación debe vincularse a factores tales como los relativos a una corta duración de la convivencia matrimonial, ausencia de hijos, juventud del beneficiario o expectativas ciertas del mismo de incorporarse, a corto o medio plazo, al mercado de trabajo, en condiciones remunerativas y de estabilidad que, al menos, aproximen su status al disfrutado el otro consorte.

Pero, según se ha expuesto, no son éstas, ni otras de entidad similar, las circunstancias que en el caso concurren, por lo que el derecho objeto de debate ha de ser sancionado sin un específico límite temporal en su vigencia, habida cuenta además, al hilo de los alegatos del recurrente, que no puede, en el presente momento procesal, determinarse la posición económica en la que, tras la liquidación del patrimonio común, haya de quedar cada uno de los esposos, por lo que la posible modificación que, por tal evento, pueda producirse debe remitirse, en su tratamiento procesal, a la vía procesal al efecto habilitada por el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su conexión con los artículos 100 y 101 del Código Civil.

Es cierto que la esposa desde finales de 2010 se incorporó al mercado laboral, conforme acredita su hoja de vida laboral; pero también es cierto que su trabajo es mucho más limitado en tiempo, cualificación y, especialmente, en salario que el del esposo, por lo que concurre un relevante desequilibrio que justifica la fijación de una pensión compensatoria.

AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Carreras Maraña**

Mientras el esposo por su actividad como camionero viene obteniendo ingresos estables y periódicos como acredita la prueba documental unida a la causa, tanto en primera instancia como en esta alzada; sin embargo, la esposa solo cuenta con un trabajo temporal, inestable, periódico y con una retribución inferior a la de su esposo.

Al respecto, debe de indicarse que ese desequilibrio en la capacidad económica de los esposos es manifiesto, tanto en el aspecto cuantitativo, como cualitativo. Así, la esposa cuenta con un único trabajo en el sector, como se dice, de los servicios sociales, mientras que el esposo, aún cuando es cierto que el sector del transporte por carretera no es tan rentable como hace algunos años, por la disminución de los portes y por el incremento de los gastos y en especial del combustible en el año 2011 y 2012; sin embargo, los datos fiscales obtenidos en esta Alzada del año 2010 que son los últimos disponibles, aún arrojan relevantes cifras de negocio en el esposo con ingresos en torno a los 90.000 netos y con unos gastos importantes que superan los 55.000 euros, sin contar de forma directa la amortización del vehículo lo que elevaría los gastos a una cantidad en torno a los 65.000 euros; y bien entendido que las «dietas», aun cuando pudieran tener relevancia fiscal a los efectos de formar la contabilidad por parte de la asesoría Izquierdo (f. 301), es lo cierto que, en el contexto que nos ocupa, los gastos por alimentación del esposo los hubiera tenido igual si hubiere estado en su domicilio y, además, como se dice en el informe de la asesoría, es un cálculo meramente «estimado».

Asimismo, la prueba documental pone de manifiesto que el esposo ha ido disponiendo en el tiempo de distintos camiones para su trabajo desde el año 1992 y que el último es de 2008 sin que consten especiales deudas y/o gastos del matrimonio.

En relación con las afirmaciones precedentes, y en orden a la adecuada motivación de esta resolución (art. 218 LECV), procede realizar las siguientes consideraciones:

1.ª Es cierto que la esposa desde finales de 2010 viene incorporada al mercado laboral, conforme acredita su hoja de vida laboral; pero también es cierto que su trabajo es mucho más limitado en tiempo, cualificación y, especialmente, en salario que el del demandado, lo que lleva a

comprobar que concurre un relevante desequilibrio que justifica la fijación de una pensión compensatoria, si bien ponderada en su cuantía sobre la desproporcionada cantidad solicitada y temporalizada en su duración.

2.ª En esta actividad de valorar las específicas circunstancias concurrentes en este caso concreto no puede obviarse que la vivienda familiar se atribuye a la esposa, y que los gastos de la propiedad, como basuras o IBI se determinan por mitad; por lo que la pensión compensatoria se recibe sin ir acompañada de especiales cargas o de la obligación de atender gastos periódicos de especial relevancia mas allá de gastos ordinarios tanto de la vivienda, como de la propia subsistencia de la esposa y sin que aparezca condicionada a la expresa liquidación del patrimonio ganancial. Ello supone no solo que la esposa no precisa de alquiler alguno, sino que por el contrario es el esposo el que debe de atender sus propios gastos de alquiler y de vivienda.

3.ª Se entiende que los dos años fijados en la resolución apelada son poco tiempo para superar el claro desequilibrio que deriva de la ruptura matrimonial y del empeoramiento económico que para la esposa supone el divorcio y, además, deben de considerase dos cuestiones. En primer lugar, que durante el matrimonio la única fuente de ingresos era el trabajo del esposo, lo que dio lugar a un nivel de vida acomodado sin especiales deudas, ni créditos. En segundo lugar, no debe de olvidarse que la escasa cualificación de la esposa, la temporalidad de los trabajos que ha tenido; la moderación de los salarios en su ámbito de trabajo y la precariedad en el empleo, exigen que se amplíe el tiempo de percepción de la pensión compensatoria, pues dos años con un matrimonio de 22 años y dedicación preferencial a la familia, es un tiempo muy breve para que la esposa tenga posibilidades reales de obtener una mejor cualificación y de poder obtener un trabajo más adecuado, más estable y mejor remunerado.

... Con ello, se estima de forma parcial el recurso de apelación de la esposa, pues se establece una temporalización como se pide, pero en vez de estar sujeta un término aleatorio, indefinido, inseguro e imprevisible como sería la liquidación de los gananciales, pues depende de la actuación de las partes y/o duración de trámites judiciales, se fija un término claro preciso y seguro en el que se considera tiempo adecuado para superar el desequilibrio derivado de la ruptura matrimonial en los referidos seis años.

La esposa va a cumplir 52 años de edad y exclusivamente ha estado trabajando para la casa y para los intereses de su familia durante casi 30 años, lo cual nos puede dar una idea de las serias dificultades que va a tener en el futuro para poder acceder a un puesto de trabajo digno y debidamente remunerado, y mucho más teniendo en cuenta la galopante crisis económica y social que nos invade a todos. Por ello la pensión compensatoria no ha de tener límite temporal alguno.

AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Miguelez del Río**

Es doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS 10/2/2005), que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora, respondiendo a un presupuesto básico, cual es el efectivo desequilibrio económico producido con ocasión de la separación o el divorcio, de uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Ahora bien, tampoco es función de dicha pensión equipar económicamente los patrimonios, no siendo un mecanismo igualador de economías desiguales.

El art. 97 del CC, al regular la pensión compensatoria, determina la necesidad de el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la po-

sición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia, determinándose su importe teniendo en cuenta circunstancias como: los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges, la edad y el estado de salud, la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, la dedicación pasada y futura a la familia, la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal, a pérdida eventual de un derecho de pensión, el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge y cualquier otra circunstancia relevante.

Pues bien, vistas las circunstancias antes indicadas parece evidente señalar que, después de la disolución por divorcio del matrimonio que formaban ambas partes y del cese de la convivencia conyugal, constatamos la existencia de un desequilibrio económico que afecta a la parte actora-apelante, en relación con la mejor situación económica del demandado-apelado, que por el cese de la vida en común debido al divorcio, le produce una evidente desmejora de su situación económica respecto del que tenía constante matrimonio, puesto que mientras que el Sr. Luis María, trabajador fijo por cuenta ajena, va a tener este año unos ingresos brutos de 22.369,27 euros (en cuanto al año 2011, consta en autos que en el mes de agosto recibió un salario neto mensual de 1.355,46 euros, en el mes de septiembre 1.285,33 euros y, en el mes de noviembre 1.370,97 euros, más las dos correspondientes pagas extraordinarias por 1.079,41 euros netos cada una), la Sra. Lina, de 51 años de edad, ni trabaja, ni consta que tenga preparación suficiente para acceder a un puesto de trabajo, ni que reciba ninguna prestación a o ayuda económica o ingreso patrimonial alguno. Este desequilibrio económico, evidente y palpable, es necesario paliar mediante la concesión de una pensión compensatoria en los términos que indica el art. 97 del CC.

Por lo que se refiere al importe de la pensión compensatoria y a su duración, la resolución recurrida la fija en 250 euros mensuales y con una duración de tres años, mientras que el recurrente entiende que debe ser de 600 euros al mes y sin limitación temporal. Pues bien, las situaciones económicas de ambas partes demuestran que la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia ni se ajusta ni es proporcional a las circunstancias antes indicadas, cuando establece el importe de la pensión compensatoria y, consideramos nosotros, que la cuantía de la pensión compensatoria ha de fijarse en 400 euros mensuales ya que, con dicha cantidad, la recurrente quedará compensada, económicamente en lo posible, del desequilibrio derivado de la disolución del matrimonio teniendo en cuenta, además, su edad, el tiempo que duró la convivencia conyugal y las circunstancias económicas del ahora apelado.

Dicho esto, la Sala tampoco está de acuerdo con los argumentos de la resolución recurrida en lo relativo a la duración de la pensión, establecida en tres años. En efecto, si tenemos en cuenta que la Sra. Lina va a cumplir 52 años de edad y que, exclusivamente, ha estado trabajando para la casa y para los intereses de su familia durante casi 30 años, lo cual nos puede dar una idea de las serias dificultades que va a tener en el futuro para poder acceder a un puesto de trabajo digno y debidamente remunerado, y mucho más teniendo en cuenta la galopante crisis económica y social que nos invade a todos. Por todo ello, entendemos que la referida pensión compensatoria no ha de tener límite temporal alguno, sin perjuicio, claro está, de que si las circunstancias se alteran en el futuro las partes puedan ejercitar sus correspondientes derechos al amparo del art. 100 del CC.

En virtud de la liquidación de gananciales llevaba a cabo constante el matrimonio la esposa se hizo con el control y gestión de la empresa, que fue la única fuente de ingresos con los que se sustentó la familia, no siendo por tanto procedente fijar pensión compensatoria a su favor, siendo indiferente que la empresa se califique de mero continente, carente de actividad, pues tales hechos son ajenos a la ruptura matrimonial, y se deben al desacierto en la actuación de la esposa.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª del Rosario Hernández Hernández**

El mero hecho de que el matrimonio y la convivencia hayan tenido una prolongada duración y que del mismo hubieran 4 hijos a cuyo cuidado en exclusiva se dedico la esposa, que constante el mismo no realizo actividad laboral, no determina sin más el reconocimiento de pensión compensatoria a su favor, pues, como es sabido, no es este un derecho de automática concesión a toda separación o divorcio, ilimitado, incondicional o vitalicio, ni un mecanismo igualatorio de economías dispares, como con reiteración señala la jurisprudencia.

Queda en estos autos plenamente acreditado que en virtud de escritura pública de 2 de noviembre de 1985 otorgaron los litigantes capitulaciones matrimoniales (folios 28 y siguientes del tomo II de autos), acordando regirse en lo sucesivo por el sistema económico de absoluta separación de bienes, disolviendo y liquidando la sociedad conyugal, a cuyas resultas se adjudicaron a D.ª Eugenia con carácter privativo, el inmueble y las acciones que en meritado documento se relacionan.

Refiere la recurrente en el escrito generador del proceso que la única fuente de ingresos de la familia derivaba de la actividad comercial del marido, desarrollada fundamentalmente a través de la mercantil MELU, S.A., propietaria de terrenos e inmuebles, adquirida por compra a los hermanos del marido.

En tal entidad, detenta D.ª Eugenia el 95% del accionariado, correspondiendo el restante 5% a D. Gines, quien operaba en el tráfico mercantil mediante amplio poder recíprocamente otorgado, y contando con el consentimiento de la esposa prevenido en el artículo 1.413 del Código Civil (escritura de 3 de diciembre de 1980, obrante a los folios 181 a 193 del tomo II de autos).

Dicha facultad de apoderamiento y representación fue revocada por la apelante en escritura de 19 de noviembre de 2007 (folio 533 del Tomo II de lo actuado), como así revoco el apoderamiento referido a la mercantil MELU, S.A., procediendo D. Gines a renunciar a su cargo de administrador de la sociedad COMINEX, S.L., a 26 de septiembre de 2008 (escritura obrante a los folios 618 a 620, tomo III de autos).

En consecuencia, en coincidencia con el tiempo en el que tiene lugar la crisis del matrimonio, punto cronológico en el que se ha de valorar el efectivo desequilibrio entre los consortes, el control y gestión de la actividad negocial de MELU, S.A., fuente de los ingresos con los que se sustento la familia constante la convivencia pacífica, paso a ser asumido en exclusiva por D.ª Eugenia, quedando completamente al margen D. Gines, cuyos emolumentos se contraen hoy en exclusiva a los procedentes de su pensión pública por jubilación de la Seguridad Social.

Es por tanto aquí indiferente que la empresa se califique por la parte recurrente de mero continente, o si carece de actividad, o si de la misma se obtienen o no ingresos, puesto que, en las circunstancias vistas, tales hechos son por completo ajenos al matrimonio, a la ruptura o separación, a la pasada dedicación a los hijos y a la familia, o al esposo, sino al propio desacierto de actuación, o a ignorancia y desconocimiento de D.ª Eugenia, a su falta de aptitudes o cualidades comerciales, o incluso, en su caso, a la voluntaria abstención de contar con asesores

profesionales, de modo que en este caso, no será el matrimonio en su día celebrado lo que obstaculice las posibilidades de autosustento de la esposa en perspectivas de futuro tras la separación.

Por ello en el supuesto que se enjuicia, carece de toda razón y fundamento reconocer pensión compensatoria a la esposa, pues al tiempo de la ruptura, en el que, reiteramos, se ha de valorar el efectivo desequilibrio, ninguna diferencia se advierte entre los consortes, de la que resulte la mujer desfavorecida, máxime cuando D.ª Eugenia no se encuentra en modo alguno desamparada, pues ciertamente es titular de un no despreciable patrimonio, ha venido dando cobertura con suficiencia y dignidad a su propia necesidad de vivienda en la familiar, lo que, por cierto, no es preceptivo, puesto que puede efectuarse de manera igualmente adecuada en régimen de alquiler, como es posible que ahora lo haga, a salvo que comparta aquel o disponga de tercera residencia, en cuanto ella misma arrendó repetido domicilio percibiendo renta en importe incluso superior a la pensión de jubilación de D. Gines, pues ésta en el mes de agosto de 2009 se limitaba a 1.721,16 euros (folio 56 de autos, al que nos remitimos y damos en aras a la brevedad por reproducido), ascendiendo aquella a 2.000 euros mensuales. Llegado este punto debemos precisar que si bien el contrato de arrendamiento dicho se suscribió por un periodo de tan solo 6 meses, nada impide a la esposa concertar otro nuevo transcurrido el plazo.

Al firmar el convenio el esposo conocía que su relación laboral era temporal y no segura y a pesar de ello se acordó el importe de la pensión compensatoria, por lo que la finalización del trabajo no supone una variación que no fuera considerada inicialmente.

AP León, Sec. 1.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Ana del Ser López**

Para acceder a la modificación solicitada sería necesario acreditar una muy significativa alteración en los medios de fortuna de uno u otro de los esposos y por aplicación de las normas sobre la carga de la prueba previstas en el art. 217 LEC, correspondería al solicitante acreditar los hechos constitutivos de la pretensión, que residen esencialmente en la prueba de la alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el previo proceso de separación o divorcio para fijar la pensión compensatoria a favor de la esposa.

En esta materia, además, debe considerarse la jurisprudencia existente al respecto, comenzando por recordar que la modificación de las medidas adoptadas en los procedimientos matrimoniales requiere, según dispone el artículo 91 del Código civil, la alteración sustancial de las circunstancias que motivaron su establecimiento, señalando de una forma más concreta el artículo 101 y por lo que se refiere a la pensión compensatoria, que ésta se extingue «por el cese de la causa que la motivó».

Sirva esta premisa para señalar que, inicialmente, y para que pueda proceder esa modificación (extinción, reducción o limitación) es necesario tener cabal y absoluto conocimiento de la situación que se tuvo en cuenta en el momento en que se adoptó la medida con el fin de llevar a cabo un análisis comparativo de la situación inicial y de la presente.

En el supuesto de autos se han valorado correctamente las circunstancias concurrentes en el momento de aprobar el convenio regulador y las relacionadas con el trabajo del demandante que se producen con posterioridad cuando su empleo finaliza. Al firmar el Convenio el actor conocía que su relación laboral era temporal y no segura y con fundamento en tales circunstancias se acordó el importe de la pensión compensatoria. Por ello, la finalización del trabajo no supone una variación que no fuera considerada inicialmente. Igualmente el reparto de los beneficios por la venta de la vivienda ya se encontraba previsto en el momento en que se firmó el convenio regulador. Por ello, la adquisición de vivienda

por la demandada obedece a dicho reparto de beneficios y no supone modificación alguna de circunstancias ni mucho menos su situación de convivencia con sus padres a fin de evitar gastos.

CUESTIONES PROCESALES

La aportación o constancia en autos de la legislación extranjera para determinar la ley personal aplicable al divorcio no puede ser suscitada con carácter previo, a modo de requisito de procedibilidad para poder dar curso legal a las actuaciones, ya que se trata de una cuestión que deberá abordarse en el periodo probatorio.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Auto de 17 de abril de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Antonio San Millán Martín**

Frente a referida resolución, Auto de fecha de 26-9-11, por el que se ordena el archivo de las actuaciones, consecuencia de la inatención de referido anterior requerimiento a misma parte procesal, requerimiento a esa parte demandante para que aportara a las actuaciones la legislación personal aplicable a su postulada demanda de divorcio bajo apercibimiento de procederse al archivo de las actuaciones si no fuera atendido anterior requerimiento, debe resolverse en sentido estimatorio, toda vez que la cuestión suscitada sobre incumbencia de la aportación o constancia en autos, de la legislación extranjera, ley personal aplicable, en su caso, en el presente procedimiento de divorcio, conforme a lo prevenido en los arts. 9 y 107 del Código Civil, no puede ser suscitada con carácter previo, a modo de requisito de procedibilidad, para poder dar curso legal a las actuaciones, sino en todo caso en curso de la actividad probatoria que deba desarrollarse en los autos, cuestión que finalmente se resolvería en Sentencia o resolución definitiva, conforme se regula en el art. 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil actual y vigente, donde se contempla, incluso la posibilidad de intervención, de oficio, por el propio Tribunal para su constancia y aplicación, conforme al principio, procesal «iura novit curia». Al tiempo que conforme a referido art. 107 del Código Civil, pudiera darse el caso (decisión reservada al Juez de Instancia) de resultar aplicable la legislación española, conforme se solicita expresamente por esa parte apelante. Por todo lo cual el recurso debe ser estimado.

Tres años después de suscribirse el convenio regulador se presenta una demanda de modificación solicitando que, junto a la atribución de uso de la vivienda familiar, se incluyan la plaza de aparcamiento y el trastero de los que ya eran titulares en aquella fecha y sobre los que no se hizo pacto expreso. El cauce del proceso de modificación de medidas definitivas no está en absoluto previsto para complementar o corregir los errores en que se hubiera podido incurrir en el previo proceso de separación o divorcio.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 3 de mayo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Ana María Hortensia García Esquius**

El convenio anterior de divorcio cuya modificación se pretende fue suscrito en fecha 15 de enero de 2008, y aprobado por sentencia de 9 de abril del mismo año y no es hasta 3 años más tarde que se advierte el olvido sufrido y se presenta la solicitud de modificación. La sentencia apro-

bó el convenio y las medidas en él acordadas y entre estas la adjudicación del domicilio familiar a uno de los cónyuges. Ahora lo que se pide es que se incluyan la plaza de aparcamiento y el trastero de los que ya eran titulares en aquella fecha y sobre los que no se hizo pacto expreso. Como sea que se trata de materia dispositiva por las partes, el cauce adecuado para corregir la aludida omisión no es el procedimiento de modificación de medidas, sin perjuicio del derecho de las partes a otorgar cuantos documentos privados o públicos consideren convenientes en aras a efectuar las correspondientes adjudicaciones, una vez que la resolución anterior ya ha alcanzado los efectos de la cosa juzgada.

El cauce del proceso de modificación de medidas definitivas regulado en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no está en absoluto previsto para complementar o corregir los errores en que se hubiera podido incurrir en el previo proceso de separación o divorcio. Claramente se indica en el aludido precepto procesal que el mismo está reservado para aquellos supuestos en que se hubiere producido una variación, y además sustancial, de las circunstancias tenidas en cuenta al aprobar o acordar las medidas. No cuando, existiendo ya esas circunstancias y siendo conocidas por las partes, por error voluntario o involuntario se hubiera hecho omisión de las mismas.

Es más, podría admitirse en el caso de que la omisión afectará a los intereses de los hijos menores de edad, por ejemplo cuando se hubiera omitido pronunciamiento expreso acerca de los gastos extraordinarios, ya que el principio de primacía del interés del menor y las facultades para actuar de oficio que la ley atribuye en esta materia a los jueces y tribunales, justificarían la corrección. Pero no cuando aquello que se pretende es únicamente la adición al convenio de un bien inmueble ya existente en el momento de pactarse y presentarse ante el tribunal para su aprobación judicial.

Una vez admitida a trámite la demanda de fijación de medidas paterno-filiales, el cambio de residencia de la actora y del hijo no modifica la competencia inicial del juzgado para conocer del procedimiento.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 22 de mayo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María José de la Vega Llanes**

Se plantea cuestión negativa de competencia entre los Juzgados n.º 76 de Madrid y el n.º 7 de Móstoles, para conocer del presente proceso sobre medidas paterno filiales, por haber cambiado la demandante y el menor de lugar de residencia una vez iniciado el procedimiento y admitida la demanda con los efectos de la litispendencia, cuestión que debe resolverse a favor del primero de ellos conforme reiterado criterio de esta sala.

Es preciso señalar que para la determinación del Juzgado competente para conocer del presente procedimiento que entra dentro de aquellos supuestos en que, tras su admisión a trámite por un Juzgado, se comprueba que se ha producido un cambio de domicilio que se ubica en la circunscripción de partido judicial distinto, promoviéndose de oficio cuestión de competencia negativa al entenderse incompetentes territorialmente ambos órganos judiciales afectados, en concordancia con el principio de la «perpetuatio jurisdictionis» —expresamente recogido en el artículo 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, debe entenderse que el momento de determinación de la competencia territorial es el de la admisión de la demanda y no con posterioridad, lo que presupone que si el actor la presenta en el Juzgado competente, conforme a la regla especial delimitada por el domicilio o residencia del demandado, por el hecho de su admisión a trámite queda consolidado ese elemento competencial, que ya no podrá verse afectado por razón de que posibles circunstancias sobrevenidas condicionen el que el demandado se halle en otra circunscripción, pues ello no afecta a la competencia que con anterioridad se ha reconocido y cuyo planteamiento de oficio no cabe una vez admitida la

demanda, criterio éste que conduciría a estimar que, en el supuesto de autos, la competencia le correspondería al Juzgado de Primera Instancia n.º 76 de Madrid, pues declarada su propia competencia, admitida la demanda, y practicadas diversas diligencias, no cabría sino la aplicación de los efectos de la litispendencia, tal y como resulta del art. 411 de la LEC.

Es mas, sólo resulta posible la apreciación de oficio de la competencia territorial cuando se realiza inmediatamente después de presentada la demanda y no posteriormente cuando el Juez admite su propia competencia, pues la litispendencia se produce desde la interposición de la demanda; si después resulta admitida conforme lo dispuesto en el art. 410 LEC (EDL2000/77463), se produce la perpetuatio iurisdictionis (art. 411 LEC, EDL2000/77463), al carecer de trascendencia las alteraciones que con posterioridad se produzcan en cuanto al domicilio de las partes.

La madre reclamó en acción de regreso los alimentos de la hija común devengados desde su nacimiento hasta la fecha en que se declaró la obligación paterna, inadmitiéndose su pretensión con base en el art. 400 de la LEC, que obliga a ejercitar en un solo proceso todas las acciones, cualquiera que sean los hechos y fundamentos que puedan sustentarlas en el momento en que se ejercitan. En el convenio regulador del divorcio pudo la recurrente llegar a un acuerdo sobre el objeto del presente pleito.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 23 de mayo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María José Pérez Tormo**

Recurre la Sra. Verónica el Auto de primera instancia que ha inadmitido a trámite su demanda de reclamación de cantidad en la que ejercitaba una acción de reembolso de las cantidades desembolsadas por ella en exclusiva para la hija común de las partes desde su nacimiento, ocurrido el 22 marzo 2010, hasta la fecha en que se fijaron alimentos para la menor a cargo del padre por Auto de medidas provisionales de fecha 14 octubre 2010.

Aduce en su recurso que la resolución recurrida yerra al considerar que se están reclamando mensualidades alimenticias devengadas desde la fecha de las resoluciones judiciales, auto de medidas provisionales y sentencia de divorcio, por lo que considera que el cauce adecuado es el proceso de ejecución, competencia del juzgado que dictó aquellas resoluciones, sin que proceda un nuevo pronunciamiento declarativo, por lo que no admita a trámite la demanda presentada.

Efectivamente, tal como dice la recurrente, mediante su demanda están reclamando, en acción de regreso, alimentos para la hija de ambas partes, devengados desde su nacimiento hasta la fecha en que se declara la obligación paterna mediante las resoluciones judiciales antes referidas.

La cuestión jurídica así planteada ha sido inadmitida en primera instancia y debe asimismo ser desestimada en esta alzada procedimental.

Tal y como dispone el art. 400 LEC «Cuando lo que se pide en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos por distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que se hace admisible reservar su alegación para un proceso ulterior».

La Exposición de Motivos de la LEC 2000, en su apartado VIII proclama los criterios inspiradores del art. 400 LEC: la necesidad de seguridad jurídica y la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo. Por ello, se considera que la citada norma trata de impedir justamente la sucesión interminable de procesos que de un modo caprichoso o arbitrario plantee a los tribunales controversias parciales que las partes fueren desgranando.

Así, el art. 400 LEC obliga al actor a referir en una misma demanda y a tramitar en un mismo proceso todas las acciones, cualquiera que sean los hechos y fundamentos que puedan sustentarlas en el momento en que se ejercitan. Lo que se pretende evitar con lo previsto en el citado art. 400 LEC es que se pueda pedir lo mismo en diferentes pleitos alegando hechos, títulos jurídicos o fundamentos jurídicos distintos a los invocados en el primer proceso, pero conocidos o que podían haberse invocado al tiempo del ejercicio de la primera acción (existentes), a fin de revisar o completar lo ya enjuiciado, tratando de evitar que se contravenga el principio non bis in idem, por evidentes motivos de seguridad jurídica, porque no cabe diferir para un nuevo proceso aquello que, relacionado con otro anterior, ya pudo haberse reclamado en este.

El juego del principio preclusivo en materia civil, el principio de oportunidad y de economía procesal, junto con el efecto negativo de la cosa juzgada, impide entrar a examinar hechos perfectamente alegables en el momento en que la parte hoy actora solicitó alimentos para la hija común en el proceso contencioso de divorcio y en las medidas provisionales coetáneas al mismo. Asimismo en el convenio pactado entre ambas partes aprobado por sentencia de divorcio de fecha 3 mayo 2011, pudo la recurrente llegar a un acuerdo sobre el objeto del presente pleito, sin que en la demanda contenciosa referida y en el convenio aprobado por sentencia de divorcio solicitara la actora el efecto retroactivo de los alimentos filiales, ni desde la reclamación judicial, esto es la fecha de la presentación de la demanda, ni alega en el escrito iniciador del proceso que realizara una reclamación extrajudicial al demandado, en cuyo caso así se hubiera acordado, tal como establece el artículo 237-5 del Libro II del CCC.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Los alimentos no pueden retrotraerse a la fecha de presentación de la demanda, dado que el padre venía cumpliendo sus obligaciones alimenticias.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 19 de abril de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Ana Delia Muñoz Jiménez**

El ultimo motivo del recurso del Sr. Virgilio se refiere a la fecha de efectos de la pensión de alimentos para el hijo que la sentencia (completada por el auto de aclaración) estableció desde el 28 de septiembre de 2010, pretendiendo el recurrente que la fecha de efectos sea desde la sentencia dictada en primera instancia.

Dado que no se dictó auto de medidas provisionales, en principio, la pensión de alimentos habría de ser abonada desde la fecha de presentación de la demanda, conforme a la doctrina jurisprudencial establecida en la STS de 14.6.2011, según la cual «Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda».

Ahora bien, deben atenderse a las peculiaridades que puedan plantearse, como se indica en la sentencia de esta Sección Décima de 11.1.11, n.º recurso 987/10, «teniendo en cuenta si se adoptado alguna decisión como medida provisional previa o coetánea al proceso o si el obligado al pago de los alimentos estuviera cumpliendo esta obligación, lo que hace que la aplicación del art. 148 del Código Civil no sea ciega y mecánica sino sujeta a acreditación de que el demandado no ha cumplido en cualquier forma su deber de mantener a sus hijos».

En el presente caso, en la sentencia de instancia se razona adecuadamente la decisión de

establecer la fecha de efectos de la pensión de alimentos de 28 de octubre de 2010, al haberse reconocido por la madre que el padre había cumplido con la obligación de hacer frente a las necesidades del menor hasta la mencionada fecha, por lo que debía ser a partir de la misma que se empezara a devengar la pensión. Y, como esta decisión es adecuada en atención a la doctrina antes mencionada, no habiendo acreditado el recurrente que cumpliere con la obligación con posterioridad a dicha fecha, procede desestimar el recurso y confirmar el pronunciamiento.

Se instó la ejecución de la sentencia pidiendo que se obligara al demandado a otorgar la escritura de donación de la mitad indivisa de la vivienda, pero la Sentencia claramente exige que la obligación de otorgar escritura pública de donación a favor de los hijos nacerá desde el momento en que se haya satisfecho todo el préstamo hipotecario, como se desprende de la locución «hasta su total pago y cancelación», por lo que debe desestimarse la demanda de ejecución.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 2 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Agustín Vigo Morancho**

El recurso de apelación, interpuesto por la ejecutante Doña Ariadna se circunscribe a la petición de que se otorgue la escritura de donación de la vivienda familiar a favor de los dos hijos del matrimonio.

Esta petición se funda en la Sentencia de 2 de marzo de 2009, por la que se instó la ejecución de la misma pidiendo que se obligara el demandado a otorgar la escritura de donación de la mitad indivisa de la vivienda y, en su defecto, se efectuara por el propio Juzgado en sustitución del demandado. Al respecto debe indicarse que en la parte dispositiva de la Sentencia dictada se establecía «la obligación de Melchor de abonar el importe de las cuota mensuales del préstamo hipotecario que pesa sobre el domicilio que fue conyugal hasta su total pago y cancelación, liberando de dicha carga a Ariadna, momento en que estará obligado a otorgar escritura pública de donación de la propiedad de su mitad indivisa sobre la citada finca a favor de sus hijos JULIA y CRISTINA». Esta pretensión se desestimó por la resolución recurrida al entender que no se cumplían los requisitos establecidos en la Sentencia, pues era condición previa haberse satisfecho el importe de todas las cuotas hipotecarias pendientes.

La parte apelante alega que ella es quien está satisfaciendo el importe íntegro de las cuotas hipotecarias y que el retraso en la donación de la mitad indivisa a favor de los hijos comunes perjudica a los intereses de éstos, ya que el padre genera deudas personales que gravan la finca. Ahora bien, la parte apelante, ejecutante en la instancia, aportó un certificado de CATALUNYA CAIXA y los recibos satisfechos por ella, acreditando que desde la fecha de 25 de septiembre de 2001 es quien satisface todas las cuotas hipotecarias. Sin embargo, el hecho de que la ejecutante es quien está al frente de las cuotas hipotecarias, cuando esta obligación correspondía al ejecutado, no implica que pueda modificarse la obligación contenida en el título ejecutivo, pues en la Sentencia de 2 de marzo de 2009 claramente se exige que la obligación de otorgar escritura pública de donación de la mitad indivisa de la vivienda familiar a favor de los hijos JULIA y CRISTINA nace desde el momento en que se haya satisfecho todo el préstamo hipotecario, como se desprende de la locución «hasta su total pago y cancelación». Es cierto que la actora se ha subrogado en la posición del deudor, pagando el importe de las cuotas hipotecarias (artículo 1.210-3.º del Código Civil, que presume la subrogación cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación), pero no por ello puede mudar la obligación contenida en el título ejecutivo, si bien puede ejercitar la correspondiente acción contra el demandado conforme

lo previsto por el artículo 1.212 del Código Civil. Por otro, la alegación de que el demandado pueda contraer deudas que afecten a la finca no justifica el ejercicio de la acción ejecutiva en base al título en que se ampara, si bien la actora puede ejercitar las correspondientes acciones contra el demandado en el correspondiente juicio declarativo. En síntesis, no procede la acción ejecutiva porque no se han cumplido las condiciones establecidas en la Sentencia referida, por lo que debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 21 de marzo de 2011, dictado por el Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Manresa.

Funda la nulidad el recurrente en el hecho de que la letrado de la ejecutante pertenece al despacho profesional en el que desarrolla su actividad la letrado que asesoró a ambos para la redacción del convenio de mutuo acuerdo, pero no se aprecia efectiva indefensión en la infracción denunciada dada la naturaleza de la pretensión deducida en la demanda de ejecución circunscrita y fundada en el impago de las cantidades según lo pactado por las partes en el convenio regulador posteriormente aprobado en la sentencia de divorcio, ni en este caso concurre infracción tributaria de nulidad por existencia de información privilegiada que pueda haber mermado el derecho de defensa del recurrente causándole efectiva indefensión.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 3 de mayo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Myriam Sambola Cabrer**

Funda la nulidad el recurrente en el hecho de que la letrado de la ejecutante, Sra. Peñalva, pertenece al despacho profesional en el que desarrolla su actividad la letrado que asesoró a ambos para la redacción del convenio de mutuo acuerdo, Sra. de Roselló, siendo esta última la que ha llevado la dirección letrada del procedimiento de ejecución, actuando ambas conjuntamente en el acto de la vista. La nulidad ha sido denunciada en el escrito de recurso por primera vez. Ninguna alegación se efectuó por parte del ejecutado en el acto de la vista ni posteriormente dirigiendo escrito al juzgado advirtiendo tal circunstancia. Este motivo sería suficiente para rechazar la pretensión de nulidad. Al margen de lo expuesto no se aprecia efectiva indefensión en la infracción denunciada dada la naturaleza de la pretensión deducida en la demanda de ejecución circunscrita y fundada en el impago de las cantidades según lo pactado por las partes en el convenio regulador posteriormente aprobado en la sentencia de divorcio, ni en este caso concurre infracción tributaria de nulidad por existencia de información privilegiada que pueda haber mermado el derecho de defensa del recurrente causándole efectiva indefensión. Ello no es óbice para que pueda plantearse una cuestión deontológica a dirimir por la Comisión correspondiente del Colegio de Abogados.

Las anomalías conductuales de niños y adolescentes respecto al cumplimiento de las obligaciones que les atañen han de ser tratadas por medio de mecanismos de terapia o mediación, pero no es apropiado delegar la responsabilidad de tales decisiones en el niño o el adolescente. En base a lo anterior no puede en modo alguno el sistema de justicia asentir o acoger tan flagrante incumplimiento de las obligaciones de la hija mientras está bajo la protección de sus padres por ser menor de edad, pues permitir estos impulsos de rechazo hacia el padre o la madre o ceder ante un capricho propio de la pubertad de tanta trascendencia como la eliminación de la figura paterna o materna es incumplir la obligación de transmitir una educación en valores que es responsabilidad primaria de los padres y las madres.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 4 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Pascual Ortuño Muñoz**

Interpone el recurso de apelación la representación del señor Norberto, que instó contra su exesposa, Sra. Estíbaliz, la ejecución forzosa de la sentencia de divorcio respecto al cumplimiento del régimen de visitas y estancias del actor (padre) con sus hijas.

El auto recurrido acoge la oposición a la ejecución formulada por la representación de la madre, con el argumento de que es la propia hija (la mayor de las dos que nacieron del matrimonio de los litigantes), la que no quiere ir con el padre.

El recurso se circunscribe a impugnar el criterio de dicha resolución al entender que la responsabilidad pesa sobre la madre de la menor, y que a este respecto las sentencias deben ser cumplidas en sus propios términos.

La sala no puede compartir el criterio de la resolución de primera instancia. El cumplimiento de lo que se establece en las sentencias y resoluciones judiciales no puede dejarse al arbitrio de una de las partes. En el caso de autos estamos, además, ante una obligación de orden público y derecho necesario e indisponible, cual es la relación de los hijos con sus dos progenitores, de cuyo derecho no puede privarse al menor salvo por causa justificada.

La Convención Internacional de Derechos del Niño (artículo 18.1), la Ley Orgánica 1/1996, de Protección del menor, el artículo 82 del Código de Familia, y el vigente artículo 233-8 CCCat establecen y concretan el derecho de las personas menores de edad a tener una relación estable y equilibrada con sus progenitores. Es un derecho fundamental del niño que merece especial protección desde todas las instancias públicas. Todo menor tiene derecho a gozar de sus padres, y éstos tienen una responsabilidad conjunta en cuanto a su desarrollo y educación. Su preocupación esencial ha de ser la de procurar el interés superior del niño (artículo 9.3 Carta Europea de Derechos del niño y Resolución A-30172/92, de 8 de julio, del Parlamento Europeo).

Este derecho debe ser garantizado por ambos progenitores. Cuando el titular de la custodia es incapaz de transmitir al menor con su actitud firme y veraz las obligaciones que le atañen para que pueda disfrutar de su derecho a relacionarse también con el otro progenitor, está incurriendo evidentemente en grave irresponsabilidad. El artículo 233-11 del CCCat establece en su párrafo 1.3 que para decidir sobre la distribución de la guarda de los hijos se ha de tener en consideración «la actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad de los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de éstos con los dos progenitores».

En el caso de autos la madre garantiza el derecho de su hija a alimentarse adecuadamente, y si no lo hiciera le sería retirada la custodia, como también ha de garantizar el derecho de la hija a seguir un periodo formativo, acudir al centro escolar y seguir unas pautas sociales de conducta mínima. Las anomalías conductuales de niños y adolescentes respecto al cumplimien-

to de las obligaciones que les atañen han de ser tratadas por medio de mecanismos de terapia o mediación, pero no es apropiado delegar la responsabilidad de tales decisiones en el niño o el adolescente. Si el progenitor custodio no tuviera la aptitud paga garantizar las relaciones del hijo con el progenitor con el que no convive habitualmente cabría plantear el tema ante los tribunales para cuestionar el sistema de guarda y custodia.

En base a lo anterior no puede en modo alguno el sistema de justicia asentir o acoger tan flagrante incumplimiento de las obligaciones de la hija por mientras está bajo la protección de sus padres por ser menor de edad, y no puede exonerar al progenitor custodio de las obligaciones de inculcar la necesidad de cumplir con las mismas. No puede ser excusa, en consecuencia, que el deseo de la niña sea el de no residir con su padre en los periodos en los que se ha fijado en una sentencia judicial, sino que la obligación de quien tiene la responsabilidad de su custodia es la de ser capaz de transmitirle que se ha de cumplir, porque en definitiva es el interés superior de la niña mantener la relación normalizada con el padre. Por el contrario, permitir estos impulsos de rechazo hacia el padre o la madre o ceder ante un capricho propio de la pubertad de tanta trascendencia como la eliminación de la figura paterna o materna, es incumplir la obligación de transmitir una educación en valores que es responsabilidad primaria de los padres y madres.

Para el caso de que existan causas graves que pudieran aconsejar suspender tal derecho/obligación de los hijos a relacionarse con alguno de sus padres, se han de adoptar las medidas oportunas y el caso ha de ser evaluado en el correspondiente proceso judicial de modificación de medidas reguladoras de la crisis conyugal. Mientras existan unas medidas impuestas por resolución firme, se han de cumplir, bajo la responsabilidad de los titulares de la guarda.

Se admite la posibilidad de que en el acto de la vista la parte ejecutante pueda solicitar la ampliación de la reclamación, individualizando el importe de las nuevas cantidades reclamadas en concepto de principal e intereses, siempre que se respeten los principios de audiencia y contradicción.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 8 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Agustín Vigo Morancho**

En primer lugar examinaremos el motivo tercero del recurso, ya que se refiere a una cuestión estrictamente procesal. Al respecto debe indicarse que el núm. 2 del artículo 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «ampliación a la ejecución podrá solicitarse en la demanda ejecutiva. En este caso, al notificarle el auto que despache la ejecución, se advertirá al ejecutado que la ejecución se entenderá ampliada automáticamente si, en las fechas del vencimiento, no se hubiere consignado a disposición del Juzgado las cantidades correspondientes». Del tenor literal de este precepto podría inferirse que es necesario presentar una nueva demanda ejecutiva, instando la ampliación, sin embargo si se relaciona este párrafo con el resto del articulado, especialmente el párrafo dos del número 2 del citado artículo, se deduce que basta con que se presente la liquidación de la deuda incluyendo el principal y los intereses producidos durante la ampliación, para poder admitir ésta. Es cierto que esta Sala en el Auto de 26 de abril de 2010 (Rollo 834/2009, fundamento jurídico segundo) pareció inclinarse por la tesis de que siempre debía instarse la correspondiente demanda ejecutiva y, por lo tanto, no cabrá formulada posteriormente en el acto de la vista u otro momento procesal. Sin embargo, ese asunto se refería a un caso concreto, en que se había instado por medio de Otrosí en el escrito de impugnación a la oposición y el Juzgado no efectuó pronunciamiento alguno, pero dicha tesis ha sido modificada por esta Sala, admitiéndose la posibilidad que en el acto de la vista la parte ejecutante pueda solicitar la ampliación, indivi-

dualizando el importe de las nuevas cantidades reclamadas en concepto de principal e intereses y siempre que se respeten los principios de audiencia y contradicción. En el presente caso, consta que en el acto de la vista la parte ejecutante solicitó y concretó la ampliación del principal y los nuevos intereses devengados, dándose traslado a la otra parte en el propio acto de la vista, quien se opuso a su formulación como postura procesal de defensa. Pues bien, pese a dicha oposición, es evidente que la parte ejecutada tuvo la posibilidad de defenderse, pues la ampliación se refiere también al mismo concepto de la ejecución (pensiones alimenticias devengadas), por lo que, conforme con la tesis expuesta, debe desestimarse este motivo del recurso de apelación.

Entiende la madre que es competente para tramitar la ejecución el Juez del domicilio de los menores, dado que los progenitores residen en distintos partidos judiciales, pero tratándose de una demanda de ejecución es de aplicación lo dispuesto en el art. 61 de la LEC, que otorga la competencia al Juez que dictó la sentencia que se trata de ejecutar.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 11 de mayo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Carmen Neira Vázquez**

Por la dirección letrada de la parte apelante se interesa la revocación de la resolución recurrida y se pide se dicte declare que el Juzgado de Primera Instancia de Madrid es competente para conocer de la demanda y admita la demanda y señala que es competente el Juez del domicilio de los menores los cuales residen en Madrid en compañía de la madre, dado que los progenitores residen en distintos partidos judiciales, la madre en Madrid y el padre en Pozuelo de Alarcón, todo ello en aplicación del artículo 759.3 de la LEC.

Se declara la incompetencia funcional del Juzgado para conocer de la demanda presentada por la Procuradora Sra. Carmen Armesto en nombre y representación de Sofía en fecha 5 de marzo de 2012, absteniéndose del conocimiento de la misma, lo que al parecer de la Sala es conforme a derecho y a las circunstancias acreditadas del caso, todo ello conforme a cuanto se dispone en el artículo 217 de la LEC.

En efecto, dispone el artículo 61 de la LEC, concerniente a la competencia funcional por conexión que salvo disposición legal en otro sentido, el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, para llevar perfecto las providencias y autos que dictare, y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare.

En correspondencia con lo anterior el Título que regula y establece las disposiciones generales de la ejecución dedica su capítulo ll a la normativa del tribunal competente de forma que su artículo 545 de la citada ley, tras la reforma operada en el mismo estipula que: Si el título ejecutivo consistiera en resoluciones judiciales, resoluciones dictadas por Secretarios Judiciales a las que esta Ley reconozca carácter de título ejecutivo o transacciones y acuerdos judicialmente homologados o aprobados, será competente para dictar el auto que contengan la orden general de ejecución y despacho de la misma el Tribunal que conoció del asunto en primera instancia o en el que se homologó o aprobó la transacción o acuerdo.

La lectura de ambos preceptos, uno en el plano de la regulación general y otro en el de la normativa más específica plantea como presupuesto inexcusable en la cuestión de la competencia funcional para el procedimiento de la ejecución el de que la competencia corresponderá a los Juzgados que conocieron del asunto en primera instancia, lo que en el caso que nos ocupa determina sin duda, la competencia funcional del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. 2 de Roquetas de Mar, Almería, para conocer de la demanda de ejecución de la sentencia firme de divorcio de 17 de enero del 2008, resolución en su día dictada por dicho ór-

gano judicial, según la documentación aportada con el escrito de demanda, todo lo cual conduce a confirmar el auto recurrido y a desestimar así este motivo de apelación.

La reconciliación no comunicada al Juzgado sí produce efectos entre los cónyuges y ello afecta sin duda a la exigibilidad de la pensión alimenticia fijada en la sentencia de separación. La pensión de alimentos devengada durante el periodo de convivencia en común no es exigible o queda en suspenso en tanto no concurren los presupuestos de la sentencia que la estableció, debiendo entenderse que la estimación de la reclamación efectuada en la presente ejecución en relación a dicho periodo es claramente abusiva y que no puede prosperar, pues ello implicaría una infracción clara de lo dispuesto en el artículo 7 del CC.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 14 de mayo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Dolores Viñas Maestre**

La presente ejecución trae causa de la sentencia de separación de fecha 1 de septiembre de 1999. En la demanda inicial se reclaman los meses de octubre de 2005 a octubre de 2008. Por la parte ejecutada se alega la reanudación de la convivencia, aunque no como pareja, en el mismo domicilio y la asunción de los gastos familiares en común a través de una cuenta de la Caixa de Catalunya en la que se ingresaban las nóminas de ambos progenitores y se cargaban los gastos comunes. El Auto ahora apelado estima que no se ha acreditado la convivencia en común y que los gastos fueran abonados por el ejecutado.

En primera instancia se aportó sentencia de divorcio de fecha 10 de octubre de 2008 que mantiene las medidas adoptadas en la sentencia de separación que ahora se ejecuta. En dicho procedimiento por la parte actora, ahora ejecutante, se sostenía que se había producido una reconciliación tácita mientras que por la parte demandada, aquí ejecutada, se mantenía la existencia de una convivencia en la misma casa pero no como pareja. En el presente procedimiento de ejecución la parte ejecutante sostiene su reclamación afirmando que el demandado no ha abonado la pensión de alimentos de la hija en la forma establecida en la sentencia y que en la cuenta conjunta se cargaban los gastos de las hipotecas y los gastos del ejecutado.

No puede obviarse lo resuelto por esta Sala en el recurso de apelación formulado contra la sentencia de divorcio de 10-10-2008. La sentencia de 17 de febrero de 2010 señala que «La primera cuestión que se plantea, que condiciona las cuestiones que han sido objeto de debate, es la de determinar si después de dictarse la sentencia de separación en el año 1999, los cónyuges reanudaron su convivencia como pareja, circunstancia que es mantenida por la parte demandante y negada por la demandada. La sentencia sostiene que no ha quedado probada la reanudación de la convivencia y en consecuencia resuelve sobre las medidas solicitadas (alimentos hija, vivienda, pensión compensatoria) sobre la base de valorar si se ha producido o no una modificación de circunstancias. Frente a tal consideración se alza la parte apelante invocando error en la valoración de la prueba en que ha incurrido la sentencia. La Sala, tras valorar todas las pruebas practicadas en el procedimiento, llega a una conclusión contraria a la alcanzada en la sentencia. Los resultados de los interrogatorios y de las testificales practicadas ponen claramente de manifiesto que después de dictarse la sentencia de separación, ambos cónyuges reanudaron la convivencia en el mismo domicilio y que lo hicieron como pareja compartiendo un proyecto de vida en común. El resultado de dichas pruebas viene corroborado por el hecho probado de haber adquirido *pro indiviso* una vivienda a la que se trasladó la familia, constituyéndose la misma como vivienda familiar».

Declarada probada la reconciliación, no notificada al Juzgado, hasta finales de 2006, cabe

determinar qué efectos puede tener dicha reconciliación en la presente ejecución en la que se reclaman las mensualidades desde octubre de 2005 hasta octubre de 2008.

El artículo 84 del CC dispone que «la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio». Se requiere por tanto una formalidad, la comunicación al Juzgado, para que pueda dejarse sin efecto lo resuelto en el procedimiento de separación.

Como ya se señaló en la referida sentencia de fecha 17-2-2010 los efectos de la reconciliación que no ha sido puesta en conocimiento del Juez para dejar sin efecto la separación acordada han sido determinados por dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de fecha 30 de julio y 7 de septiembre de 2009 señalando que «sólo la reconciliación comunicada al órgano judicial que entendió del procedimiento de separación produce efectos jurídicos *erga omnes*» y en cuanto a los efectos de la reconciliación que no ha sido comunicada al órgano judicial, se señala en las referidas sentencias que «la reconciliación tácita o de hecho, que reúna los requisitos antes expuestos puede y debe producir efectos ínter partes, toda vez que se trata de un negocio jurídico que surge a la vida del derecho por la existencia del consentimiento de las partes con una causa lícita y verdadera (STS 22-4-1997). El derecho no puede desconocer una situación querida por los que todavía se hallan ligados por el vínculo matrimonial que deciden libremente suspender el cese de la vida en común que supone la separación. En consecuencia la convivencia que surge a partir de dicha reconciliación producirá también efectos jurídicos en caso de nueva crisis familiar».

Debe concluirse por tanto que la reconciliación no comunicada al Juzgado si produce efectos entre los cónyuges y ello afecta sin duda a la exigibilidad de la pensión alimenticia fijada en la sentencia de separación. La pensión de alimentos es de carácter periódico; la convivencia en común de los progenitores implica la asunción en común de la obligación de prestar alimentos a los hijos; debe entenderse que con la convivencia en común ambos cónyuges consienten en dejar sin efecto durante la convivencia las medidas económicas recogidas en la sentencia de separación acordadas sobre premisas fácticas que han dejado de existir aunque sea temporalmente; se ha acreditado que hasta diciembre de 2006 ambos cónyuges tenían una cuenta conjunta en la que ingresaban ambas nóminas y se cagaban gastos familiares de diversa naturaleza —consumo de supermercados, peluquería, formación, vestido entre otros— de tal manera que puede afirmarse que la reconciliación tácita no solo se hizo extensiva a la convivencia, sino a la economía familiar que volvió a ser conjunta, poniendo ambas partes en común sus recursos para afrontar todos los gastos, lo que se evidencia también por el hecho de no haberse planteado la demanda ejecutiva hasta el mes de octubre de 2008, con posterioridad a la segunda ruptura de la pareja.

Debe entenderse en consecuencia que la pensión de alimentos devengada durante el periodo de convivencia en común no es exigible o queda en suspenso en tanto no concurren los presupuestos de la sentencia que la estableció, entendiendo que la estimación de la reclamación efectuada en la presente ejecución en relación a dicho periodo es claramente abusiva y que no puede prosperar pues ello implicaría una infracción clara de lo dispuesto en el articulo 7 del CC que exige que los derechos deban ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y que impide el amparo del abuso de derecho.

Solicita la parte ejecutada en su recurso que se desestime la demanda de ejecución que pide la ejecución de la sentencia pues el padre se ha trasladado a vivir a una población que está a 42 km de la localidad en que se halla el colegio del hijo común, por lo que el cumplimiento de la guarda compartida que acordó la sentencia causa un importante trastorno al menor. Dicha pretensión debe desestimarse, pues mientras no se resuelva otra cosa en un procedimiento de modificación de medidas deben cumplirse las medidas que estén vigentes.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto 22 de mayo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María José Pérez Tormo**

Solicita la parte ejecutada en su recurso que se revoque la resolución recurrida, pues el Sr. José Ángel se ha trasladado a vivir a una población que está a 42 km de la localidad en que se halla el colegio del hijo común, por lo que el cumplimiento de la guarda y custodia que acordó la sentencia que hoy se ejecuta causa un importante trastorno al menor.

El Sr. José Ángel y el Ministerio Fiscal se oponen al recurso y solicitan la confirmación de la resolución recurrida.

El art. 18,2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que «las sentencias se ejecutarán en sus propios términos». El contenido y los límites de la actividad ejecutiva vienen señalados por la resolución judicial, sin que se pueda traspasar el exacto ámbito de la ejecutoria en el trámite de su ejecución, ni tampoco pueda prescindirse de ninguno de los componentes de la misma. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en diversas sentencias entre otras en sentencia de fecha 24 de marzo de 1987 que establece que las resoluciones judiciales dirigidas a llevar a efecto una sentencia firme deben ajustarse exactamente a las declaraciones que ésta contenga, cumpliéndolas puntualmente en toda su integridad sin ampliar ni reducir sus límites, ni hacer declaraciones contrarias o no comprendidas en ellas, pues «la sentencia ejecutoria constituye la única verdad legal y a ella quedan sujetas tanto las partes como los Tribunales, de suerte que las resoluciones que éstos dicten para su cumplimiento han de ajustarse a lo ejecutoriado».

Debe pues, cumplirse la sentencia ejecutiva hasta que sea sustituida por otra resolución posterior, bien sea una sentencia dictada en procedimiento en el que se analice el cambio de circunstancias acaecidas desde el dictado de la anterior sentencia, que manifiestan las partes que ya se ha iniciado, bien sea un Auto que se dicte en medidas provisionales de dicho proceso.

Y, tal como indica la parte ejecutante, el artículo 774,5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta, si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declararán por el Secretario judicial la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio».

Por tanto, mientras no se resuelva otra cosa en el procedimiento modificatorio del pronunciamiento que obliga al cumplimiento de la guarda y custodia compartida, así debe cumplirse, tal como ha acordado la Juzgadora de 1.ª Instancia, con desestimación del recurso planteado.

En el convenio regulador, al liquidar el único bien propiedad común, el esposo asumió la obligación de cancelar o subrogarse en la posición de la ejecutante en un préstamo hipotecario que gravaba la vivienda familiar. El primer acto que realiza para dar cumplimiento a lo que le competía fue la remisión de un burofax al banco cuando el proceso de ejecución ya se había iniciado, con lo que el deudor viene a reconocer que era perfectamente consciente de que se encontraba en posición contumaz. El hecho de que pagara las cuotas del crédito hipotecario no implicaba la liberación de la responsabilidad de la ejecutante.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 25 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Pascual Ortuño Muñoz**

La resolución que es objeto de recurso por la parte demandada ha desestimado la demanda de oposición a la ejecución que se despachó en su contra. En definitiva el juzgado de primera instancia ha decidido mantener el despacho de la ejecución con el requerimiento de obligación de hacer que el hoy recurrente ha incumplido y la advertencia de hacerlo a su costa con la condena a los perjuicios a que hubiera lugar.

La parte ejecutada impugna ante este tribunal el criterio riguroso en que se funda la resolución que desestimó su oposición.

En el convenio regulador aprobado por la sentencia de divorcio de 29.3.2007 al liquidar el único bien propiedad común de los entonces esposos, además de otras obligaciones, asumió la de cancelar o subrogarse en la posición de la ejecutante en un préstamo hipotecario que gravaba la vivienda familiar, antes del término preciso del 30.3.2007.

Tal obligación no la había cumplido al tiempo de ser presentada la demanda de ejecución el 23.6.2010.

Sostiene el recurrente que ha cumplido, puesto que ha venido pagando todas y cada una de las cuotas del crédito hipotecario hasta la fecha, con total indemnidad para la ejecutante, por lo que ningún perjuicio le ha deparado a la misma. Además aporta con su recurso un burofax fechado el 15.10.2010 dirigido a la entidad prestamista solicitando la subrogación formal. Solicita por ello la estimación del recurso, la revocación del auto de primera instancia, la estimación de la oposición a la ejecución y, con ello, la exoneración de la condena del pago de las costas de todas las fases de la ejecución, a las que ha resultado condenado.

La representación de la parte ejecutante, ahora apelada, se opone al recurso, y también lo hace el Ministerio Fiscal.

El régimen de la ejecución de sentencias de la LEC, se desarrolla sobre el principio de la responsabilidad del deudor que no da cumplimiento exacto y puntual a sus obligaciones, y genera con ello el perjuicio a la parte ejecutante de verse compelida a impetrar el auxilio de los tribunales, con los consiguientes perjuicios derivados de tener que proveerse necesariamente de letrado y procurador y, especialmente, sufrir la incertidumbre derivada del incumplimiento. Aun cuando únicamente el incumplimiento sea parcial o no haya generado un perjuicio material constatable, el rigor de la norma es el mismo, máxime cuando, como ocurre en el caso de autos, éste incumplimiento se ha demorado en más de tres años.

La parte recurrente vino obligada a cancelar o a subrogarse en la posición de codeudora de la ejecutante antes del 30.3.2007. El primer acto que realiza para dar cumplimiento a lo que le competía, la remisión de un burofax al banco lo hace cuando el proceso de ejecución ya se había iniciado, con lo que el deudor viene a reconocer que era perfectamente consciente de que se encontraba en posición contumaz.

El pago de la deuda es causa extintiva de la obligación, y motivo de oposición a la misma, como establece el artículo 556.1 de la LEC, pero no cualquier pago, sino el que reúna las condiciones legales. El artículo 1.157 del Código

Civil, establece el principio de integridad del pago en el sentido de que no se entenderá pagada una deuda, sino cuando completamente se hubiese satisfecho la obligación, circunstancia que no concurre en el caso de autos, puesto que al formularse la demanda ejecutiva subsistía la obligación a cargo de la ejecutante. El hecho de que pagara las cuotas del crédito hipotecario no implicaba la liberación de la responsabilidad de la ejecutante, *ex* artículo 1.157 del Código Civil, puesto que el riesgo se mantenía. En caso de incumplimiento de los pagos por el recurrente debido a cualquier eventualidad, incluso por causa mayor, podría haber generado la exigencia del pago de las cantidades pendientes a la actora que, además, ha tenido durante todo este tiempo limitada y condicionada su capacidad de endeudamiento.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Se desestima la petición realizada por la esposa, ya que la administración judicial sólo es posible como último remedio en orden a evitar la crisis definitiva o la quiebra económica total del patrimonio que se pretende gestionar y siempre que se demuestre que resulta absolutamente inviable mantener la administración a favor de los órganos de gobierno de las entidades mercantiles, por la razón que fuere, de orden personal, incapacidad profesional, de incapacidad laboral, de mala gestión financiera y económica de las mismas, de ausencia total de diligencia profesional, empresarial y financiera.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 4 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

La parte apelante-demandante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de instancia, y con revocación de la misma, ha solicitado la administración judicial de las sociedades mercantiles que se mencionan en los escritos rectores del procedimiento, de medidas cautelares, dado que se tiende a despatrimonializar dichas entidades mercantiles, dada la crítica situación económica de las mismas, si permanecen controladas por el demandado, con pérdidas, y si se mantiene la administración por parte del órgano de gobierno de las mismas, señalando que se han vendido inmuebles, que no se celebran juntas, no se presentan las cuentas, etc.

La parte demandada, también apelante, en el mismo trámite, ha solicitado que se rechacen en su totalidad todas las medidas cautelares interesadas en el escrito de demanda, señalándose que el auto apelado se ha dictado de modo extemporáneo, y que dichas medidas cautelares afectan a bienes que no forman parte de la sociedad de gananciales, con vulneración de los derechos de terceros, negando que haya confusión entre el patrimonio ganancial y el patrimonio perteneciente a las distintas sociedades, y puesto que las entidades mercantiles tienen personalidad jurídica propia, no siendo válidos los argumentos señalados en su momento en el auto de 14 de abril de 2005.

Se hace una descripción de las participaciones de la sociedad de gananciales en las distintas sociedades y se afirma que el matrimonio no tiene la mayoría de las participaciones en ninguna de ellas, reiterando que la actora siempre ha pretendido dificultar el funcionamiento correcto de las entidades mercantiles.

También se advierte que parte de los vehículos señalados no pertenecen ni a la sociedad de gananciales ni a los cónyuges, ni a las entidades mercantiles, por pertenecer a terceros o a personas desconocidas.

Ambas partes, respectivamente, han presentado sendos escritos de oposición a los recursos interpuestos.

Dando respuesta, en primer lugar, a la pretensión planteada por la parte actora, sobre administración judicial de las sociedades mercantiles que se indican en los escritos rectores, conviene recordar que tal medida, de administración judicial, sólo es posible como último remedio en orden a evitar la crisis definitiva, o la quiebra económica total, del patrimonio que se pretende gestionar, inmobiliario o mobiliario, y de las acciones y participaciones de las sociedades mercantiles, de manera que sólo cuando se demuestra que resulta absolutamente inviable mantener la administración a favor de los órganos de gobierno de las entidades mercantiles, por la razón que fuere, de orden personal, incapacidad profesional, de incapacidad laboral, de mala gestión financiera y económica de las mismas, de ausencia total de diligencia profesional, empresarial y financiera de los que ostentan los cargos en dichas sociedades, sólo en estos supuestos es posible admitir la viabilidad de la administración judicial, de modo que, *a sensu contrario*, es necesario interferir lo menos posible, por medio de la medida que se solicita, en la normal gestión y dirección y explotación de dichas entidades mercantiles, y teniendo en consideración que no consta que la medida que se interesa pueda provocar positivas consecuencias en el normal funcionamiento de dichas sociedades, de la que la actora es participe y, por ende, facultada para asistir a juntas, votar, impugnar acuerdos, etc. y, en suma, estar al tanto de la actividad y gestión de dichas sociedades.

En ese sentido, se reiteran y se dan por reproducidas las argumentaciones contenidas en el fundamento jurídico segundo del auto dictado por la Sala, de 23 de mayo de 2006, siendo necesario recordar que, según se expresa textualmente en dicha resolución «las denominadas medidas cautelares propias, esto es, aquellas cuya finalidad es la de asegurar la efectividad de la tutela judicial que pueda otorgarse en una futura sentencia estimatoria, aparecen reguladas, con carácter general, en el título sexto del libro tercero de la Ley 1/2000. Conforme a las mismas, el posible acogimiento por los Tribunales de la solicitud al efecto deducida viene condicionada a la concurrencia de la triple condición o requisito, esto es, el *periculun in mora*, el *fumus bonus iuris* y la prestación de caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la correspondiente medida pudiera causar al patrimonio del demandado».

Igualmente, se dan por reproducidos los argumentos jurídicos segundo, tercero y cuarto de la resolución apelada, puesto que se coincide con el juzgado *a quo* cuando se afirma que la medida solicitada, sobre administración judicial puede ser excesivamente gravosa.

Por cuanto antecede, el recurso de la parte demandante debe ser desestimado.

Dando respuesta a la pretensión planteada por la parte demandada, también se hace preciso recordar que se encuentra en trámite el procedimiento de formación de inventario y liquidación de sociedad de gananciales, de modo que los argumentos expuestos por el citado demandado, tanto en el acto de la vista celebrado el 15 de febrero de 2010, como en el escrito de interposición del recurso de apelación, se centra más en afirmar aquello que puede ser ganancial, lo que puede ser privativo, o lo que puede ser propiedad de terceros o personas desconocidas, cuestiones todas estas que deben ventilarse en el procedimiento principal de formación de inventario, y que en ningún caso deben de servir de fundamento a la oposición a las medidas cautelares acordadas, en relación a la anotación preventiva de la demanda sobre las sociedades mercantiles que se mencionan, la anotación preventiva de la demanda, sobre los inmuebles que se señalan, la anotación preventiva de demanda sobre los vehículos que se describen, y sobre la prohibición de la venta de los inmuebles, según igualmente se describe todo ello tanto en la demanda así que como en el auto apelado.

Por ello, ahora no es el momento de definir lo que forma parte de la sociedad de gananciales y aquello que debe excluirse de la misma, y siendo lo anterior así decae el razonamiento del recurrente sobre la petición de rechazar todas las medidas cautelares acordada.

Cierto es que en su momento se dictó el auto de 23 de mayo de 2006, por la Sala, que confirmó el auto de 14 de abril de 2005, y aún aceptando que dichas resoluciones se adoptaron en el curso del procedimiento de medidas provisionales, y el proceso principal de divorcio, ya entonces

se discutía sobre la titularidad de las participaciones sociales, sobre las sociedades, de las que el demandado es administrador, socio, gestor, de manera que, ahora, y de conformidad con lo establecido en el artículo 809 del texto procesal citado, resulta correcta, y en modo alguno extemporánea, la adopción de dichas medidas cautelares, en relación a la anotación preventiva en los diferentes Registros de las sociedades, inmuebles y vehículos, teniendo en consideración que dichas medidas en nada afectan ni obstaculizan la normal gestión y actividad mercantil de dichas sociedades, ni se prejuzga la cuestión a ventilar en el procedimiento principal de formación de inventario, pues conviene recordar que no se trata de la adopción de medidas relativas a embargos, retención, etcétera, sino sólo de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, Mercantil, Dirección General de Tráfico como Registro de Vehículos Históricos.

Si lo anterior es así, hasta tanto se resuelva en el proceso principal lo que corresponda, sobre la titularidad de los bienes gananciales y aquellos que deben ser excluidos de la sociedad, es ajustado a derecho el pronunciamiento que acuerda la prohibición de la venta de los inmuebles de la urbanización La Mola, en Palma de Mallorca.

No se acepta el argumento de la parte recurrente cuando indica que los razonamientos expuestos en su momento en el auto de 14 de abril 2005 y el auto de 23 de mayo de 2006 no son vigentes y aplicables al tiempo y a la situación procesal actual, por cuanto que aun variando solamente el período temporal y el cauce procesal, es lo cierto que la problemática subyace en los mismos términos, lo que justifica las medidas tendentes a asegurar el buen fin económico y patrimonial que se persigue a través del procedimiento de formación de inventario, en orden a la efectiva ejecución de la sentencia que recaiga en este procedimiento y en aquel otro sobre liquidación efectiva de la sociedad de gananciales, y en beneficio de ambos cónyuges.

Cuestiona el esposo la exclusión del activo de las cantidades satisfechas como pensión compensatoria a favor de la esposa, pues entiende que la pensión fijada es un adelanto de la cuota que de la liquidación de gananciales correspondería a la esposa demandante y, por tanto, los importes pagados deben ser incluidos en el activo de la sociedad ganancial. La sociedad de gananciales se disolvió con anterioridad a la declaración de divorcio, luego es imposible que en esta resolución pudiera establecerse una obligación a cargo de la sociedad disuelta.

AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 7 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ignacio Javier Rafols Pérez**

En tercer lugar cuestiona el demandado recurrente la exclusión del activo de las cantidades satisfechas como pensión compensatoria a favor de la esposa demandante. Entiende el recurrente que la pensión fijada es un adelanto de la cuota que de la liquidación de gananciales correspondería a la esposa demandante y, por tanto, los importes pagados deben ser incluidos en el activo de la sociedad ganancial.

En la sentencia se rechaza tal teoría sobre la base de que entenderlo de tal forma supondría que la pensión compensatoria no existiría propiamente como tal pues solo sería un anticipo de los bienes gananciales que corresponderían a la esposa. Estima el Juez de instancia que, entenderlo como pretende el recurrente, sería contradecir la propia naturaleza de la pensión que trata de compensar el desequilibrio económico que supone para uno de los esposos la ruptura matrimonial (art. 97 CC) y que es la razón de ser de su establecimiento en la sentencia de divorcio. Además, la obligación de pago se impuso en dicha sentencia como obligación personal del hoy recurrente y no como carga de la sociedad de gananciales.

También en este punto ha de darse la razón al Juez de instancia y ello por una sencilla ra-

zón, la sociedad de gananciales se disolvió con anterioridad a la declaración de divorcio, luego es imposible que en esta resolución pudiera establecerse una obligación a cargo de la sociedad disuelta. Habiéndose acordado la disolución de la sociedad de gananciales existente entre los litigantes por sentencia de fecha 28 de abril de 2008, es evidente que la sentencia de divorcio que es de 5 de mayo de 2008 no pudo establecer cargas a cuenta de una sociedad ya disuelta. No puede olvidarse que los efectos de la disolución «se producirán desde la fecha en que se acuerde» (art. 1.394 CC).

A mayor abundamiento, basta la simple lectura de dicha sentencia de divorcio para observar que lo que se establece, como indica el nombre que se le da, es la pensión compensatoria a la que se refiere el art. 97 CC y no una participación a cuenta de la liquidación de los gananciales. Por tanto, se estableció una obligación de carácter personal a cargo del esposo, como obligación propia, y a favor de la esposa a fin de neutralizar, en lo posible, el desequilibrio económico que para ésta supuso el divorcio en relación a su situación económica durante el matrimonio. Ciertamente, se establece como límite temporal al derecho a percibir dicha pensión el momento de la liquidación de gananciales. Pero, tal precisión no puede ser entendida, como pretende el recurrente, en el sentido de que esa pensión forma parte del activo de la sociedad ganancial sino que lo único que se establece es un límite temporal a la pensión al entender el Juez que la liquidación y reparto de los gananciales, dado su importante valor, supondrá el fin de esa situación de desequilibrio económico que hasta que se produzca ese momento se mantendrá. Entenderlo de otro modo es ir contra el propio sentido de la resolución que establece la pensión y ello aun cuando se precise que el importe de dicha pensión habrá de satisfacerse «con cargo al efectivo de las empresas que integraban la sociedad de gananciales» (folio 614) formada por los esposos litigantes, pues tal pronunciamiento debe ser puesto en relación con el hecho de que dichas empresas continuaban funcionando hasta la liquidación de la sociedad bajo la administración del esposo a quien se obligaba expresamente al pago y, por tanto, su haber personal se nutría, básicamente, de los rendimientos de dichas empresas. De ahí la precisión, perfectamente comprensible, de la sentencia de divorcio.

No existe prueba alguna en las actuaciones de que la cantidad recibida por el matrimonio lo fuera en concepto de préstamo de la hermana del esposo, máxime cuando se refiere a una cantidad entregada en el año 2001 sin ninguna documentación en que conste el concepto de la entrega, ni sus condiciones, ni tampoco se ha acreditado que en plazo tan largo se haya producido ninguna reclamación de la presunta prestamista ni ningún pago de los litigantes.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Salinero Román**

La parte apelante insiste en su tesis de que se incluya en el pasivo ganancial un crédito del que sería titular su hermana por el préstamo de dinero que realizó a la sociedad conyugal para la adquisición de un turismo. La decisión de la Juzgadora no puede ser más acertada pues no existe prueba ninguna en las actuaciones de que la cantidad recibida por el matrimonio lo fuera en concepto de préstamo, máxime cuando se refiere a una cantidad entregada en el año 2001 sin ninguna documentación en que conste el concepto de la entrega, ni sus condiciones, ni tampoco se ha acreditado que en plazo tan largo se haya producido ninguna reclamación de la presunta prestamista ni ningún pago de los litigantes. Además como bien razona la Juzgadora en el inventario solo deben figurar bienes o derechos incontrovertidos y que se incluya o no el crédito discutido en nada perjudica los derechos de la posible acreedora que siempre podrá dirigirse frente a los litigantes para reclamar la cantidad entregada en aquella fecha sin

que puedan afectarle los pactos de inclusión o exclusión de los cónyuges que solo producirán efectos entre ellos.

A lo que no puede accederse en ningún caso es a la pretensión subsidiaria del recurrente de que se considere al menos como un crédito de él contra la comunidad ganancial por tratarse de una donación hecha exclusivamente en su favor y haberse sufragado por tanto con dinero privativo la adquisición de un bien ganancial, pues se trata de una cuestión nueva que no puede admitirse en la alzada dado que el art. 456 de la L.E.Civil delimita el ámbito de aplicación de la apelación según el cual solo puede perseguirse la revocación de una resolución judicial con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el Tribunal de Primera Instancia.

Pertenecen a la sociedad de gananciales las cantidades percibidas por el ex esposo en concepto de devolución del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas de los años 2008 y 2009, pues esta es solo la entrega de las percibidas por la Administración en cuantía superior a la que corresponde atendidas las circunstancias del declarante, cantidades que previamente se han retenido, y lógicamente de las nóminas del esposo.

AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Mauricio Bugidos San José**

En cuanto a la petición de que se declare que pertenecen a la sociedad de gananciales las cantidades percibidas por don Gerardo en concepto de devolución de cantidades del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas de los años 2008 y 2009, debemos de atenernos a lo ya dicho, teniendo en cuenta que la misma razón de ser de la partida en el anterior apartado, existe en lo que se refiere a la partida que ahora se estudia. A la postre la devolución de cantidades no es sino la entrega de las percibidas por la Administración en cuantía superior a la que corresponde atendidas las circunstancias del declarante, cantidades que previamente se han retenido, y lógicamente de las nóminas de don Gerardo.

Además de lo anterior, el propio planteamiento del recurso indica que por lo que se refiere al impuesto del año 2008, éstas fueron a parar a una cuenta común y posteriormente a una de titularidad de don Gerardo, que se ha declarado activo de la sociedad de gananciales.

No puede incluirse en el pasivo ningún crédito a favor del cónyuge por el importe de la indemnización recibida por un accidente de circulación, pues al aplicarse a la compra de la vivienda ganancial no hizo declaración expresa de carácter privativo, ni reserva, ni mención al derecho de reembolso.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de mayo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª del Rosario Hernández Hernández**

Razona la Juez «a quo» que no consta la inversión de la cantidad procedente de la antes dicha indemnización en la adquisición de la vivienda sita en la calle (…) número (…) de Madrid, que forma parte integrante del activo del inventario que nos ocupa, sino que, más bien lo que se desprende de la documentación aportada, es que tal indemnización se incluyó en el haber de la sociedad, confundiéndose con el patrimonio ganancial, procediéndose años después a la

compraventa del inmueble expresado, sin que se colija de la prueba obrante en autos que la última operación mencionada se llevara a cabo con metálico procedente de repetida indemnización, por lo que no considera procedente computar semejante deuda en el pasivo societario.

Esta decisión ha de ser mantenida en la alzada, si bien por las razones que a continuación se expresan y no por las que se ofrecen en la disentida.

Acreditado por reconocimiento propio de la recurrente que los 3.085.800 pesetas recibidos en el año 1989 en concepto de indemnización por lesiones sufridas en accidente de tráfico, fueron finalmente invertidas en la compra en cuestión, la solución a la problemática que se plantea es la misma que da la Juez «a quo», en atención al criterio reiteradísimo seguido en esta Sala al respecto, en todos aquellos supuestos en los que cualquiera de las partes, mayor de edad y no declarada judicialmente incapaz, como acontece en autos, verifica una disposición de manera libre y voluntaria, sin la concurrencia de vicio alguno de consentimiento, y sin hacer en su momento reserva, ni declaración de privatividad, ni reseñar derecho de reembolso o imponer condición sobre el metálico en cuestión, siendo lo aquí sucedido, lejos de ello, que constante la convivencia pacífica, vigente la sociedad legal de gananciales, procedió D.ª Esmeralda a aplicar los dichos 3.085.800 pesetas en la compra del inmueble de la calle (…) de Madrid, al que se atribuyó carácter ganancial.

Conforme a ello habremos de considerar que aquel metálico fue donado por D.ª Esmeralda a su familia, o a su esposo en un momento de bonanza matrimonial, realizando una liberalidad para con este o para con su sociedad conyugal, como hemos dicho que reiteradamente se viene sosteniendo por esta Sala en igual línea que se pronuncia el TS, Sala 1.ª, S. 8-10-2004, n.º 969/2004, rec. 2717/1998, en la que el alto Tribunal, en resumen argumenta que: «aunque la regla general es la de presumir la ganancialidad de los bienes del matrimonio, debiendo probar, quien lo alegue, su privatividad, sin embargo, ello cede, por lo menos en lo que se refiere a la relación entre los cónyuges, en el caso de que ambos de mutuo acuerdo o uno de ellos, haya reconocido a favor del otro esa privatividad, declaración de voluntad que no se ve afectada por situaciones tales como falta de precio, o desproporción del mismo, que no afectan a su validez, todo lo cual cabe tanto cuando se reconoce la privatividad de un bien inicialmente ganancial, como a la inversa, esto es, cuando un bien inicialmente privativo se reconoce como ganancial.

Así, en ausencia de declaración expresa de carácter privativo de aportación alguna por parte del esposo, con omisión de anuncio concreto de reserva o condición sobre las cantidades ingresadas, ni mención sobre el derecho de reembolso, es evidente la voluntad del consorte, de realizar a favor de la sociedad conyugal un desplazamiento patrimonial, de manera que no procede ningún derecho de reembolso, ni inclusión en el pasivo societario de ningún derecho de crédito a favor de aquel».

En estos supuestos, la disposición de capital, independientemente de su origen, en el haber de la sociedad, en ausencia de toda manifestación sobre ulterior reembolso, es un comportamiento que se encamina a causar estado en beneficio de la sociedad matrimonial, y bien puede considerarse por ello, reiteramos, una liberalidad del consorte para con la sociedad conyugal que constituyo con la contraparte, no siendo sino en este momento, una vez producida la ruptura, en situación de patología matrimonial, cuando surge el deseo de reintegro, lo que va contra los propios actos, toda vez que a la sazón se verificó la disposición libre y voluntariamente por un consorte, mayor de edad y en pleno ejercicio de facultades, sin la concurrencia, ni siquiera aducida, de vicio alguno del consentimiento, con anuencia y conformidad del otro, constante el matrimonio y con carácter ganancial, sin reserva, condición, expresión o declaración de ninguna especie.

Así, el artículo 1.355 del Código Civil establece: «Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos que se satisfaga. Si la adquisición se hizo en forma conjunta, y sin atribución de cuotas, se

presumirá la voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes».

En este sentido, siguiendo la doctrina sentada por la jurisprudencia menor (entre otras, sentencia de 23 de septiembre de 1999 de la Audiencia Provincial de Álava, y sentencia de 10 de marzo de 1994, de la Audiencia Provincial de Valencia, y de esta propia Sala —sentencia de 14 de septiembre de 2004—) es posible atribuir el carácter ganancial a un bien, si ello se infiere de la voluntad de los cónyuges, plasmada en los actos y contratos, mediante documento privado y escritura pública, celebrados por aquellos, y aun admitiendo la procedencia del carácter privativo del dinero empleado para la compra, en tanto en cuanto no se hace ningún tipo de manifestación, sobre reserva o condición del carácter privativo de dicho metálico, a fin de propiciar, en el momento oportuno, cual nos ocupa, la reivindicación de dicho carácter privativo del bien adquirido, o en su defecto, el derecho de reembolso conforme al artículo 1.358 de dicho texto legal citado.

No puede olvidarse, por otra parte, que el artículo 1.323 del Código Civil permite al marido y la mujer la transmisión por cualquier título de bienes y derechos, y la posibilidad de celebrar entre si toda clase de contratos, de manera que es factible la transmisión de los bienes de la exclusiva pertenencia de uno de ellos, lo que también viene referido a posibles derechos inherentes a favor de cada cónyuge sobre su cuota ganancial, de forma que, con total libertad, se le permiten realizar los contratos que estimen conveniente (Tribunal Supremo, sentencia de 17 de diciembre de 1997).

Conviene resaltar, a mayor abundamiento, la vinculación, en principio y por regla general, de la doctrina de los propios actos, expresamente aplicable para las adquisiciones conjuntas, aún no descartándose la posibilidad de destruir la presunción «iuris tantum» de ganancialidad por los medios probatorios admitidos en derecho.

En suma, el repetido artículo 1.355 permite que los cónyuges, de común acuerdo, puedan atribuir el carácter ganancial a cualquier el bien adquirido a título oneroso durante el matrimonio, especialmente si dicho bien pudiera resultar, en otro caso, privativo, por la procedencia de los fondos empleados en la adquisición, y ello quiere decir que el bien al que se le ha atribuido voluntariamente la condición de ganancial lo va a ser de manera definitiva, siendo irrelevante cualquier demostración posterior del carácter privativo del dinero empleado en su adquisición (sentencia de 11 de enero de 2002, de la Audiencia Provincial de Vizcaya).

Por todas las razones expuestas procede la desestimación de este segundo motivo de recurso, toda vez que la apelante no acredita por medio probatorio riguroso y serio, cuando a ella incumbe el *onus probandi* o carga de la prueba (artículo 217 de la Lec), derecho de reembolso o recobro del dinero invertido en inmueble ganancial sito en la calle (…) número (…) de Madrid, en importe de 3.085.800 pesetas, equivalentes a 18.546,03 euros (que actualizados la parte cifra en 31.843,53 euros), procedentes de la indemnización por lesiones sufridas en accidente de tráfico que se le hizo efectiva el 26 de octubre de 1.992 (documento obrante al folio 169 de autos, al que nos remitimos y damos en aras a la brevedad por reproducido).

Acreditado que de la cuenta de los padres del esposo se hicieron transferencias a diversas cuentas de entidades prestamistas y que tenían por objeto la cancelación de préstamos contraídos constante la sociedad de gananciales, procede incluir en el pasivo la deuda frente a aquellos, sin que pueda entenderse que existió una donación.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 22 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, y con revocación de la misma, ha solicitado la inclusión en el pasivo de

la sociedad legal de gananciales de la deuda del matrimonio frente a los padres del demandado, don Juan Ramón, y doña Joaquina, por el préstamo que estos últimos hicieron al matrimonio por importe de 23.990, 71 euros, para la cancelación en fecha de 9 de octubre de 2009, vigente el matrimonio, de todos los préstamos suscritos durante el matrimonio con distintas entidades.

Ni a este motivo del recurso, ni al resto de los motivos que se expondrán después, se ha presentado escrito de oposición por la parte contraria.

Conviene aclarar que en la diligencia de formación de inventario la propia parte demandante ha reconocido que existían tales préstamos, si bien advirtió que no tenía información ni sabía de su cantidad o importe, ni de la fecha en la que se interesaron los mismos.

Consta acreditado que tales préstamos fueron solicitados durante el matrimonio, y ello se justifica través de las propias respuestas dadas por la parte actora en el acto del interrogatorio celebrado y practicado en el acto de la vista.

No existe prueba alguna de que dichos préstamos fueran destinados al interés particular y privado del demandado, por lo que es de presumir que sus importes ha sido destinados para el beneficio de la familia, presunción que resulta lógica si tenemos en cuenta el fin dado a los préstamos, compra de equipos electrónicos, informáticos, etc., y, por otra parte, tampoco consta que tales préstamos tuvieran por fin afrontar deudas de juego.

La prueba del crédito o préstamo de los padres del demandado no ofrece duda, al respecto del documento número 3, folio 26, en relación a transferencias realizadas a través del Banco de Bilbao Vizcaya, desde la cuenta bancaria de los padres del demandado, apareciendo como beneficiarios distintas entidades prestamistas, y en observaciones, en los documentos en cuestión aparecen tanto el demandado, en la mayor parte de los préstamos, como la parte demandante, que aparece en dos préstamos, todos ellos formalizados durante el matrimonio, y el hecho de que en la mayor parte de los préstamos aparezca el nombre del demandado se justifica por la propia explicación que ofrece la actora cuando indica que toda las gestiones bancarias se realizaban por el demandado.

Por otra parte, la demandante reconoce en el interrogatorio que ciertamente habló con los padres del demandado, en septiembre de 2009, exponiendo las dificultades económicas y los problemas en los que se encontraba el matrimonio, y en definitiva, pidiendo ayuda a aquellos, dando resultado positivo tal petición a través de las transferencias realizadas el 9 de octubre de 2009 a los distintos prestamistas.

En ningún caso ha sido impugnado el documento en cuestión, no obstante las alegaciones formuladas en la diligencia de formación de inventario.

No puede asumirse, según se advierte en la sentencia, que las transferencias de los padres del demandado constituyan una donación, pues tal estrategia sustantiva, ni tan siquiera la mantiene la parte actora, de tal modo que es lo procedente estimar este motivo del recurso, e incluir en el pasivo el importe de 23.990,71 euros, debidamente actualizado a fecha de liquidación de la sociedad legal de gananciales.

No pudiendo integrarse en el activo comunitario las cotizaciones realizadas por cualquiera de los esposos a la Seguridad Social durante la vigencia del matrimonio, la misma suerte han de correr las aportaciones realizadas por el empresario a los planes de pensiones, pues estos tienen por finalidad complementar la pensión de jubilación a cargo de dicho organismo público.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 22 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

El debate litigioso en esta alzada gira en torno al Plan de Pensiones del que el Sr. Carlos María es titular, pues la parte demandada, discrepando del criterio decisorio el efecto plasmado en la

Sentencia de instancia, interesa de la Sala que se incluyan en el activo de la extinta sociedad de gananciales, en su día constituida por los esposos ahora contendientes, tanto las aportaciones efectuadas, vigente el régimen económico matrimonial, por el promotor de dicho plan, como la revalorización o rendimientos generados por el mismo durante el mismo período.

En cuanto tal planteamiento encuentra la frontal oposición de la contraparte, en súplica de íntegra confirmación de la resolución impugnada, procede examinar la problemática suscitada a la luz de la doctrina emanada de la vigente legalidad en la materia, en su proyección sobre las circunstancias concurrentes en el caso, según pone de manifiesto el contexto alegatorio y probatorio que se ofrece a nuestra consideración.

De conformidad con el artículo 1.º del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, los planes de pensiones definen el derecho de las personas a cuyo favor se constituyen a percibir rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez.

En definitiva, el fundamento de los mismos es el de proveer, mediante el actual ahorro o inversión, a la cobertura de las necesidades futuras de su beneficiario, en cualquiera de las coyunturas antedichas, pudiendo establecerse ya en favor del propio partícipe del plan ya en pro de un tercero.

De ahí que haya de concluirse que, en supuestos como el que hoy nos ocupa, tal partida patrimonial no tiene carácter ganancial, y sí privativo, de conformidad con lo prevenido en los artículos 1346-5.º y 1349 del Código Civil, y ello a salvo de los rendimientos que el citado plan haya podido producir durante la vigencia del régimen económico, de conformidad con lo prevenido en el artículo 1349 del Código Civil, lo que en el caso no ha acaecido, habida cuenta que, en dicho lapso temporal, y por la ausencia de los antedichos condicionantes, no se ha llegado a recibir ningún rendimiento económico del plan objeto de debate, por lo que su revalorización, en dicho período, en cuanto expectativa de futuro, tampoco puede integrarse en las operaciones liquidatorias del caudal común.

Puede, sin embargo, suceder que dicho plan de pensiones se haya nutrido, durante la convivencia matrimonial, de aportaciones económicas de procedencia ganancial, en cuyo supuesto debe operar necesariamente lo prevenido en el artículo 1397-3.º del citado texto legal, a cuyo tenor ha de comprenderse en el activo de la sociedad de gananciales el importe actualizado de las cantidades pagadas por aquélla que fueran de cargo sólo de un cónyuge.

Ha quedado cumplidamente acreditado, en el curso del presente procedimiento, que las aportaciones al plan de pensiones objeto de debate no fueron realizadas directamente por ninguno de los esposos, sino por el promotor del Plan como así lo evidencian los diversos documentos incorporados a las actuaciones y lo asume la hoy recurrente.

No puede ignorarse, al hilo de la estrategia diseñada por esta última litigante, que, conforme al Real Decreto 1307/1988, las contribuciones del promotor pueden ser deducibles de la base imponible del impuesto que grava su renta, imputándose, en la parte que corresponda, a los partícipes en el plan de pensiones, que han de integrarse en su base imponible del IRPF, en concepto de rendimientos netos del trabajo dependiente (*vid.* artículos 61 y 63 de dicha normativa, vigente al tiempo de producirse en el caso las referidas aportaciones).

Sin embargo, como declara el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de febrero de 2007, dichas aportaciones empresariales al plan de pensiones no pueden confundirse con la retribución salarial, pues se trata de prestaciones económicas a favor del trabajador que no producen incremento en su patrimonio, sino que pasan a formar parte de un Fondo de Pensiones, que es gestionado por un tercero, en tal modo que el partícipe no tiene ningún control sobre las cantidades ingresadas en el correspondiente Fondo.

Se marca así una clara línea diferencial entre el salario que, durante la vigencia del régimen económico, tiene indiscutible carácter ganancial (artículo 1347-1.º CC), y las aportaciones del empleador a un Plan de Pensiones que, por más que puedan tener la antedicha repercusión fiscal, no se integran en el patrimonio del tra-

bajador, sino en un Fondo de Pensiones asimilable, según dicha doctrina jurisprudencial, a la pensión de jubilación, que es un derecho del trabajador al que no le es aplicable el artículo 1358 CC.

Por ello, y no pudiendo integrarse en el activo comunitario las cotizaciones realizadas por cualquiera de los esposos a la Seguridad Social durante la vigencia del matrimonio, la misma suerte han de correr las aportaciones realizadas por el empresario a los Planes de Pensiones, pues los mismos tienen por finalidad complementar la pensión de jubilación a cargo de dicho organismo público.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

En modo alguno puede ser positivo para la menor el clima de tensión en el que se efectúan las visitas, dado que la situación emocional de la madre biológica es obvio que influye negativamente en la menor.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 22 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de instancia, y con revocación de la misma, ha solicitado la recuperación de la patria potestad y la guardia y custodia, con cese de acogimiento, de la menor Araceli a favor de la madre biológica, Lourdes, y ello en razón de que ya se encuentra recuperada esta última, emocional, familiar, y materialmente, lo que intento de acreditar por medio de el informe del servicio de salud mental de Puente de Vallecas, documentos e informes que pudo haber aportado la recurrente, reiterando los argumentos expuestos en el escrito de solicitud planteado en su momento.

La parte apelada, así como el Ministerio Fiscal, han solicitado la confirmación de la resolución dictada por el juzgado.

La problemática suscitada en esta alzada, como también en la instancia, se ha resuelto conforme al interés y el beneficio de la hija menor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución, y los artículos 1 y 2 y 11-2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, pues en materia de guarda y custodia, ejercicio de patria potestad, etcétera, debe prevalecer siempre, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, el interés y el beneficio de los menores.

Ni el Juzgado ni la Sala consideraron pertinente, en el momento procesal oportuno, la práctica de la prueba que interesó la recurrente, dado que obra en los autos prueba suficiente en orden a la valoración actual de la situación de la menor, en su actual entorno familiar, según se deduce del resultado de la comparecencia de las personas acogedoras de la menor, de fecha 23 de noviembre de 2010, quienes relataron con certeza y exactitud que la menor se encuentra perfectamente adaptada con su familia actual y los hijos biológicos de la misma, estando escolarizada, y en muy buena situación emocional.

Asimismo, se emitió informe por parte de la entidad de integración familiar, de 10 de febrero de 2011, de cuyo resultado se ha hecho eco el auto apelado, y ciertamente se concluye que actualmente la madre biológica, hoy recurrente, no se encuentra en posibilidad de garantizar la estabilidad emocional, ni tan siquiera durante las visitas, circunstancia que a la menor no le ayuda a evolucionar positivamente, al tiempo que se pone de manifiesto la conducta rebelde de la madre, hoy recurrente dada la inestabilidad de la misma, lo que ha determinado valorar para el futuro la posibilidad de suspender las visitas de la misma con dicha menor, si se mantiene en su actitud de no aceptar la intervención de los profesionales que realizan el seguimiento del acogimiento familiar.

En modo alguno puede ser positivo para la menor el clima de tensión en el que se efectúan las visitas, dado que la situación emocional de la recurrente es obvio que influye negativamente en la menor.

Ni tan siquiera demuestra la recurrente la posibilidad, de recuperar la guarda de otra hija, que actualmente tiene diez años de edad, y que también está acogida desde el año 2001.

Es irrelevante que la parte recurrente no haya contraído matrimonio con la madre biológica de la adoptanda, de tal modo que si se puede adoptar simultáneamente por quienes integran una pareja unida de forma permanente, se entiende también que es posible la adopción formulada y solicitada por quien constituye la pareja estable y permanente del progenitor biológico, por lo que no se necesita de la propuesta previa de la entidad pública.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 25 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de instancia, y con revocación de la misma, ha solicitado la admisión a trámite de la demanda de adopción formulada en su momento por don Conrado, y por cuanto que quien pretende ser adoptante convive con la madre biológica (Lina) y con la adoptanda, Nicolasa, cuando esta última contaba con cinco años de edad, en el año 1973, habiendo fallecido el padre biológico de la misma.

El Ministerio Fiscal, también recurrente, solicita la admisión a trámite de la solicitud formulada.

En efecto, es de tener en consideración lo dispuesto en el artículo 175,4, en relación con el artículo 176-2.º, 3.º del Código Civil, y en conexión dicha normativa con la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, que señala que la referencia de esta ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor será también aplicable al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente, por relación de afectividad análoga a la conyugal.

Si ello es así, es irrelevante que la parte recurrente no haya contraído matrimonio con la madre biológica de la adoptanda, de tal modo que si se puede adoptar simultáneamente por quienes integran una pareja unida de forma permanente, en los términos entendidos a una convivencia estable y duradera, se entiende también que es posible la adopción formulada y solicitada por quien constituye la pareja estable y permanente del progenitor biológico, todo ello sin perjuicio de lo que se acredite durante la fase de la tramitación del expediente de adopción, pero, en este sentido, según los argumentos establecidos anteriormente no se necesita de la propuesta previa de la entidad pública, por lo que se está en el caso de acordar la admisión a trámite de la solicitud formulada, con estimación del recurso interpuesto por la parte recurrente y el Ministerio Fiscal.

FILIACIÓN

Además del pago de daños patrimoniales, se condena a una mujer al abono de 3.000 euros en concepto de daño moral por hacer creer a un hombre que era el padre de su hija cuando en la época de la concepción había mantenido relaciones sexuales con otros varones. No ha quedado acreditada la alegación de la demandada sobre la posibilidad de tener menstruación mientras se encontraba embarazada.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Luis Casero Alonso**

Estos son los hechos, Don Leopoldo y Doña Justa, que trabajan, o al menos, trabajaban en la misma empresa a la fecha de los hechos que a continuación se narran, mantuvieron contacto sexual el 8-4-2008, a finales de ese mes, Doña Justa comunica a Don Leopoldo que está embarazada, convencida de su paternidad, e inician una relación de convivencia extramatrimonial. El día (…)-2009 nace el niño, Julián, que se inscribe en el Registro Civil como hijo de ambos, y a los pocos meses (en Marzo de ese año) se rompe la convivencia suscribiéndose convenio de mutuo acuerdo relativo a visitas y alimentos del menor, Don Leopoldo comenzó a dudar de su paternidad y, privadamente, realizó una prueba biológica que descartó su filiación, entonces presentó demanda de impugnación de la filiación que concluyó por sentencia de 12-7-2010 estimatoria que declaró que el menor no era hijo suyo.

Esto así, Don Leopoldo formula la presente demanda frente a Doña Justa en reclamación de daños patrimoniales y morales. Los patrimoniales se concretan en su contribución dineraria a la atención y necesidades del menor en más otros vinculados al esclarecimiento de su paternidad y la asistencia letrada para la suscripción del convenio a raíz de la ruptura de la convivencia, los morales se vinculan al desengaño sufrido al conocer que no era el progenitor del menor y la consecuente afectación emocional que supuso y supone asumir que a quien consideró y trató como hijo propio no lo es así como lo que supusieron estos hechos en su lugar de trabajo.

La demandada se allanó al reintegro de ciertas cantidades (no a todas) y se opuso rotundamente a la suma interesada en concepto de daño moral aduciendo el convencimiento de uno y otro contendientes de que el hijo era de ambos y que, por tanto, no actuó de mala fe.

La sentencia de la instancia acoge en parte la pretensión de reintegro de los gastos o daños patrimoniales y niega la indemnización solicitada por daño moral.

Al respecto de esta segunda asume como verosímil y cierto el relato de la demandada de que el día 3 de abril del año 2008 había tenido la menstruación, lo que descartaba la paternidad de otro a consecuencia de relaciones anteriores a ese hecho, y de que entre aquel día y el 8, en que se produjo el contacto con el actor no mantuvo otras relaciones sexuales apreciando así y entonces que la demandada no actuó de mala fe viniendo justificada su razonable convicción de que el actor era el progenitor no apreciándose, atendidas las circunstancias personales y económicas de una y otra parte, móvil o razón que llevara a la demandada a falsear la verdad de las cosas ni comportamiento obstructivo al afloramiento de la verdad biológica que escondiese un propósito inatendible y contrario a dicha verdad.

No conforme el actor recurre, su recurso abarca el reintegro de todas las cantidades interesadas pero sobre todo se concentra en la suma interesada como daño moral y, partiendo como hecho acreditado por la sentencia recurrida de que la demandada tuvo el periodo el día 3 de abril y después de eso mantuvo relaciones carnales solo con el actor, se pregunta cómo es que, si es que él no es el progenitor, la demandada estaba embarazada y sostiene que, siendo esto así

e indiscutible, ello solo se puede explicar porque o bien no sufrió la menstruación en aquellas fechas y estaba embarazada fruto de relaciones sexuales anteriores, o bien no es cierto que después de aquella fecha solo mantuvo relaciones con el recurrente sino que necesariamente hubo de tenerlas con tercero y de donde que, en uno y otro caso, habría incurrido la parte en actuar contrario a la buena fe al no hacer partícipe a la parte de dichos hechos o, cuando menos, indiligente al comunicar al actor el embarazo y su paternidad sin indagar otras posibles paternidades.

Y, qué duda cabe, la objeción del recurrente al planteamiento exoneratorio de la sentencia recurrida es tan razonable como asumible.

No obstante, contesta el recurrido, al impugnar el recurso, que existe la posibilidad de estar embarazada y menstruar (bastando para averiguarlo, dice, una consulta en Internet) pero, desde luego, si existe tal posibilidad resulta poco común frente al curso biológico ordinario y, por tanto, y de acuerdo con el criterio de normalidad que preside la carga de la prueba (según el cual corresponde a la parte la prueba de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión y al adverso que los introduce en el debate la de los hechos obstativos que están fuera del normal suceder) la relativa a este extremo era de cargo del recurrido (art. 217.2 y 3 LEC).

De forma que, se repite, si es que la realidad de los hechos contradice derechamente las explicaciones justificativas de la demandada sobre su convencimiento de la paternidad del recurrente, su comportamiento, considerado objetivamente, no se aprecia acomodado a las reglas de la buena fe pues de los hechos resulta, en todo caso, haber mantenido relaciones sexuales con terceros anteriores o contemporáneamente a las habidas con el recurrente.

La contestación nos ilustra sobre las circunstancias económicas, laborales y personales de los contendientes del proceso al tiempo de el embarazo así como de la conducta de la demandada después de que el actor conociese que no era el progenitor, para, a su vista, demostrar que ningún móvil o motivo espurio presidía el actuar de la parte ni había razón para el engaño y, sin embargo, con ser cierta la independencia económica de la demandada y que no se conoce sufriese presión de terceros para regularizar la concepción las razones que llevan a los sujetos a actuar pueden ser muchas y diversas, no necesariamente patrimoniales o sociales, y más en un supuesto como el litigioso, escapan normalmente al conocimiento ajeno y del tribunal y, en cualquier caso, no pueden sobreponerse al hecho objetivo ya declarado de que, de acuerdo con los hechos tenidos como ciertos, la demandada no podía ignorar que otra posible persona, distinta del actor, podía ser el padre del concebido debiendo haber hecho partícipe al adverso de estos hechos y consecuentes dudas sobre la atribución de la concepción.

Así planteado el debate, la invocación del art. 1902 del CC por el actor como fuente de su derecho sugiere el debatido, actual y complejo interrogante de la aplicación del derecho de daños a la familia pues, si una inicial consideración del matrimonio cono cuerpo unitario (del marido y la mujer) y la primacía del interés supraindividual sobre el individual de los integrantes de la familia así como de sus respectivos deberes y derechos como de carácter ético o moral decidió y sostuvo, en su momento, el criterio de la inmunidad o privilegio conyugal que rechazaba la aplicación de el régimen ordinario de la responsabilidad por daño a los causados entre sí entre los miembros integrantes de la familia por incumplimiento de sus deberes conyugales o paterno-filiales, semejante parecer esta en decadencia y revisión por la doctrina moderna sustentada en la idea de la familia y el matrimonio como comunidad (y no como institución) donde cada uno de los individuos integrantes desarrolla su personalidad (según visión que comparte la EM de la Ley 15/2005 de 8 de julio para justificar la reforma de la separación y el divorcio) lo que le lleva también a rechazar el principio de especialidad (de acuerdo con el cual en el seno del derecho de familia las consecuencias de con incumplimientos de los deberes por sus integrantes solo pueden ser aquellas específicamente recogidas por la norma y de lo que es reflejo la STD de 30-7-1999), y que opta decididamente por la resarcibilidad de los daños causados dentro del matrimonio y la familia aplicando el régimen tanto de la culpa contractual como, mas singularmente, el de la extracontractual trasladándose el debate, a partir de ese presupuesto,

a la identificación del hecho dañoso (su carácter reiterado y grave en aras de evitar una excesiva proliferación de reclamaciones y porque los parámetros con que han de analizarse la convivencia matrimonial o familiar no pueden ser, a efectos de imputación, asimilados a los propios de la convivencia social), al nexo de causalidad y, sobre todo, al criterio de imputación del daño al cónyuge infractor (por lo dicho de el muy específico y especial ámbito en que se produciría el hipotético daño) siendo uno de los supuestos más frecuentes de entre los que motivan este examen el de la revelación de que el hijo que se consideró y trató como propio se conoce después como que no lo es y el posible daño moral consecuente resarcible (de lo que son ejemplos las SS A.P. Valencia de 2-11-2004 y 5-9-2007, Barcelona 16-1-2.007, León 2-1-2.007, Cádiz 3-4-2008 y Murcia 18-11-2009 todas dictadas en sentido positivo, apreciando el daño moral reclamado) y todo lo que se trae a colación para evidenciar la corrección del planteamiento de su tutela por el recurrente sin desconocer que no nos hallamos ante un supuesto de matrimonio sino de mera convivencia lo que, con ser que no venían los contendientes obligados a los deberes del matrimonio (art.66 y sgts CC), no quita para que la conducta que le es exigible halla de acomodarse a la buena fe de acuerdo con las circunstancias concurrentes y como es que los hechos son los expuestos y son de notoria gravedad e importancia, pues se trata de que la demandada comunicó al actor su embarazo haciéndole de este modo partícipe de la idea de su primogenitura, habrá de convenirse con el recurrente que la demandada procedió (si no dolosamente) incurriendo en culpa grave que determinó el reconocimiento por el actor del nacido como hijo propio y su tratamiento como tal hasta que conoció que no lo era con el consecuente daño moral consistente en el desengaño y frustración de su rol de padre, a más de la proyección externa que el acontecimiento pudo tener en su lugar de trabajo con afectación de sus derechos personales como son su imagen y consideración social, siquiera la escasa duración de la convivencia de la pareja y del lapso de tiempo durante el que el actor permaneció en el error en absoluto justifican una suma tan elevada como la interesada pareciéndonos más ajustada la de 3.000 euros.

Como ya se adelantó el recurso se extiende a aquellos desembolsos relacionados en el documento al folio 15 que el tribunal de la Instancia no consideró reintegrables cuales son los honorarios satisfechos a Letrado por la firma del convenio regulador, los ingresos identificados bajo la rúbrica «cuenta gastos bebé» y el pago de la prueba de paternidad biológica practicada a su instancia antes de la promoción del proceso de impugnación de la paternidad.

Pues bien, efectivamente al folio 22 obra orden de transferencia a favor del señor Franco pero no se identifica el concepto y al 21 otro a Bio Zell sin que tampoco se identifique el concepto y, por último, la cuenta (…) es de titularidad común de una y otra parte, anterior a el nacimiento del bebé y registra cargos por «gastos comunes», por lo que no se puede aceptar la identificación interesada de la parte que de ella hace como «cuenta gastos bebé», es decir, como cuenta solo destinada a la atención de las necesidades del nacido.

Aunque se desestimó la petición de medidas cautelares del artículo 768 de la LEC en la que se solicitó la fijación de una pensión alimenticia mientras se tramitaba el procedimiento de reclamación de paternidad, no debió condenarse en costas a la parte actora.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 29 de mayo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Carmen Neira Vázquez**

Se cuestiona en esta alzada las medidas cautelares solicitadas en la primera instancia, pidiendo ahora que se revoque el auto recurrido que denegó su adopción, lo que no puede ser acogido, en primer lugar por carencia sobrevenida del objeto si tenemos en cuenta que tras dictarse el auto ob-

jeto de esta apelación se resuelve el pleito principal mediante sentencia de fecha 2 de febrero de 2011 que —si bien ha sido recurrido ante esta AP, confirmada en sentencia de esta misma fecha— acuerda fijar una pensión de alimentos de 900 euros al mes con carácter retroactivo desde la fecha de la interpelación judicial.

El acontecer cronológico del conflicto subyacente y el devenir procesal del proceso de reclamación de filiación ha privado de razón de ser el presente procedimiento de apelación en su pretensión principal dada la medida allí acordada y la aplicación del artículo 148 del CC, no pudiendo por lo tanto acogerse la petición que ahora se formula.

Tampoco en cuanto al fondo del asunto cabe atender las alegaciones de la recurrente habida cuenta el contenido del artículo 768 de la LEC, sin duda aplicable específicamente a la situación fáctica que se plantea, regulador de las medidas cautelares susceptibles de adoptar mientras dure el procedimiento por el que se impugna la filiación, sin que puedan conducirse la pretensión recurrente al ámbito del artículo 728 y siguientes de la LEC.

Dicho cauce procesal es idóneo para establecer las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor, pudiendo el tribunal acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y en su caso adoptar las medidas de protección indicadas, sin que tal perspectiva implique necesariamente el establecimiento obligatorio de medidas cautelares sin excusa o salvedad alguna, dado que el cauce o vía resolutoria habitual, en este como en otros procedimientos, requiere de la ponderación judicial o valoración de pruebas o circunstancias que aconsejen la actuación protectora que el artículo regula, lo que razonadamente lleva a cabo la Juzgadora de la primera instancia al sopesar la situación de la menor, los ingresos de la madre ahora apelante, que atiende y cuida en condiciones de idoneidad de la menor y en fin, la ausencia de datos o razones que aconsejen disponer las medidas demandadas por no haberse acreditado —en los términos del artículo 217 de la LEC— su necesidad, todo lo cual conduce a desestimar este motivo de apelación que sin embargo procede atender en lo tocante a la imposición de costas, todo ello en atención a la naturaleza de la cuestión que se ha debatida, así como al propio pronunciamiento realizado en la sentencia recaída en el pleito principal que acuerda retrotraer los efectos a la fecha de la interpelación judicial, lo que evidencia, no obstante, una situación fáctica inicialmente satisfactoria con las exigencias de la demandante, lo que conduce a estimar en parte el recurso de apelación y a revocar en este punto el auto recurrido en el sentido de disponer que se deja sin efecto la imposición de costas declarando expresamente que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

CUESTIONES PENALES

En el caso de «los bebés robados», los hechos serían constitutivos de un delito contra el estado civil, favorecido por otros de falsedad documental, todo lo más, y la acción penal habría prescrito hace décadas, sin que se vean visos de ninguna otra infracción, razón por la cual la instrucción ni tan siquiera debió iniciarse.

AP Huelva, Pleno, Auto de 19 de noviembre de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Andrés Bodega Val**

PRIMERO.—Se apela el auto que acordó sobreseer la instrucción, abierta en su día para esclarecimiento de los hechos denunciados; se alega que deben practicarse algunas diligencias añadidas para permitir identificar a los responsables de aquello que se denuncia, en esencia una sos-

pecha sobre la efectiva muerte de un niño nacido en el año 1968 y que podría estar vivo, al haber sido entregado a otras personas para su cuidado y no a sus verdaderos padres.

SEGUNDO.—La Sala no sólo está conforme con lo acordado sino que, yendo más allá, debe aclarar que las acciones penales de que se podría hacer uso están completamente prescritas. Los hechos serían constitutivos de un delito contra el estado civil, favorecido por otros de falsedad documental, todo lo más, y la acción penal habría prescrito hace décadas, sin que se vean visos de ninguna otra infracción, razón por la cual la instrucción ni tan siquiera debió iniciarse.

Esta cuestión se ha traído a debate de pleno, pues aunque ya había recaído alguna decisión en asunto similar, había discrepancias en la solución a adoptar, si bien se ha terminado por resolver de manera unánime en el sentido que ahora exponemos, esto es en síntesis, descartando que exista detención ilegal en los supuestos de sospechas de entrega de un niño nacido a terceros para alterar la filiación, confirmándose la declaración de estar prescritas las acciones para todos los delitos que, en el peor de los casos, pudieran haberse cometido, algunos mucho más graves.

TERCERO.—Ocurridos los hechos en 1968 estaría vigente el Código Penal, texto revisado de 1963 (aprobado por Decreto 691/1963, de 28 de marzo), cuyo artículo 480 definía así el delito de detención ilegal: «El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con pena de prisión mayor», de forma idéntica que el art. 163.1 del vigente. En cuanto a las penas, ambos Códigos la reducen «Si el culpable diere libertad al encerrado o detenido dentro de los tres (primeros [en el Código de 1.995]) días de su detención, sin haber logrado el objeto» propuesto y en cambio la agravan si «el encierro o detención hubieren (ha) durado más de quince días» o si «no diere (dé) razón del paradero de la persona detenida» salvo que la haya dejado en libertad».

Ni siquiera con una interpretación muy extensiva (contraria al principio de legalidad) encuadra la conducta en el tipo penal descrito. La reiteración de las palabras encierro o detención lo impide. El artículo 4.1 del Código Penal de 1995 impide aplicar las leyes penales «a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Al niño no se le encierra ni se le priva de movimientos ni es esa la intención o dolo del autor, sino que se le cambia de «madre», a diferencia de casos que hemos sabido por los medios de comunicación de padres que han tenido materialmente encerrados a algún hijo durante años. Menos aún compartimos tal interpretación cuando la conducta encaja en otros tipos penales que serán objeto de nuestra consideración más adelante.

Dentro de nuestra jurisprudencia, en la STS núm. 492/2007, de 7 de junio, que se podría invocar a favor, como dice la posterior de 21 de enero de 2011, «el caso, como se ve, difiere sustancialmente» pues «los acusados asesinaron a la madre, para quedarse en su casa con el hijo de la víctima, disponiendo de él como si les perteneciera», concluyendo tal sentencia de 2011 que el niño «no estaba detenido, ni encerrado» y que la acción de «separarlo antijurídicamente de su madre, sin encerrarlo ni detenerlo [...] no es subsumible bajo el tipo del art. 225 bis CP, ni bajo el tipo de la detención ilegal del art. 163.1 CP».

CUARTO.—Y es que el delito de detención ilegal es permanente en el sentido de que después de la consumación se perpetúa mientras dure la privación de libertad, cosa que parece confundir el recurrente con delitos cuyas consecuencias sean permanentes (piénsese en una mutilación o secuela permanente de unas lesiones y, cómo no, en la muerte por homicidio) y con los delitos que causan estado, como luego diremos. Pues bien, no cabe presumir ni sospechar siquiera que el menor presuntamente sustraído hubiera estado encerrado, antes bien, esa persona llevaría a cabo una vida en libertad y ahora tendría más de cuarenta años de edad.

QUINTO.—Por lo demás, el artículo 484 del Código de 1963, en capítulo aparte del titulado «De las detenciones ilegales» llamado «De la sustracción de menores», reza así: «La sustracción de un menor de siete años será castigada con la pena de presidio menor». Viene seguido de otros que se refieren al encargado de la persona de un menor que no lo presentare a sus padres o guardadores y al que indujere a un menor de

edad pero mayor de siete años a abandonar la casa de sus padres.

El Código de 1995 no incluyó la primera conducta, la sustracción de menores, lo que significó su despenalización y por tanto la imposibilidad de punición por ser ley penal más favorable. El legislador advirtió la omisión y por L.O. 9/2002, de 10 de diciembre añadió una Sección y un artículo, el 225 bis, al Capítulo titulado «De los delitos contra derechos y deberes familiares». Tituló la Sección «De la sustracción de menores», pero, congruentemente con el nombre del Capítulo, restringió la autoría al progenitor, sus parientes hasta el segundo grado y a los ascendientes del menor. La Sección 1.ª del mismo Capítulo, titulada «Del quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono del domicilio» tipifica esencialmente el resto de conductas descritas en el párrafo anterior.

SEXTO.—Cabe entonces preguntarse cuál es la correcta calificación del hecho. Y existe en el Código de 1963 un delito, dentro del Título XI del Libro II, «De los delitos contra el estado civil de las personas», castigado con presidio menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas: «La suposición de parto y la sustitución de un niño por otro» (artículo 468). En el vigente Código hay un Capítulo titulado «De la suposición de parto y de la alteración de la maternidad, estado o condición del menor» que se encabeza con el artículo 220: «1. La suposición de parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años. 2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación. 3. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años», y la misma pena se prevé para quien mediando compensación económica entregue a otra persona a un menor así como para la persona que lo reciba y el intermediario (art. 221), añadiendo pena de inhabilitación especial para el educador, funcionario o persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria que perpetre cualquiera de esas conductas (art. 222).

Éste podría ser el delito cometido, y su plazo de prescripción computa desde que se realiza la acción que consuma el resultado, con la entrega material del nacido y la ruptura de la relación filial auténtica. Se trata de un delito, no permanente, como ya hemos apuntado, sino de los de ejecución instantánea que causan estado, completamente diversos en su esencia y efectos de la detención ilegal. Como es patente, en éste está en manos del autor poner fin o hacer cesar el daño al bien jurídico atacado de un modo inmediato, al conservar el dominio del hecho; mientras que en aquél, el reponer la situación creada a su estado regular puede depender incluso (según el tiempo pasado y su situación) de la voluntad de la persona extraída de su familia e integrada en otra.

Son las acciones civiles de reclamación de filiación por quien esté legitimado las que no prescriben; y de otras vías posibles para dar respuesta al interés de los padres hablaremos más adelante.

SÉPTIMO.—Se invoca también la posible existencia de un delito de falsedad documental. Sin embargo, es notorio que estos otros delitos, más leves que la detención ilegal, y no permanentes, de haberse cometido, habrían también prescrito.

OCTAVO.—Como conclusión, podemos sentar con carácter general, las siguientes consideraciones, argumentos o razones que el Pleno de esta Audiencia hace suyas unánimemente:

a) Hay clara ausencia de todo indicio de una privación de libertad deambulatoria prolongada durante años, y falta equivalencia entre ese hecho y la pérdida de la relación paterno filial. Es fácil advertir la disparidad que, desde todos los puntos de vista, existe entre ambos resultados o hechos, la diversa intención de quien los comete, la distinta afección a un bien jurídico concreto, y la diferencia, como efecto de todo ello, de la reprochabilidad, de las penas y de las acciones para pedir su imposición. Sólo la detención ilegal justificaría una mayor pena y una persecución tan atrasada, que sería motivada por la perdurabilidad del ataque al bien jurídico. En cambio, la pérdida de la relación paterno filial verdadera, que se suplanta por otra, no causa el mismo mal sino uno diverso, sobre todo desde el punto de vista del recién nacido, desde luego completamente diferente de la pérdida de la libertad física. Con la interpretación que la parte sugiere, la sustitución de un niño por otro ge-

neraría dos detenciones ilegales, que tampoco prescribirían sino hasta que se dejara sin efecto el nuevo vínculo civil (¿destruyendo su aparente legalidad en la vía civil?), y se declarara la filiación verdadera.

b) Es claro que los delitos que causan estado no son permanentes, sino que se consuman (como los matrimonios ilegales o estos delitos de que aquí se trataría, los que alteran la relación paterno filial) en el momento en que se agota ese resultado, y luego restan sus consecuencias, pero escapando ya del autor la aptitud de reponer la situación al estado anterior, a diferencia de la detención ilegal; y desde que causan el estado ilegal comienza a computarse el plazo prescriptivo.

c) Dado el larguísimo tiempo transcurrido desde ese momento, la falta de indicios es lógica, y más aún de tal hecho, esa detención ilegal que ni siquiera se dice haya existido; y esa ausencia de indicios no justifica lo que supone incluir a ciertas personas (es la diligencia que se solicita ahora) en la categoría de imputados en causa penal, decisión que sería completamente desproporcionada a las posibilidades de prosecución de la causa.

e) Las normas penales no deben interpretarse de modo forzado, ni extensivamente, ni es correcto esforzarse en intentar plantear una hipótesis apartada de la realidad a fin de perpetuar la persecución criminal.

f) Por lo demás, aunque se pretende que se apoye la continuación del proceso en la posibilidad de no iniciar el cómputo de la prescripción hasta que la víctima menor de edad alcanzara la mayoría de edad, lo cierto es que esa norma se introdujo en nuestro ordenamiento penal después de cometidos los hechos y no puede aplicarse de manera retroactiva al ser favorecedora de una mayor punición y, en suma, perjudicial o desfavorable al reo. Aunque en este caso, además, incluso de aplicar dicha regla, habría pasado ya sobradamente el plazo de ejercicio de la acción penal.

g) Finalmente debemos añadir que somos conscientes de que la prescripción resulta ser una insatisfactoria respuesta ante determinado conflicto, que prácticamente a nadie complace, toda vez que es más bien una falta de respuesta, pues no se valora el fondo del debate ni se da solución en un sentido o en otro. Sin embargo, esa institución jurídica es indiscutible; y particularmente en lo penal, por la necesidad de que la concreción del *ius puniendi* del Estado sea razonablemente cercana a los hechos cometidos, cosa que tiene justificaciones de mucho peso, como la de permitir una mejor constatación y prueba de los hechos, la de favorecer la seguridad jurídica, la de comenzar con la corrección y resocialización de los encausados cuando es momento útil para ello, y otras que resultan conocidas en este ámbito del Derecho y en general en el de toda normativa sancionadora, sin perjuicio de lo que a continuación señalamos.

NOVENO.—A) Las normas tanto nacionales como internacionales (por ejemplo la Decisión Marco 2001/220 JAI de 15 de marzo relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal y recientemente la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo "Normas mínimas sobre derechos, apoyo y la protección de víctimas de delitos" que se encuentra en fase avanzada de tramitación), establecen una serie de derechos de las víctimas del delito y una serie de atenciones para con las mismas dentro del procedimiento penal.

Entre éstos se encuentra el derecho a la información acerca de la marcha de los procesos, de los recursos y las posibilidades de asistencia y reparación que el ordenamiento jurídico le ofrece y el derecho a ser oídas. Información que debe prestarse de manera clara y comprensible facilitando cauces de explicación que permitan entender a las víctimas las actuaciones de los Tribunales y clarificando y haciendo accesible el lenguaje y la terminología de las resoluciones judiciales.

Es notorio que la decisión que ahora adoptamos incumbe a un número muy importante de víctimas —tanto directas como indirectas— de unos hechos presuntamente delictivos.

B) Los Magistrados que componen la Audiencia Provincial de Huelva, conscientes de la trascendencia social que supone la problemática relacionada con los casos que comúnmente se vienen denominando de «los bebés robados» decidieron por unanimidad estudiar este tema en pleno y dictar auto de forma conjunta.

Con ello se pretendían dos objetivos:

Primero, dar una respuesta uniforme a los diferentes recursos en trámite, y aun a otros que pudieran generarse, evitando la disparidad de criterios entre Secciones del Tribunal, con los notables inconvenientes que ello supone, y la inseguridad que crea en los usuarios del sistema de Justicia, y ofreciendo a los Juzgados de Instrucción un parámetro interpretativo al que acogerse.

Así, la solución en Derecho que ahora ofrecemos pondera los diferentes aspectos jurídicos de una serie de conductas presuntamente cometidas en un marco temporal también relativamente amplio; llegando a la conclusión de que no es posible proseguir la vía penal en relación con ninguna de ellas, por los motivos que técnicamente se exponen en otros apartados de esta resolución.

Segundo, habida cuenta del impacto social de este tipo de casos y del número de personas afectadas, no por este singular recurso de apelación sino por todos los demás que pueden verse afectados por lo que ahora se decide, ofrecer una respuesta que respaldan y asumen los nueve Magistrados de la Audiencia, profusamente motivada y rigurosa en lo jurídico, fruto de la reflexión y el debate plural y que cumpla todos los requisitos de tutela judicial efectiva.

Precisamente el motivo de llevar a pleno la cuestión fue facilitar la contraposición de los argumentos que pudieran existir a favor y en contra de la perseguibilidad conforme al Derecho Penal de determinadas conductas. Luego de un debate fructífero, intenso y detallado se alcanzaron las conclusiones que quedan reflejadas en este auto, que pretenden servir de base al análisis global del problema y poner en perspectiva hacía dónde caminarían estos expedientes judiciales, a diferencia de aquéllas otras resoluciones que en casos concretos y contestando algún aspecto parcial, resolvían que debía continuarse —al menos de forma momentánea— la instrucción con la práctica de determinadas diligencias. Dentro del proceso de toma de decisión se asumió por todos los firmantes del auto que, en los términos en que se plantea el debate y respecto de los diferentes delitos a los que podrían referirse las conductas denunciadas, no es posible la continuación de la instrucción.

C) El problema, esencialmente, es de prescripción de todos los posibles delitos, por el tiempo transcurrido y por las dificultades técnicamente insalvables según parecer del Tribunal, para entender que alguno de esos delitos se ha venido manteniendo en el tiempo o para aplicar retroactivamente normas de prescripción.

Las víctimas de los delitos, según concluyen los estudios y congresos más relevantes a nivel internacional, demandan del sistema de Justicia, y de la sociedad en general, antes que una reparación vindicatoria, ser oídas, atendidas, que se les expliqué qué ocurrió y por qué y cuáles pueden ser la soluciones y alivios al choque por estrés que sufrir el delito les produjo. Que se les trate con respeto y con empatía.

Con esta mira se ha redactado el presente auto, y este fundamento particularmente, procurando razonar y exponer la situación legal, y ofreciendo aquí una explicación más sencilla y asequible que la meramente técnica.

D) Restan por hacer dos apuntes para acabar. De un lado, la situación de las víctimas que legítimamente reclaman, en esencia, conocer sus lazos familiares con determinadas personas que oficialmente no aparecen vinculados a ellos, merece plena atención por parte del ordenamiento jurídico y quedar amparada por la tutela judicial efectiva.

Pero en su búsqueda existen dos niveles; de un lado, la realización de toda una serie de actividades instrumentales (acopio de documentación, exhumaciones, cotejo de ADN u otras) que se pueden desenvolver en el marco de un proceso civil de filiación, en caso de estar civilmente legitimados, información para perpetua memoria, o alguna incluso utilizando los recursos y acudiendo a las iniciativas que la Administración Pública está poniendo a disposición de los afectados. De otro, está la definitiva decisión sobre las nuevas relaciones de parentesco derivadas de la determinación de una filiación no coincidente con la que se plasmaría en los registros oficiales que se podría obtener acudiendo a los procedimientos civiles de determinación de filiación.

En segundo lugar, y por último, aunque venimos haciendo todo este análisis en un enfoque victimológico, no podemos olvidar que el Derecho Penal no puede ser aplicado en un Estado de Derecho con la única finalidad de atender una serie de demandas por justas que sean si éstas pueden ser satisfechas por otros cauces legales y, sobre todo, si los hechos que motivan la tramitación de un asunto, no pueden alcanzar la fase de juicio. Hay otros derechos e intereses que también deben ser objeto de tutela por parte de los Jueces y Tribunales como el no someter a un proceso penal a determinadas personas cuya presunta responsabilidad no puede ser objeto de persecución por el transcurso del tiempo, o evitar un uso instrumentalista del Derecho Penal para alcanzar fines, legítimos y tutelables, pero que se pueden alcanzar por otras vías.

JUZGADOS DE 1.ª INSTANCIA

ALIMENTOS

Aunque no se incorporaron a un convenio regulador, el Juez da plena validez a los acuerdos que alcanzaron los cónyuges en la mediación previa al divorcio contencioso, y establece en la Sentencia lo que acordaron los cónyuges.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Málaga, Sentencia de 27 de septiembre de 2012

Ponente: **Magistrado-Juez Ilmo. Sr. D. José Luis Utrera Gutiérrez**

En relación a las medidas definitivas de los artículos 91 y 97 del Código Civil y 774-4.º de la L.E.C., se centra la cuestión a debate en la naturaleza jurídica del acuerdo mediado que alcanzan las partes el 13/05/2010 (documental) y su eficacia jurídica en este proceso, habida cuenta que dicho acuerdo no fue trasladado al convenio regulador a que se refiere el artículo 90 del Código Civil ni el proceso tramitado por la vía consensual del artículo 777 de la L.E.C. A este respecto ha de señalarse que los acuerdos alcanzados en mediación y documentados en lo que la Ley 5/2012 llama acta final (artículo 22-3) o acuerdo de mediación (artículo 23) deben ser equiparados, en el ámbito de los procesos de familia, a los convenios reguladores no ratificados o no aprobados judicialmente, siéndoles de aplicación la abundante jurisprudencia sobre la materia (STS S.ª 1.ª 19-12-1997 y 15-2-2002 por todas). No obstante ha de tenerse presente que los acuerdos alcanzados en un proceso de mediación, como el que nos ocupa, tienen un «plus» de obligatoriedad. En efecto y aunque no sea de aplicación a este proceso, ha de recordarse que el artículo 23.3 de la precitada Ley 5/2012 en su último párrafo habla del carácter vinculante del acuerdo alcanzado en mediación. Pero sobre todo esa obligatoriedad «reforzada» vendría dada porque estaríamos ante negocios jurídicos de familia cuya elaboración se desarrolla en un entorno especialmente apto para que la expresión de la voluntad allí recogida lo haya sido sin vicio alguno, pues se desarrolla, por la intervención técnica del mediador, la voluntariedad de la participación, la igualdad en el desarrollo de los debates que llevan al consenso e incluso la posibilidad de contar con información y asesoramiento suficiente. Esa «pureza» negocial puesta en relación con las numerosas referencias del Código Civil al «acuerdo de las partes» a la hora de fijar las medidas del artículo 91 y siguientes en los procesos de familia (artículos 91, 92.5, 96 y 97 1.ª), supone que los pactos alcanzados en un proceso de mediación técnicamente correcto pero no trasladados a un convenio regulador ratificado judicialmente, deben tener un alto peso en la adopción por el Juez de las medidas a que se refieren. O dicho de otra forma, que tenga que ser quien se aparta de lo convenido en mediación quien acredite, de forma rotunda, aquellas circunstancias coetáneas o posteriores al proceso mediacional que justifiquen el que lo pactado por las partes entonces no debe ser ahora ratificado judicialmente. En el supuesto de autos ninguna de tales circunstancias se ha acreditado, fundamentándose la negativa del demandante a asumir lo acordado en mediación en razones de carácter competencial que si bien pudiesen tener fundamento en el ámbito de un convenio regulador y con anterioridad a la Ley 5/2012, difícil-

mente se pueden sustentar en el ámbito del proceso contencioso y tras la Ley 5/2012, pues (sorpresivamente, es cierto) su disposición final tercera en su apartado 12 ha modificado el apartado 3 del artículo 438 de la LEC ampliando precisamente la competencia de los Juzgado de Familia mediante la posibilidad de acumular a la acción de divorcio la de división de la cosa común; por tanto desde la entrada en vigor de esa norma los Juzgados de Familia tendrían competencia sobre pactos como el reflejado en el acuerdo litigioso. A mayor abundamiento, como bien sostuvo el M. Fiscal en la vista, dicha estipulación es inseparable de los acuerdos alcanzados en materia de contribuciones económicas para los hijos menores (punto 3 del acuerdo de mediación) y su exclusión haría inviable en la práctica la pensión alimenticia pactada en favor de los hijos menores. En base a todo lo anterior procede adoptar como medidas definitivas del divorcio todas las pactadas en el acuerdo de mediación obrante en autos de fecha 13 de mayo de 2010.

En un juicio verbal y ante un Juzgado de Primera Instancia, se estima la petición de la madre y se condena al padre a abonar las pensiones alimenticias que se devengaron desde la fecha de interposición de la demanda hasta que se dictó la sentencia de divorcio, dándose la circunstancia de que previamente reclamó la cantidad por vía de ejecución en el Juzgado de Familia y se desestimó su petición.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de Córdoba, Sentencia de 9 de noviembre de 2012

Ponente: **Magistrada-Juez Ilma. Sra. D. Olga Rodríguez Garrido**

En el escrito de demanda reclama la parte demandante, D.ª María, el importe de las pensiones alimenticias en cuantía mensual de 400 euros correspondientes al periodo comprendido entre la fecha de presentación de la demanda de divorcio que dio origen a la tramitación de los autos núm. ... del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Córdoba —17 de mayo de 2010— hasta el mes siguiente al dictado de la Sentencia estimatoria de la pretensión de divorcio —24 de noviembre de 2010—. La suma reclamada importa el total de 2.800 euros, cantidad reclamada en concepto de principal más los intereses moratorios devengados.

Frente a la pretensión descrita la parte demandada, D. José, manifestó su oposición en el trámite de contestación a la demanda articulando las excepciones de cosa juzgada —al estimar resuelta la pretensión en la Sentencia dictada por el juzgado de familia en el procedimiento de divorcio— y la excepción de inadecuación del procedimiento. Respecto de esta última excepción debe advertirse su directa vinculación con la alegación efectuada por la parte demandada en el acto de la Vista relativa a la falta de competencia objetiva de este Juzgado para conocer de este procedimiento. Ratificando la resolución oral acordada en la Vista —imposibilidad de cuestionar en ese momento procesal la falta de competencia del órgano jurisdiccional por disponerlo así el art. 443 de la LEC— debe resolverse que, siendo competente este Juzgado, el procedimiento seguido es el adecuado a la cuantía de la pretensión económica que se ejercita en la demanda.

En cuanto a la excepción de cosa juzgada no puede prosperar. En la demanda no se insta la fijación de la pensión de alimentos a favor de las hijas habidas en el matrimonio de los litigantes ni su modificación puesto que tal decisión está adoptada en sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 que consta incorporada a estas actuaciones y, en cualquier caso, este Juzgado carecería de competencia objetiva al tratarse de un procedimiento matrimonial. La Sentencia de divorcio dictada el 24 de noviembre de 2010, con fijación del conjunto de medidas personales y patrimoniales procedentes, despliega el efecto positivo y negativo de la cosa juzgada que regula el art. 222 de la LEC de modo que este Juzgado se encuentra vinculado por lo resuelto en aquella sentencia siendo inata-

cable todo lo resuelto respecto de la pensión de alimentos que el demandado debe abonar a sus hijas. Ahora bien no se aprecia la identidad exigida para que opere el efecto negativo y excluyente de la cosa juzgada en cuanto a la causa de pedir de uno y otro procedimiento, habida cuenta que en esta litis solo se debate la exigibilidad jurídica del pago de los alimentos desde la fecha de interposición de la demanda de divorcio hasta el dictado de la sentencia de divorcio y como se comprueba con la lectura de la Sentencia de divorcio esta cuestión no fue debatida ni resuelta en el procedimiento tramitado ante el Juzgado de Familia.

Es por ello que no puede estimarse la excepción de cosa juzgada en su aspecto negativo o excluyente de un ulterior pronunciamiento judicial sin perjuicio de que opere el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada con vinculación de lo resuelto en el procedimiento de divorcio en este procedimiento.

Entrando en el fondo de la cuestión suscitada debe estimarse probado con la prueba de interrogatorio del demandado que por éste no han sido abonadas las pensiones de alimentos a las hijas comunes durante la tramitación del procedimiento de divorcio quedando planteada la cuestión estrictamente jurídica de la exigibilidad de su pago desde la fecha pretendida en la demanda.

Esta cuestión tiene respuesta desde que la Sala 1.ª del Tribunal Supremo dictó la Sentencia de 14 de junio de 2011 en recurso de casación para la unificación de doctrina:

«Los alimentos debidos a los hijos menores de edad en casos de separación de sus progenitores participan de la naturaleza de los que deben prestarse como consecuencia de la patria potestad y de los alimentos entre parientes en general, aunque tienen características propias, como consecuencia de las circunstancias en que se declara la obligación de prestarlos.

Es cierto también que la regla general en los temas de disolución del matrimonio por divorcio es que la sentencia produce efectos desde la firmeza, porque se trata de constituir una situación nueva y por ello, el art. 89 CC establece que la sentencia en que se declare el divorcio "producirá efectos a partir de su firmeza", lo que se confirma en el art. 95 CC, en relación al momento en que tiene lugar la liquidación del régimen económico matrimonial.

Sin embargo, en materia de alimentos, el art. 148 CC contiene una norma distinta, que si bien evita los efectos retroactivos de la obligación de prestar alimentos al momento en que se produce la necesidad, establece que los alimentos "no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda". Esta regla se refiere únicamente a la petición de los alimentos, puesto que como afirma la STS 328/1995, de 8 abril, una cosa es que se haya reconocido la relación jurídica de que derivan los alimentos y otra que estos se soliciten en tiempo y forma con fijación de la pensión, los plazos de abono de los mismos y la forma de hacerlos efectivos.

La cuestión que se plantea en este recurso es si existe una diferencia total y absoluta entre los alimentos debidos en casos de procedimientos por causa de la crisis familiar y los debidos de acuerdo con los arts. 142 y ss. CC. La citada STS 328/1995 de 5 octubre dijo ya que "no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro I del Código civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en la patria potestad", doctrina repetida en la STS 917/2008, de 3 octubre, que declara aplicable el art. 148.1 CC, cuyo contenido ha sido ya reproducido.

Por ello debe declararse la siguiente doctrina: Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda».

En consecuencia, procede la estimación de la demanda con condena del demandado a abonar a la demandante la suma de 2.800 euros con más los intereses moratorios de los arts. 1100 y 1108 del Código Civil desde la interpelación judicial y hasta el completo pago de la cantidad adeudada.

En aplicación del art. 394 de la LEC, ante la íntegra estimación de la demanda, se imponen las costas derivadas de la tramitación de este procedimiento a la parte demandada.

La reducción de la cuantía de la pensión alimenticia se retrotrae a la fecha de presentación de la demanda.

Juzgado de 1.ª Instancia n.º 17 de Sevilla, Sentencia de 16 de noviembre de 2012

Ponente: **Magistrada-Juez Ilma. Sra. D.ª María Núñez Bolaños**

Por lo que respecta a la fecha en la que debe estimarse reducida la pensión hemos de señalar que dicha reducción ha de operar con efectos retroactivos a fecha de la interposición de la demanda por aplicación analógica del 148 CC. Las sentencias producen efecto desde su fecha salvo que la propia sentencia establezca lo contrario.

Los alimentos se establecen en orden a las necesidades del menor y capacidad económica de los progenitores, operada la modificación invocada, con una reducción del más del doble de los ingresos del padre, debe admitirse el efecto retroactivo de la reducción al menos, al igual que su imposición, desde la fecha de interposición de la demanda, lo contrario sería crear una situación injusta e inadecuada a la realidad constatada, dejando al obligado a la suerte de la duración del procedimiento judicial que, en ocasiones puede durar varios años, sostener que debe la parte abonar sólo porque el juzgado tarde en tramitar un asunto es causar un perjuicio injustificado. En este caso además, no puede alegarse el ser los alimentos consumibles puesto que la parte abona la cantidad de 250 euros desde noviembre de 2011, y la demanda se interpone en marzo de 2012.

Revista de

Derecho de Familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

CONVENIO REGULADOR

El convenio regulador es un instrumento hábil para transmitir a los hijos derechos sobre la vivienda familiar, si bien se precisa que estos acepten la cesión de derechos en documento auténtico.

DGRN, Resolución de 8 de mayo de 2012

Dos son los defectos que deben abordarse en el presente recurso: si el convenio regulador de un divorcio ha de considerarse título suficiente para la cesión por parte de un cónyuge a los hijos de la mitad de la vivienda familiar; y si, en su caso, podría realizarse la inscripción sin que conste el consentimiento de los hijos.

En cuanto a la primera de las cuestiones, como ha afirmado anteriormente este Centro Directivo, es cierto que la donación de bienes inmuebles presupone escritura pública como requisito formal para su existencia y validez (*cfr.* artículo 633 del Código Civil), pero no es este el caso debatido, toda vez que:

a) ni es cierto que la cesión considerada se hace sin contraprestación (el otro cónyuge se compromete al pago del crédito hipotecario que lo grava, obligación de la que queda liberado el cedente), ni puede ignorarse que en las cesiones de la vivienda familiar que un cónyuge realiza en los convenios reguladores de la separación o el divorcio, en favor del otro cónyuge o de los hijos comunes, tiene una decisiva relevancia la necesidad de atender la situación creada por la crisis matrimonial;

b) uno de los aspectos que por expresa previsión legal ha de abordarse en el convenio regulador es el relativo a la vivienda familiar, como ha tenido ocasión de afirmar recientemente esta Dirección General en Resolución de 11 de abril de 2012, y obedece la exigencia legal de esta previsión a la protección, básicamente, del interés de los hijos (*cfr.* artículo 96 del Código Civil); por lo que en modo alguno puede afirmarse que sea extraño al contenido genuino de dicho convenio el que uno de los cónyuges ceda su parte de vivienda a favor de los hijos del matrimonio, sin que pueda alegarse que el artículo 90.c del Código Civil exige únicamente la previsión sobre el uso; pues, por una parte, y como literalmente señala el inciso inicial de dicho artículo, las especificaciones recogidas en el artículo citado constituyen el contenido «mínimo» del convenio y, por otra, no hay razón para excluir aquellas disposiciones relativas al uso de la vivienda que se articulen por vía de cesión de la propiedad, y entender incluida sólo las que se instrumentalicen por el cauce de la constitución de un derecho real de goce;

c) las previsiones adoptadas en un convenio regulador de la consecuencia de la separación o divorcio, que constituyan el contenido propio de dicho convenio por incidir sobre los aspectos que la crisis familiar hace necesario abordar, produce plenos efectos jurídicos una vez aprobados judicialmente (*cfr.* artículo 90 del Código Civil);

d) si bien la calificación del registrador se extiende también a la causa del negocio formalizado en el convenio regulador, para esta calificación debe tenerse en cuenta que la unidad y recíproca interdependencia de las distintas previsiones que integran estos convenios impiden considerar la cesión de propiedad que en el presente supuesto se formaliza aisladamente del resto de estipulaciones del mismo (en el pre-

sente caso, afirmación del carácter de vivienda familiar, asunción de la carga hipotecaria que la grava, regulación de la obligación de satisfacer el derecho de alimentos de los hijos…). Por tanto, del contenido del convenio regulador objeto de este recurso no resulta que el padre esté efectuando una simple donación a favor de los hijos, sino que realizan los cónyuges un negocio jurídico complejo, de carácter familiar y oneroso.

En cuanto a la segunda cuestión planteada en este expediente, el consentimiento de los cesionarios, es cierto que nadie puede adquirir derechos en contra de su voluntad, y que, a diferencia del hijo menor, los dos hijos mayores de edad no pueden entenderse representados por la madre en el convenio regulador a los efectos de considerar aceptada la cesión que en éste se realiza a su favor, pues se ha extinguido respecto de ellos la patria potestad (*cfr.* artículos 162, 163 y 169 del Código Civil); por lo que resulta necesaria su aceptación expresa en documento auténtico (*cfr.* artículo 3 de la Ley Hipotecaria) para la inscripción de la cesión.

En virtud de lo anterior, esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso interpuesto y revocar la nota de calificación en cuanto a la necesidad de otorgar escritura pública como requisito ad solemnitatem de la cesión convenida, y desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación en cuanto a la necesidad de acreditar ante el registrador la aceptación de los cesionarios mayores de edad en documento auténtico.

VIVIENDA FAMILIAR

Se revoca la calificación de la Registradora que sostiene que el derecho de uso solo puede inscribirse a nombre del cónyuge con el que convivan los hijos menores, y se admite la inscripción a nombre de los hijos, si bien deben hacerse constar sus circunstancias identificativas.

DGRN, Resolución de 19 de mayo de 2012

En el presente expediente, se pretende el acceso a Registro de un testimonio de sentencia dictada en procedimiento judicial de divorcio por la que se dispone que «se atribuye el uso del domicilio familiar y su ajuar a los hijos menores que vivirán en compañía de su madre, llevándose el marido del mismo sus enseres y ropas de uso personal, bajo inventario». La Registradora suspende la inscripción por entender que es necesario que el derecho de uso de la vivienda familiar se atribuya a la esposa para que pueda ser inscrito a su favor como titular, sin perjuicio de que los beneficiarios sean los hijos, sin que pueda inscribirse a favor de estos últimos tal derecho por generar confusión en cuanto a su titularidad, contenido y efectos. Añade la Registradora que si se entiende que se puede inscribir a favor de los hijos el derecho de uso constituido en la sentencia, se deberían hacer constar sus respectivos nombres y apellidos.

Conforme al artículo 90 c) del Código Civil «El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos: c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar». Dispone también este precepto, en su párrafo segundo que «Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges».

Por su parte, la sentencia que motiva este recurso acuerda, en su fundamento de Derecho segundo, que «existiendo acuerdo entre las partes en cuanto a las medidas que han de regir las relaciones personales y patrimoniales de matrimonio y de los hijos habidos en el mismo, procede acordar se adopten los siguientes efectos y medidas del Divorcio: […] 5.º: En atención al interés más

necesitado de protección, se atribuye el uso del domicilio familiar y su ajuar a los hijos menores que vivirán en compañía de su madre […]».

Resulta, por tanto, que el Juez ha considerado procedente, en atención al interés más necesitado de protección, aprobar la medida acordada por los cónyuges y, en consecuencia, atribuir el uso del domicilio familiar a los hijos menores, sin olvidar que «vivirán en compañía de su madre».

Como ha recordado recientemente este Centro Directivo, uno de los aspectos que por expresa previsión legal ha de regularse en los supuestos de nulidad, separación o divorcio del matrimonio, es el relativo a la vivienda familiar (*cfr.* Resoluciones de 11 de abril y 8 de mayo de 2012 [2.ª]) y obedece la exigencia legal de esta previsión a la protección, básicamente, del interés de los hijos; por lo que no hay razón para excluir la posibilidad de que el Juez, si estima que es lo más adecuado al interés más necesitado de protección en la situación de crisis familiar planteada y que no es dañosa para los hijos ni gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (*cfr.* párrafo 2.º del artículo 90 del Código Civil), apruebe la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores acordada por los padres.

En efecto, dispone el párrafo primero del artículo 96 del Código Civil «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde…». Es decir, el Código determina la atribución del uso de la vivienda familiar sólo cuando no hay acuerdo aprobado por el Juez. En el presente supuesto, consta en la sentencia que existe ese acuerdo, como resulta del párrafo antes transcrito. Y respecto a ese acuerdo, el artículo 90 del Código Civil no impone limitación alguna más allá de que ha de ser aprobado por el Juez, salvo si es dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges. (*cfr.* párrafo 1.º, letra c), y párrafo 2.º, inciso 1.º, del artículo 90 del Código Civil). Esta aprobación judicial, así como su causa, resulta expresamente de la sentencia cuando afirma «En atención al interés más necesitado de protección, se atribuye el uso de la vivienda…».

Por otra parte, como ha recordado también recientemente este Centro Directivo (*cfr.* Resolución de 8 mayo 2012 [2.ª]), las previsiones acordadas por los cónyuges para regular las consecuencias de la separación o divorcio, que incidan sobre los aspectos que la crisis familiar hace necesario abordar (y es indudable que el uso de la vivienda familiar es uno de tales aspectos conforme a los artículos 90 y siguientes del Código Civil), produce plenos efectos jurídicos una vez aprobados judicialmente (*cfr.* artículo 90 del Código Civil).

Procede, como consecuencia de los argumentos anteriores, admitir la inscripción del uso de la vivienda familiar tal como han acordado los cónyuges y aprobado el juez.

Ahora bien, la naturaleza de derecho familiar que se atribuye a este derecho no excluye la necesidad de cumplir los requisitos impuestos por el principio de determinación, por lo que se hace necesario, conforme a los artículos 9.4.ª de la Ley Hipotecaria y 51.9.a) del Reglamento Hipotecario, hacer constar las circunstancias identificativas de los hijos a cuyo nombre debe inscribirse el derecho de uso de la vivienda familiar, sin que se entren a valorar —por no haber sido señalado en la nota—, otras circunstancias.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso, admitiendo la posibilidad de inscribir el derecho de uso atribuido a los hijos y revocar en este punto la nota de calificación; y confirmar la nota de calificación en cuanto a la necesidad de aportar los datos identificativos de los hijos, desestimando el recurso en este punto; todo ello conforme a los fundamentos de derecho que preceden.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Ineficacia de la confesión de privatividad efectuada por la esposa dado que el inmueble se adquirió por el esposo para la sociedad de gananciales, consta declaración de ambos cónyuges de que la obra nueva se hizo a expensas de la sociedad de gananciales y posteriormente ambos cónyuges constituyeron una hipoteca, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 95.6 del Reglamento Hipotecario.

DGRN, Resolución de 4 de junio de 2012

En el supuesto al que se refiere el presente recurso se presenta en el Registro de la Propiedad una escritura por la que determinada señora «manifiesta y confiesa a los efectos prevenidos en el artículo 1324 del Código Civil vigente, que el dinero pagado para la compra de la finca descrita..., así como para la construcción de la obra nueva declarada… era privativa de su esposo don J.D.F. por lo que solicita del señor Registrador de la Propiedad la inscripción de la adquisición de dicho inmueble a favor de su citado esposo don J.D.F., con carácter privativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95, 4 y 6, del Reglamento Hipotecario». El registrador deniega la constancia del carácter privativo de dicha finca, por entender que el favorecido por la confesión compró la finca con carácter ganancial, habiendo declarado la obra nueva y manifestado en la misma que se realizó a expensas de la sociedad de gananciales y con posterioridad, en las inscripciones de hipotecas 5.ª, 6.ª, 7.ª y 8.ª ya canceladas y 11.ª ampliada por la 12.ª aparecen los dos cónyuges constituyendo las hipotecas como titulares del bien, estando vigente además una anotación de embargo en procedimiento dirigido contra el marido notificado el embargo a la esposa, por lo que considera aplicable el artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario según el cual «(...) No se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona».

Del historial de la finca registral resulta que la compraventa de la parcela y la obra nueva declarada se inscribieron a favor del marido para su sociedad conyugal, de acuerdo con lo declarado por éste; y que posteriormente se otorgaron hasta seis escrituras por las que según consta en los asientos registrales, ambos cónyuges reconocieron ser dueños de las fincas que hipotecaron y modificaron y al propio tiempo consta anotación preventiva de embargo practicada sobre la base de estar inscrita la finca como ganancial.

El recurrente, por su parte, alega que no existe una aseveración contraria anterior a la que ahora hace porque el confesante no había realizado ninguna manifestación expresa sobre el carácter del dinero invertido en la compra y en la obra nueva, entendiendo que la constitución ulterior de las hipotecas por ambos cónyuges no implica tampoco ninguna confesión de procedencia del precio.

La claridad con la que se pronuncia el último inciso del artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario obliga a proceder a la desestimación del recurso y a la confirmación de la nota del registrador. Procede distinguir en primer lugar entre inscripciones practicadas con carácter ganancial y con carácter presuntivamente ganancial. Cuando el cónyuge adquirente a título oneroso manifiesta que la adquisición se ha hecho con carácter ganancial, reiterada tanto en el título de compra como en el de declaración de obra nueva, el bien se inscribe con carácter ganancial, como aquí ha sucedido, lo que significa que el Registro publica la titularidad del bien a nombre de ambos cónyuges como bien integrante del patrimonio ganancial. En cambio, cuando en la adquisición realizada por uno de los cónyuges no se hace ninguna manifestación sobre el carácter de la adquisición, pero consta que está casado en régimen de gananciales, la inscripción del bien se practicará como presuntivamente ganancial. Si a ello se une que en sucesivos documentos inscritos, no sólo el cónyuge que realizó

la adquisición y declaración de obra nueva sino también el otro cónyuge reconocieron ambos, con ocasión de la constitución y modificación de hipotecas, ser dueños ambos de la finca, no cabe ya ninguna duda de que se trata de un bien ganancial y no presuntivamente ganancial, pues los dos titulares, y no uno solo, han reconocido el carácter ganancial del bien. La presunción de ganancialidad deriva de la Ley cuando no hay ninguna prueba acerca del carácter ganancial, pero la inscripción registral no publica en este caso una presunción de ganancialidad, sino la titularidad ganancial misma del bien cuya exactitud se presume y está bajo la salvaguardia de los tribunales mientras no se declare su inexactitud por los procedimientos establecidos en la Ley Hipotecaria. Por tanto, no es que se trate de una adquisición cuyo carácter no figure acreditado en el Registro y pueda ser objeto de modificaciones sucesivas, sino que el carácter ganancial ha quedado acreditado por las declaraciones de ambos cónyuges de modo reiterado.

Y no sólo los dos cónyuges han reconocido el carácter ganancial del bien, sino que constan en el Registro titulares registrales cuyas respectivas inscripciones o anotaciones se basan en el carácter ganancial del bien, ya no se trata sólo de una cuestión entre cónyuges sino de otros interesados cuyos asientos no pueden ser modificados sin su consentimiento. En el presente caso, existen actualmente vigentes la hipoteca de la inscripción 11.ª y 12.ª, que no están canceladas según la nota de calificación, así como una anotación de embargo practicada sobre un bien que en el Registro figura como bien ganancial.

El artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario, por su parte, es terminante al establecer que «no se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona». En el presente caso, se dan tres circunstancias que impiden, conforme a ese precepto, conceder la constancia registral que se solicita por la parte.

En primer lugar, existe una declaración del cónyuge adquirente de la finca en el sentido de que se compró con carácter de bien ganancial, reiterada esa declaración en la inscripción de la obra nueva y sucesivamente en la constitución de derechos reales en posteriores inscripciones.

En segundo lugar, el cónyuge que ahora confiesa que el bien es privativo del esposo porque el dinero empleado en la adquisición era propio de él, realiza una declaración contraria a otras previas —no sólo del cónyuge sino de ella misma— pues así resulta del historial registral de la finca en que puede leerse que ambos cónyuges han reconocido ser dueños con carácter ganancial de la finca hasta en seis ocasiones distintas. Y no se trata de confesiones implícitas, sino expresas que resultan de los asientos del Registro. No intervino ciertamente en el documento que causó la inscripción de la compra y la declaración de obra nueva, pero ha reconocido la propiedad del bien ganancial en sucesivas inscripciones, dos de las cuales están vigentes y de otra, la de anotación de embargo también vigente, resulta que se le ha hecho la notificación del embargo, propia de los bienes que están inscritos como gananciales. Estamos ante manifestaciones de voluntad de las que resulta claramente expresada la voluntad de que la titularidad debe entenderse ganancial, por lo que es indiferente la consideración como aseveración o confesión, pues todas ellas son declaraciones que conducen a los mismos resultados, a efectos jurídicos, sea cual fuere el matiz gramatical de los términos. Es evidente que si uno se declara como dueño de un bien con carácter ganancial está realizando una aseveración de ser dueño del bien integrado en el patrimonio ganancial y asimismo confiesa extrajudicialmente ser dueño con tal carácter, por lo que, si luego confiesa que el bien es privativo del marido, realiza una confesión contraria a una aseveración o confesión previamente registrada, como es la que figura en las inscripciones 11.ª y 12.ª vigentes.

En tercer lugar, de los asientos registrales resultan acreedores titulares de derechos inscritos o anotados que tienen sus asientos bajo la salvaguardia de los tribunales y en los que consta que el bien está inscrito como ganancial.

Por lo demás, la disposición del artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario, que tiene carácter imperativo, dada la naturaleza de la norma y sus términos («no se consignará»), se ajusta a lo dispuesto en el artículo 1324 del Código Civil y los principios generales del ordenamiento. En cuanto al artículo 1324 del Código Civil porque

bien claramente expresa que la confesión del otro cónyuge es a los efectos de hacer prueba «entre cónyuges», disponiendo el mismo precepto que no puede perjudicar a los acreedores (en este caso, no hay que olvidarlo, la confesión no es una prueba autónoma sino que pretende la rectificación de algo anteriormente probado).

En cuanto a los principios generales, porque uno de esos principios es la coherencia de la propia conducta, reiteradamente reconocido por la jurisprudencia, según el cual «nadie puede ir válidamente contra sus propios actos» (doctrina de los actos propios). El artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario alude precisamente a la confesión contraria de la misma persona, lo que implica que se basa en dicho principio general: quienes declararon expresa y reiteradamente que el bien inscrito es ganancial no pueden a través de una simple confesión cambiar el carácter ganancial del bien pasándolo a privativo de uno de ellos.

A la misma conclusión se llega con los principios generales del sistema registral (en particular, el principio de expresión necesaria de la causa) en la mano. Siendo nuestro sistema hipotecario de expresión causal, según ha declarado en numerosas Resoluciones este Centro Directivo, no es posible que un bien ya inscrito como bien ganancial e integrado por tanto en el patrimonio ganancial, por declaración reiterada de ambos cónyuges, pase a ser bien privativo por una mera confesión contraria a la registrada, pues este acto de confesión carece de expresión causal suficiente para provocar una salida del patrimonio ganancial para entrar en el patrimonio de uno de los cónyuges, pues el mero consentimiento no es causa suficiente para provocar una transmisión patrimonial en nuestro sistema. Las salidas y entradas de bienes de un patrimonio a otro, es decir, las atribuciones patrimoniales, cuando el bien está ya inscrito como reconocidamente ganancial por declaraciones de ambos cónyuges repetidamente realizadas, sólo puede tener lugar por un acto que sirva de causa al desplazamiento patrimonial, que no puede ser sustituido por una mera confesión de privatividad contraria a los propia confesión registrada.

De nada serviría tampoco plantear la existencia de un error obstativo o una discordancia entre la voluntad interna y la declarada, porque aparte de que la rectificación exigiría la intervención de los otorgantes de todos los títulos otorgados y el consentimiento de los titulares inscritos o anotados, no tendría tampoco causa suficiente, partiendo de los actos concluyentes realizados con posterioridad y reiteración por ambos cónyuges, y por ello sin necesidad de entrar en este momento acerca de las consecuencias de un hipotético error de esa naturaleza, que tampoco se ha planteado en este recurso.

SUCESIONES

Para interpretar la disposición testamentaria de desheredación de los hijos y de «toda la descendencia de éstos» será necesario determinar los descendientes que tenía el testador al tiempo de otorgar el testamento y la descendencia que existía al tiempo del fallecimiento, comprobándose de esta forma cuáles se ven afectados por la disposición privativa de la legítima.

DGRN, Resolución de 23 de mayo de 2012

A los efectos de este recurso deben tenerse por hechos relevantes, los siguientes, que resultan de los documentos presentados a inscripción:

a) El testador deshereda, por la causa prevista en el artículo 853-2.ª, a sus dos hijos, a los que identifica por sus nombres y apellidos, «y a toda la descendencia de éstos» y nombra heredera universal a su esposa, si bien sustituida vulgarmente por los hijos (previamente desheredados) de ésta.

b) En la escritura de herencia, que otorga la viuda del testador, al sentar las bases particionales, se relacionan las disposiciones testamentarias relativas a la desheredación y a la institución de herederos, pero sin que se expliciten las consecuencias de su aplicación ni el alcance subjetivo de la desheredación, pues ni hay referencia alguna al elenco de descendientes de aquél, a excepción de sus hijos, ni concreción de los legitimarios apartados, con la motivación de su apartamiento, sino que implícitamente se prescinde de todos ellos.

c) Mediante una escritura complementaria se deja constancia de los descendientes mediatos del testador a la fecha del fallecimiento de éste: uno de los hijos del testador tiene a su vez tres hijos, y el otro uno. A todos ellos se les identifica por sus nombres y apellidos, pero sin especificar su fecha de nacimiento, ni si existían al tiempo de otorgarse el testamento.

El registrador rechaza la inscripción de la escritura de herencia, con la que se sirve de complemento, pues no resultan de ellas los datos suficientes para saber si al causante le sobrevinieron, con posterioridad al otorgamiento del testamento, otros descendientes que no podrían haber incurrido en la causa de «indignidad sucesoria» señalada.

La desheredación es una institución mediante la cual el testador, en virtud de un acto o declaración testamentaria expresa, priva voluntariamente de su legítima a un heredero forzoso, en base a una de las causas tasadas establecidas en la Ley. Es decir, la desheredación constituye un acto de voluntad testamentaria de apartar a un legitimario de la sucesión. Pero ha de ser una voluntad no sólo explicitada, sino bien determinada. Esta exigencia de determinación se proyecta en un doble sentido: por una parte impone la expresión de una causa legal, que si no ha de ser probada por el testador, al menos ha de ser alegada como fundamento de la privación sucesoria, ya por referencia a la norma que la tipifica ya mediante la imputación de la conducta tipificada. Y por otra, también requiere la identificación del sujeto, del legitimario, al que se imputa la conducta legalmente relevante para justificar su apartamiento.

Aunque la jurisprudencia ha sido flexible en cuando al modo de indicación de la razón de la desheredación, ha de resultar una imputación en términos que no dejen duda de quien incurrió en la causa, o cometió el hecho constitutivo de la misma, evitando las referencias genéricas que, por su ambigüedad, crean inseguridad. Por eso se plantea como un requisito de la desheredación la perfecta identificación del sujeto que sufre la privación de su legítima, al menos con el mismo rigor que se exige para la designación de heredero «por su nombre y apellidos» (*cfr.* art. 772 del Código Civil). Subsidiariamente habrán de ser perfectamente determinables, por estar designados de manera que no pueda dudarse de quien sea el sujeto afectado.

En el presente caso se deshereda por la misma causa, a dos hijos, perfectamente identificados, y de forma genérica, a todos sus descendientes. Esta expresión de la voluntad testamentaria se torna imprecisa, si bien aceptable, en la medida en que pueda llegar a establecerse indubitadamente las personas a las cuales el testador quiso apartar, circunstancia que obliga a dirimir qué sujetos, qué descendientes, son los afectados por la disposición testamentaria. Consiguientemente, es en la escritura de herencia donde, para complementar el título sucesorio por falta de suficiente concreción de éste, ha de plasmarse la determinación de los sujetos comprendidos en esa exclusión legitimaria genérica, como una de las bases determinantes del acto partitivo o de adjudicación de bienes hereditarios. Y para ello es preciso establecer, en principio por lo que resulte de las manifestaciones del otorgante del documento particional, quiénes son los legitimarios que deja el testador para determinar quienes están comprendidos en el ámbito de la desheredación.

Es doctrina con más de un siglo de antigüedad (en concreto, a partir de la Resolución de 2 de diciembre de 1897), que ni el Código Civil, ni la legislación especial, ni la Ley Hipotecaria exigen que la persona o personas instituidas nominativamente como herederos o nombrados legatarios en un testamento acrediten, para adquirir los derechos inherentes a esa cualidad, que el testador no dejó a su fallecimiento otros herederos forzosos si el instituido o los instituidos reunían ese carácter, o que no dejó ningún heredero forzoso si el nombrado era una persona

extraña, por cuya razón no han establecido procedimientos destinados a obtener la justificación de semejante circunstancia negativa. Si inicialmente esa doctrina se aplicaba a supuestos en los que junto a la designación nominal de unos herederos existía otra hecha cautelarmente por circunstancias —la institución, junto con unos hijos específicamente designados, de los demás que en el futuro pudiera tener el testador— pasó igualmente (Resolución de 26 de junio de 1901) a aplicarse al supuesto de designación hecha simplemente por circunstancias —la institución hecha a favor de los hijos de determinada persona—, pero partiendo de la base de que los que concurrían como tales a la partición acreditaban estar incluidos en el llamamiento.

Pero siempre es necesario que resulte de la escritura atributiva de bienes hereditarios cuáles son los sujetos interesados en la herencia, y que —sin llegar a una prueba diabólica— se justifique o se refiera la inexistencia de otras personas que por llamamiento legal o testamentario pudieran tener algún derecho en la sucesión, de modo que se infiera la legitimación de los otorgantes, *per se*, para la adjudicación de los bienes relictos, como condición de adecuación a la legalidad del documento público por la que el notario ha de velar.

Todo ello obliga a que en casos como el que es objeto de este recurso, dado el llamamiento a la legítima que a favor de los descendientes del desheredado establece el artículo 857 del Código Civil, conste la expresión documental de si los descendientes que tenía el testador al tiempo de formalizar su voluntad testamentaria son los mismos que ha dejado al tiempo de su fallecimiento, para verificar si todos o algunos de éstos se ven afectados por la disposición privativa de la legítima.

La desheredación requiere que se le atribuya al desheredado una acción (u omisión) que la Ley tipifique como bastante para privarle de la legítima, y que haya ocurrido antes de que se otorgue el testamento. Pero, en realidad, esta exigencia conlleva, además de la identificación del legitimario afectado y la expresión la causa desheredationis (aunque no que sea preciso inicialmente acreditar su certeza), la existencia del desheredado al tiempo en que se formalice testamentariamente la voluntad de su exclusión y que entonces tenga aptitud para ser excluido. No cabe olvidar que la voluntad del testador debe interpretarse conforme a las circunstancias existentes al tiempo del otorgamiento testamentario, no de su defunción.

En efecto, el ámbito del poder de exclusión legitimaria del testador descansa en la imputación al desheredado de una causa legal de desheredación. Por eso es preciso que el desheredado sea susceptible de imputación, esto es, que al tiempo del testamento haya nacido y tenga aptitud o idoneidad para que le sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal de desheredación. Y aunque es cierto que el Código Civil —a diferencia de lo que hizo algún texto legal anterior, como Las Partidas— no expresa ni concreta la capacidad para ser desheredado, lo que no cabe duda es que se requiere un mínimo de madurez física y mental para que una persona pueda ser civilmente responsable del acto que se le imputa; en el presente supuesto el maltrato de obra o la injuria grave.

Es cierto que en nuestro sistema, de conformidad con una reiterada doctrina jurisprudencial, basta para que la desheredación sea eficaz la simple expresión testamentaria de la causa legal, o de la conducta tipificada como tal, que se imputa al sujeto desheredado, sin que, a diferencia de lo que ocurre con la indignidad, sea precisa *ex ante* la prueba de la certeza de la *causa desheredationis*. Esta prueba sólo se impone, a cargo del favorecido por la desheredación, cuando el privado de la legítima impugnase la disposición testamentaria. En consecuencia, cabe reconocer que con carácter general en el ámbito extrajudicial gozarán de plena eficacia los actos y atribuciones particionales que se ajusten al testamento, aunque conlleven exclusión de los derechos legitimarios, mientras no tenga lugar la impugnación judicial de la disposición testamentaria que priva de la legítima.

Sin embargo, esta doctrina no empece para que se niegue ab initio eficacia a las desheredaciones que no se funden en una causa de las tipificadas en la Ley, o que se refieran a personas inexistentes al tiempo del otorgamiento del testamento, o a personas que, de modo patente e indubitado (por ejemplo un recién nacido) re-

sulte que no tienen aptitud ni las mínimas condiciones de idoneidad para poder haber realizado o ser responsables de la conducta que se les imputa. También debe poder deducirse del título de la sucesión, o del documento atributivo de la herencia, la aptitud genérica del desheredado para serlo. Por todo ello, ha de considerarse que si bien a través de la escritura complementaria se han concretado los descendientes del testador, fuera de sus hijos, que quedaron a su fallecimiento, no se han consignado los datos que permitan determinar cuáles de aquéllos habían nacido al tiempo de otorgar el testamento y reunían, por su edad, un mínimo de aptitud para ser desheredados.

Por ello, en contra de lo que sostiene el recurrente, si bien los llamados en testamento (o, en defecto de llamamiento testamentario, por ley) pueden, por sí solos, realizar la adjudicación o partición de herencia, sin necesidad del concurso de los desheredados expresamente, es preciso que la autorización de la correspondiente escritura pública de herencia, otorgada sin la concurrencia de los expresamente desheredados, debe contener los datos suficientes para deducir, en los términos expresados, la plena legitimación de los otorgantes.

En base a las consideraciones que preceden, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota del registrador.

Revista de

Derecho de Familia

SECCIÓN PRÁCTICA

PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA TRAMITAR LA ACCIÓN DE ADICIÓN A LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Si la liquidación de gananciales se está tramitando de forma contenciosa, ya adelantamos que es criterio jurisprudencial reiterado que una vez concluida la diligencia de inventario ya no se podían adicionar nuevos bienes. Es más, algún sector más riguroso incluso vetaba al solicitante de la liquidación que pudiese adicionar nuevos bienes en la diligencia de inventario. ¿Qué podemos hacer si tenemos conocimiento de nuevos bienes o deudas que no se incluyeron en la diligencia inicial?

Algunos sostienen que podemos acudir a lo establecido en el art. 286 de la LEC, es decir, alegar la existencia de hechos nuevos y solicitar la adición de los bienes o deudas de nueva noticia si aún no han finalizado las operaciones divisorias. Sin embargo, esta tesis no ha tenido respaldo jurisprudencial. En este sentido la **SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 12 de junio de 2006** desestimó la petición de adición que se formulaba como hecho nuevo durante la tramitación del recurso de apelación contra la sentencia del inventario: «Debe acogerse la alegación de la parte apelada en este extremo no siendo el momento procesal oportuno para el complemento del activo, quedando limitado el recurso de apelación a la revisión de los hechos oportunamente introducidos en la primera instancia. Ello no obsta a que pueda plantearse en debida forma un complemento del activo en el caso de bienes omitidos en la solicitud inicial por desconocimiento o error, todo ello conforme al artículo 1079 al que se remite expresamente el artículo 1410, ambos del CC. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, aunque obliga al Juez de instancia a resolver sobre todas las cuestiones planteadas en su artículo 809, no deroga estos preceptos sustantivos, que deben entenderse vigentes, y que, en definitiva son de aplicación precisamente en relación a cuestiones no planteadas ni discutidas ante el Juez a quo».

Una posibilidad que entendemos que no presenta ningún obstáculo procesal ni sustantivo es solicitar una adición a la partición con independencia de que se siga tramitando el procedimiento de liquidación. En apoyo de esta tesis hay que precisar que ni en el CC ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil se establece restricción temporal alguna para el ejercicio de esta acción, por lo que el cónyuge que olvidase en la comparecencia de inventario la inclusión de alguna partida del activo o del pasivo o que con posterioridad tuvo conocimiento del nuevo bien o deuda podrá presentar en cualquier momento su demanda de adición. Es más, lo recomendable es que se haga cuanto antes con la finalidad de que, si se estima procedente la inclusión, se tenga en cuenta por el contador partidor en el momento de redactar el cuaderno particional. Si el proceso liquidatorio ya ha superado este trámite habrá que hacer una partición complementaria independiente.

1. PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA LA ADICIÓN DE BIENES O DEUDAS A LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Pues bien, una vez que hemos llegado a la conclusión que la acción de adición o complemento es independiente del anterior procedimiento y que por tanto tiene plena autonomía, nos preguntamos a qué procedimiento debemos acudir para su tramitación. Son dos las posibilidades que se barajan, por un lado aplicar el mismo procedimiento seguido para la liquidación de la sociedad de gananciales, esto es, el regulado en los arts. 806 y ss. de la LEC, y por otro el procedimiento declarativo que por cuantía corresponda.

La encuesta jurídica sobre el particular, realizada entre miembros de la Carrera Judicial y publicada en la revista *SEPIN* (*vid*. núm. 21, de abril de 2003), dio como resultado una opinión claramente mayoritaria a favor de seguir el procedimiento de los artículos 806 y siguientes de la LEC, frente a los que proponían acudir al cauce procedimental del juicio declarativo correspondiente según la cuantía. Igualmente, en el Encuentro que tuvo lugar en Madrid en al año 2003 entre Jueces, Fiscales, Secretarios Judiciales y Abogados de Familia en el apartado séptimo se recoge al respecto que, «En caso de ser necesaria la inclusión complementaria de bienes en el activo o deudas en el pasivo, se habrá de iniciar en relación con esos bienes un nuevo procedimiento de liquidación comenzando por la fase de inventario ante el mismo Juzgado que hubiera conocido la anterior». Por otro lado, también son numerosos los tribunales que avalan esta tesis: **AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2003; AP Baleares, Sec. 5.ª, Auto de 27 de mayo de 2004; AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2005; AP Jaén, Sec. 3.ª, Auto de 5 de junio de 2007; AP Huelva, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2007; AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011**.

No obstante, y en especial para que sirva de guía a quienes ejercen su profesión en determinados partidos judiciales, hay que mencionar que también existen tribunales que sostienen que el procedimiento adecuado debe ser el declarativo que por cuantía corresponda: **AP Castellón, Sec. 3.ª, Sentencia de 1 de diciembre de 2003; AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de junio de 2006; AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 13 de abril de 2007; AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 2 de mayo de 2007; AP La Rioja, Sec. 1.ª, Auto de 25 de junio de 2007; AP Córdoba, Sec. 2.ª; Sentencia de 11 de marzo de 2009; AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2010**. El razonamiento jurídico que ofrece la Sec. 22.ª de la AP de Madrid es el siguiente: «Los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil tan sólo contemplan la liquidación del régimen económico en cuanto incide sobre un conjunto o universalidad de bienes, derechos y obligaciones (artículo 806), lo que conlleva la formación de un inventario de los mismos (artículos 808 y 809), para seguir con las operaciones liquidatorias (artículos 810, 811 y concordantes), que habrán de concluir con el reparto igualitario (artículo 1.404 del CC) del haber común entre los cónyuges. En consecuencia, tales trámites se ofrecen como inadecuados para la resolución de la hipótesis planteada que, en la mayoría de los casos y ante la contienda suscitada al efecto, exige la declaración del carácter común, o no, de uno o varios bienes, a los efectos de complementar las operaciones particionales, de conformidad con lo prevenido en el artículo 1.079 del CC, que excluye la repetición de todos los anteriores trámites procedimentales. La ausencia de normas específicas al respecto en la nueva legalidad conduce tal problemática a los cauces del correspondiente juicio declarativo, ya sea el ordinario ya el verbal, de conformidad con el valor que tengan los bienes».

2. JUZGADO COMPETENTE PARA TRAMITAR EL PROCEDIMIENTO DE ADICIÓN

No existe en la Ley de Enjuiciamiento Civil ninguna norma específica relativa al juzgado competente para conocer de la acción de adición o complemento a la liquidación de la sociedad de gananciales, lo que motiva, como suele ser usual en las cuestiones relacionadas con el derecho de familia, que nos encontremos con tesis enfrentadas en el momento de determinar la competencia.

Un sector doctrinal y jurisprudencial entiende que es de aplicación lo dispuesto en el art. 807 de la LEC, y por tanto será competente el Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquél ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil. En este sentido señala Pedro ALEJÁNDREZ que «estimamos debe ser competente el Juez que ya había conocido de la liquidación, por cuanto que nuestro ordenamiento jurídico admite el completar o adicionar, sin que se rescinda la partición por lesión; lo que evidencia que se trata de una mera continuación de la misma liquidación, y por ende la competencia debe ser atribuida al mismo Juez que conoció, aprobó o decidió la liquidación que se pretende completar». Sin embargo, otro sector sostiene que, a falta de una norma específica, la competencia viene regulada por la norma general prevista en el art. 50 de la LEC —«Salvo que la Ley disponga otra cosa, la competencia territorial corresponderá al tribunal del domicilio del demandado y si no lo tuviere en el territorio nacional, será Juez competente el de su residencia en dicho territorio»—. Un tercer sector se sitúa en una posición intermedia y entiende que se aplicará el art. 807 LEC o en el art. 50 LEC, según que en la disolución y/o liquidación anteriores haya habido o no intervención judicial.

El **Tribunal Supremo dictó un auto el 17 de enero de 2007** resolviendo una cuestión de competencia entre dos juzgados que entendían las partes competentes para conocer de la acción de complemento o adición llegando a la conclusión que resulta de aplicación el art. 807 de la LEC:

> «Los Juzgados de 1.ª Instancia n.º 27 de Madrid y n.º 3 de Palma de Mallorca, niegan tener competencia para conocer de la demanda formulada por Doña Angelina, relativa a la adición complementaria de bienes que formaron parte en su momento de la sociedad de gananciales, y que no fueron señalados en la formación de inventario que se realizó en la escritura de capitulaciones matrimoniales, celebradas el día 18 de diciembre de 1999, antes de la sentencia de separación de mutuo acuerdo dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 27 de Madrid, de fecha de 14 de julio de 1994, que aprobó el convenio regulador fechado el día 1 de mayo del mismo año, mediante el cual ambos cónyuges acordaron modificar alguno de los pactos contenidos en aquellas capitulaciones previas. Una y otra resolución, fueron confirmadas por las respectivas Audiencias Provinciales, entendiendo el Juzgado de Palma de Mallorca, ante el que se planteó inicialmente el conflicto, que, por aplicación del artículo 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, era competente para conocer del asunto el Juzgado número 27 de Madrid, que en su momento decretó la separación de los cónyuges, mientras que el otro órgano jurisdiccional se declaró incompetente dado que el régimen económico matrimonial, a la sazón, la sociedad legal de gananciales, había sido disuelto con anterioridad a la fecha de la sentencia de separación, mediante escritura notarial de

capitulaciones matrimoniales, acordándo la liquidación de la sociedad legal de gananciales, no siendo por tanto de aplicación el artículo 807 del texto procesal antes citado, sino que tal solicitud tiene su encaje procesal en el procedimiento declarativo correspondiente, por lo que de conformidad con las normas generales sobre competencia de los artículos 50 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde su conocimiento, en el ámbito funcional, objetivo y territorial, al Juzgado de Palma de Mallorca.

Dispone el artículo 806 de la LEC, que la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo dispuesto en el presente Capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables. A su vez, el artículo 807 LEC atribuye la competencia para conocer del procedimiento de liquidación al Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquél ante el que se sigan las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil.

El primero tiene un alcance mayor que el segundo puesto que no tiene como objeto único la liquidación resultante de la nulidad, separación o divorcio, sino que integra todos los supuestos liquidatorios de los regímenes matrimoniales, cualquiera que sea la causa de su disolución, siguiendo para ello los trámites previstos en los artículos 807 y siguientes, los mismos que deberán utilizarse para complementar esta partición si aparecieran nuevos bienes o derechos del matrimonio que no se tuvieron en cuenta en su momento, en cuanto supone, de un lado, la existencia de un patrimonio común omitido o ignorado pendiente de liquidación y, de otro, la existencia de una regulación especifica para solucionarlo. El artículo 1.079 del CC, sobre partición hereditaria, aplicable a la liquidación del régimen de gananciales, en virtud de la remisión del artículo 1.410, establece un supuesto de partición adicional o complementaria, indicada cuando se omitan alguno o algunos objetos o valores de la herencia, que deberá hacerse con la misma estricta igualdad una vez se considere que esta suerte de bienes o derechos forman parte de la masa común de bienes y derechos del matrimonio y que no han sido partidos.

Consecuencia de lo expuesto es la competencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 27 de Madrid para conocer de la cuestión planteada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, teniendo en cuenta que fue dicho juzgado el que aprobó el convenio regulador de la separación del matrimonio en el que los interesados presentaron para su aprobación una modificación de la liquidación efectuada en aquellas capitulaciones previas y que su competencia abarca y se proyecta sobre cualquier otro litigio en que se susciten conflictos sobre integración de los bienes gananciales, correspondientes al matrimonio».

La **Sec. 22.ª de la AP de Madrid ha dictado un Auto con fecha 28 de febrero de 2008**, ratificando el criterio anterior y declarando que corresponde al Juzgado de Familia que conoció del procedimiento de liquidación tramitar la acción de adición o complemento: «Respecto al tribunal competente para dirimir esta cuestión, con la entrada en vigor de la nueva LEC el tribunal competente para conocer de la acción de adición o complemento del inventario no pude ser otro que el Juzgado de Familia (allí donde exista)».

CASOS PRÁCTICOS

I. CUESTIONES PROCESALES

Actualmente se está tramitando un proceso penal por violencia de género y en el proceso de divorcio el padre está solicitando la custodia compartida. ¿Podría alegarse la excepción de prejudicialidad penal para que la decisión sobre el modelo de custodia se adopte una vez que se dicte sentencia definitiva en el proceso penal?

Entendemos que no, dado que la petición de divorcio, que es el objeto principal del procedimiento, no se verá afectada por el resultado de las actuaciones penales. En cuanto a la decisión sobre el modelo de custodia, si se otorga al progenitor denunciante y luego no se declara la responsabilidad penal del progenitor denunciado, podrá interponerse en su caso, una demanda de modificación de medidas pues el sobreseimiento o la sentencia absolutoria debe considerarse como un hecho nuevo con trascendencia para solicitar la custodia compartida.

II. PENSIÓN ALIMENTICIA

Si la pensión alimenticia que se fijó en el divorcio fue de 500 euros y ha existido un periodo en que el padre únicamente ingresaba 350 euros, sin que durante este tiempo la madre haya instado la ejecución de sentencia ¿Puede aplicarse la doctrina de los actos propios y solicitar el padre una reducción de la cuantía de la pensión alimenticia?

Los requisitos para que los actos propios vengan a ser vinculantes exige, como expresión del consentimiento, han de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del mismo y para que tengan naturaleza de sujeción han de ser concluyentes y definitivos (SSTS 16 de febrero de 1988, 25 de enero de 1989, 6 de noviembre de 1990, 14 de mayo de 1991 y 27 de junio de 1991) con lo que viene a ser del todo necesario que el acto se presente como solemne, preciso, claro, determinante y perfectamente delimitado, no ambiguo ni inconcreto (SSTS de 22 de septiembre y 10 de octubre de 1988 y 4 de junio de 1992). Sin embargo, que la madre no presente una demanda de ejecución reclamando la diferencia entre la pensión que debía abonar el padre y la que abonaba no puede calificarse como una modificación tácita de la cuantía de la pensión, ni un hecho vinculante para el Juez cuando deba decidir sobre la reducción de la pensión solicitada por el padre.

III. SUCESIONES

Tras el fallecimiento de los padres, uno de los hijos está ocupando en solitario la vivienda que forma parte de la comunidad hereditaria. El resto de hijos se opone a ese uso exclusivo e interpone una demanda de juicio ordinario para que se le prive de tal uso. El demandado se opone a dicha pretensión en base a que, por ser integrante de la comunidad hereditaria tiene derecho a utilizar la vivienda. ¿Puede prosperar esta causa de oposición?

No. Según indica la STS de 18 de febrero de 1987, «la utilización de una finca

por uno solo de los partícipes de la comunidad hereditaria excluyendo el goce de los demás, infringe el artículo 394 del Código Civil e impide la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 398 del mismo Código».

IV. PENSIÓN COMPENSATORIA

El ex esposo presentó una demanda de modificación de medidas solicitando la extinción de la pensión compensatoria con base en la convivencia marital de la ex esposa con un tercero. La demandada, no negando esta convivencia, se opuso a la demanda alegando que debe aplicarse en sus estrictos términos la cláusula del convenio regulador que establecía la pensión y en la que exclusivamente se fijaba como causa de extinción el momento en que el esposo se jubilase. Además sostuvo que su actual compañero se encuentra en situación de desempleo sin recibir prestación alguna. ¿Puede estimarse esta causa de oposición?

No. Que en el convenio regulador se pactara la extinción de la pensión compensatoria cuando el esposo se jubilase no impide la aplicación de las causas generales previstas en el art. 101 del CC, y en este caso la convivencia marital, siendo indiferente que la persona con quien convive la ex esposa esté en el paro.

V. VIVIENDA FAMILIAR

Teniendo en cuenta las cargas hipotecarias y los préstamos personales de los cónyuges, el Juez de Instancia acordó en el divorcio la venta de la vivienda familiar. ¿Es procedente esta clase de pronunciamiento?

Sin perjuicio de las especialidades de algunas legislaciones autonómicas, cuando se aplica el derecho común, el Juez carece de facultades para acordar la venta de la vivienda puesto que los órganos jurisdiccionales solo pueden sustituir la voluntad contractual de una de las partes cuando la obligación de prestarla está judicialmente establecida en firme y si existe renuencia o resistencia del obligado, no siendo el proceso matrimonial el adecuado para adoptar este tipo de decisiones.

VI. CUESTIONES PROCESALES

¿Pueden tener competencia los juzgados y tribunales españoles para conocer de una demanda de fijación de medidas cuando el menor nació en nuestro país, pero en la actualidad el padre, la madre y el menor (todos de nacionalidad extranjera) no tienen su domicilio ni su residencia habitual en España?

El Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, de aplicación conforme al artículo 1, a las materias civiles relativas a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental, en particular al derecho de custodia y al derecho de visita; dispone en su artículo 8 la siguiente regla competencial: «1. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional». Y como regla de competencia especial, el artículo 12 dice que «3. Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán igualmente competencia en materia de responsabilidad parental cuando el menor esté estrechamente vinculado a ese Estado miembro, en especial por el hecho

de que uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual o porque el menor es nacional de dicho Estado miembro». El artículo 17 del mismo Reglamento establece la apreciación de oficio de la falta de competencia: «El órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se inicie un procedimiento respecto del cual el presente Reglamento no establezca su competencia y del que sea competente en virtud del mismo un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, se declarará de oficio incompetente».

Por tanto, en este caso no concurre ninguno de los supuestos de atribución de competencia a los juzgados y tribunales españoles para conocer de la demanda instada por la madre.

VII. CUESTIONES PENALES

¿Qué juzgado es el competente para conocer de las diligencias previas por un presunto delito de violencia de género, el que corresponde al domicilio de la víctima en el momento en el que se producen los hechos punibles o el que tenga al tiempo de presentar la denuncia?

El Tribunal Supremo en sus Autos de 4 de octubre y 30 de noviembre de 2012 ha reiterado que por domicilio de la víctima habrá que entender el que tenía cuando se produjeron los hechos punibles, en cuanto responde mejor al principio de juez predeterminado por la Ley, no dependiendo de posibles cambios de domicilio.

VIII. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

El esposo, constante la sociedad de gananciales, percibió una indemnización como consecuencia de resultar lesionado en un accidente de circulación, y la ingresó en una cuenta común. Durante la convivencia se fue disponiendo del dinero para atender las necesidades de la familia. En el momento de la liquidación, la esposa alega que por haber sido ingresada dicha cantidad en una cuenta a nombre de ambos cónyuges, ello supone un acto de atribución voluntaria de ganancialidad por parte del esposo, convirtiéndose así lo privativo en común. ¿Existe derecho de reembolso por parte del esposo?

El simple hecho de ingresar una suma de dinero propiedad exclusiva de un cónyuge en una cuenta ganancial no supone modificar la naturaleza u origen del dinero, a menos que tal hecho vaya seguido de otros que vengan a corroborar tal hecho, porque si bien el art. 1355 del CC autoriza el cambio de la naturaleza privativa de un bien o derecho en ganancial, requiere que se produzca un acuerdo común, lo que exige un acto inequívoco y patente por parte de ambos cónyuges, lo que no se deduce en el caso planteado.

IX. PENSIÓN ALIMENTICIA

En la sentencia de divorcio se estableció que el padre debería abonar una pensión alimenticia a sus hijos dentro de los cinco primeros días de cada mes. El padre se opone a dicho pronunciamiento alegando que su empresa le ingresa la nómina el día diez de cada mes, por lo que considera que la obligación de pago debe establecerse dentro de los diez primeros días. ¿Puede atenderse esta petición?

Tratándose de una obligación periódica, corresponde al obligado al pago organizar su calendario de pagos, no pudiendo olvidarse que las necesidades de los hijos surgen desde el primer día del mes.

X. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Aunque se dictó una sentencia de separación, la realidad es que durante unos años

se produjo una reconciliación entre los cónyuges que volvieron a convivir en el mismo domicilio, atendiéndose los gastos de la familia con los ingresos de ambos progenitores. Surgida de nuevo la crisis de pareja, el padre se ha marchado del domicilio familiar y la madre ha interpuesto una demanda de ejecución reclamando el pago de las pensiones atrasadas, entre las que se incluyen algunas mensualidades en la que hubo convivencia común. El padre ha alegado como motivo de oposición la reconciliación, pero la madre ha impugnado la oposición alegando que como la reconciliación no se puso en conocimiento del Juzgado, tal y como exige el art. 84 del CC, carece de efectos. ¿Puede compartirse este criterio?

La reconciliación no comunicada al Juzgado, aunque no produce efectos frente a terceros, sí produce efectos entre los cónyuges, y ello afecta sin duda a la exigibilidad de la pensión alimenticia fijada en la sentencia de separación. La pensión de alimentos devengada durante el periodo de convivencia en común no es exigible o queda en suspenso en tanto no concurren los presupuestos de la sentencia que la estableció, debiendo entenderse que la estimación de la reclamación efectuada en relación a dicho periodo es claramente abusiva y que no puede prosperar pues ello implicaría una infracción clara de lo dispuesto en el artículo 7 del CC.

XI. PENSIÓN COMPENSATORIA

La actora pidió en su demanda la fijación de una pensión compensatoria, sin embargo, la Sentencia del Juzgado ha establecido la pensión alimenticia prevista en el art. 1408 del CC al entender que en puridad no existe desequilibrio ¿Es correcto este pronunciamiento?

Si se está solicitando una pensión compensatoria es incongruente la sentencia que fija una pensión alimenticia del art. 1408 del CC a cargo del negocio ganancial y hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. Estamos ante un caso de incongruencia *extra petita*, por cuanto que es totalmente distinta la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria y la regulada en el art. 1408 del Código Civil.

XII. PENSIÓN ALIMENTICIA

Siendo insolvente el padre ¿puede dirigirse la demanda de reclamación de alimentos frente a los abuelos paternos?

Si la madre dispone de bienes suficientes para atender las necesidades del hijo la demanda interpuesta frente a los abuelos paternos será desestimada. Si aquella también carece de ingresos, la demanda deberá dirigirse frente a todos los abuelos del menor.

XIII. VIVIENDA FAMILIAR

El matrimonio ocupaba una vivienda propiedad de los padres del esposo, y tras la sentencia de divorcio, se atribuyó a la esposa e hijo su uso. Después de unos años, los propietarios del inmueble han interpuesto una demanda de desahucio por precario, y la ex esposa pretende oponerse alegando que en ella se realizaron obras para su rehabilitación que fueron abonadas con dinero ganancial por lo que no puede acordarse el desahucio hasta tanto no se les abone el importe de las mejoras. ¿Puede prosperar la línea de defensa emprendida por la ex esposa?

Las mejoras que hayan podido llevarse a cabo por el matrimonio no suponen ningún obstáculo para el ejercicio de la acción de precario, dado que ambos cónyuges conocían que no eran propietarios del inmueble. Por tanto, será en otro procedimiento donde la ex esposa podrá reclamar una in-

demnización a los propietarios por el enriquecimiento injusto que les ha supuesto la realización de las obras y donde podrá plantear un hipotético derecho de retención si concurren los requisitos previstos en el art. 453 del CC.

XIV. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

En el convenio regulador de la separación se pactó, además de la pensión alimenticia del hijo, la suma de 300 euros mensuales «en concepto de contribución a la vivienda que ocupa la madre junto a su hijo y que constituye el domicilio familia sito en Madrid». Años después, la madre contrae matrimonio y fija su residencia en otra ciudad junto con su marido, un hijo común y el hijo fruto del primer matrimonio. La madre presenta una demanda de ejecución contra el padre del menor reclamando el pago de los 300 euros que este dejó de abonar cuando la ex esposa cambió de residencia. ¿Puede oponerse el padre a esta reclamación?

En efecto. Aunque en el convenio regulador se pactó el pago de 300 euros como contribución a la vivienda que ocupaba la madre junto a su hijo en Madrid, no dándose las circunstancias previstas en el pacto, cual es, la de residencia u ocupación del domicilio de Madrid de madre e hijo, ni una situación análoga, sino totalmente distinta, debe entenderse que la reclamación de 300 euros al mes carece de base jurídica.

XV. CUESTIONES PROCESALES

El día en que se convocó a vista, las partes informaron al juzgado que habían alcanzado un acuerdo y pedían la continuación del proceso por los trámites del art. 777 de la LEC, acordándose conceder una audiencia para que presentasen el convenio regulador. Tras salir del juzgado una de las partes cambio de criterio y finalmente no pudo suscribirse el convenio regulador. Interesado por la parte actora la continuación del juicio se dictó una resolución denegando dicha petición y acordando el archivo del proceso remitiendo a la actora a la presentación de una nueva demanda de divorcio contenciosa. ¿Es procesalmente correcta dicha resolución?

La cuestión básica a tener en cuenta es si la petición realizada por las partes cumplía los requisitos establecidos en la regla 5.ª del art. 777 de la LEC («En cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en el artículo 777, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites que se establecen en dicho artículo»), y uno de los requisitos que se establecen en el art. 777 de la LEC es que junto con la petición se presente «la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil». Por tanto, si en el momento de efectuar la petición no se presentó la propuesta de convenio regulador, técnicamente no podía producirse el cambio de procedimiento. Lo procedente hubiese sido aplicar lo indicado en el art. 19.4 de la LEC y dejar en suspenso el curso de los autos hasta tanto se presentase la propuesta de convenio regulador, tras lo cual se hubiese dictado resolución acordando el cambio de proceso contencioso a consensual. En consecuencia, el proceso contencioso deberá seguir sus trámites hasta el dictado de la correspondiente sentencia.

XVI. GASTOS EXTRAORDINARIOS

Los progenitores pactaron en el convenio regulador que abonarían al 50% todos los gastos escolares de la hija común. La madre ha decidido unilateralmente cambiar de colegio a la menor, sin que ello suponga un aumento de gastos en relación con el anterior colegio, y el padre se opone al

pago de la mitad de los gastos alegando que el cambio de colegio fue una decisión unilateral de la madre a espaldas de lo que se pactó en el convenio regulador. ¿Puede obligarse al padre a pagar la mitad de los gastos escolares?

Un cambio de centro escolar, aun cuando no haya sido consensuado por ambos progenitores, no afecta a la obligación de pago de los gastos escolares que pactaron en el convenio regulador. Es decir, una cosa es que la madre haya incumplido la obligación de consensuar el cambio de colegio, ante lo cual el padre puede solicitar el amparo judicial, y otra muy distinta que ese cambio unilateral vaya a alterar la cláusula del convenio relativa al pago por mitad de los gastos escolares.

XVII. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La hija mayor de edad, que actualmente continúa en periodo de formación cursando estudios universitarios en Madrid, ocupa un piso junto con otra compañeras de universidad. La madre ha interpuesto una demanda de ejecución reclamando al padre el pago de varias mensualidades de la pensión, habiéndose opuesto el padre alegando la falta de legitimación activa de la madre dado que la hija mayor de edad no convive con ella. ¿Es procedente esta causa de oposición?

La residencia en un piso de estudiantes durante el curso escolar no implica un cambio de residencia a los efectos de reconocimiento de la legitimación activa de la madre para reclamar las pensiones impagadas, resultando un hecho circunstancial que no afecta a aquella.

XVIII. CUESTIONES PROCESALES

La madre, a quien se atribuyó la custodia de los hijos, tiene previsto cambiar su residencia a otra ciudad, y ha comunicado dicha decisión al padre, quien se opone a que los hijos se trasladen con ella. ¿Cómo debe canalizar jurídicamente la madre la petición de cambio de residencia?

Cuando el traslado no es inminente, el procedimiento de modificación de medidas es el adecuado, dado que hay que tener en cuenta que el cambio de residencia de los hijos va a alterar el régimen de visitas que se fijó en su día, y además es posible que el padre solicite que se le atribuya a él la custodia. Si el traslado es urgente, procesalmente lo correcto será presentar una solicitud de autorización de cambio de residencia de los hijos al amparo de lo previsto en el art. 156 del CC. No obstante, hay que precisar que no todos los juzgados y tribunales entienden que esta pueda ser la vía adecuada, en cuyo caso parece que no queda otra opción que presentar una demanda de modificación de medidas con solicitud de medidas provisionales.

XIX. CUESTIONES PROCESALES

El ex esposo ha presentado una demanda de modificación de medidas solicitando la extinción de la pensión compensatoria, y por otrosí ha interesado como medida cautelar la suspensión del pago de la pensión hasta tanto se dicte sentencia definitiva. La ex esposa se opone a la adopción de medidas cautelares alegando que la remisión que se hace en el art. 775 de la LEC al art. 773 de la LEC impide la adopción de medidas provisionales ya que este último precepto sólo autoriza la adopción de las medidas que se contienen en el art. 103 del CC entre las cuales no se encuentra la pensión compensatoria. ¿Es correcta esta tesis?

Entendemos que no, ya que la remisión que se hace en el art. 775.3 de la LEC es exclusivamente al trámite y no a la clase de

medidas a adoptar, pues cuando el citado precepto indica que «Las partes podrán solicitar, en la demanda o en la contestación, la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior» no excluye a la pensión compensatoria.

XX. PENSIÓN ALIMENTICIA

Tramitado el procedimiento de divorcio, en medidas provisionales se fijó la cuantía de la pensión alimenticia que posteriormente fue elevada a definitiva en la sentencia de divorcio. Instada la demanda de ejecución, la madre reclama los alimentos desde la fecha de presentación de la demanda, pero tras la oposición del padre, el juzgado solo despacha ejecución desde la fecha en que se dictó el auto de medidas provisionales. ¿Puede presentarse un procedimiento declarativo reclamando al padre las pensiones devengadas desde la interposición de la demanda hasta que se dictó el auto de medidas provisionales?

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 14 de junio de 2011, dejó perfectamente claro que debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda. Sin embargo, el problema que se presenta es de carácter procesal dado que el título judicial —auto de medidas provisionales y sentencia— no contiene dicho pronunciamiento y ese ha sido el motivo por el que el juzgado estimó en parte la causa de oposición del demandado y rechazó la reclamación de los alimentos generados antes del dictado del auto de medidas provisionales. Si se presenta una demanda de juicio verbal de reclamación de alimentos, se daría la circunstancia que la aplicación del art. 148 del CC impediría reconocer los alimentos anteriores a la presentación de la demanda. Igualmente sería de aplicación lo establecido en el art. 400.2 de la LEC («De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste»), por lo que la demanda independiente estaría abocada al fracaso al apreciarse la excepción de cosa juzgada, pues esta petición —pago de alimentos desde la interposición de la demanda— debió solicitarse en el proceso de divorcio.

Quizás una vía para solicitar estos alimentos sería la acción de enriquecimiento injusto, ya que se trata de una acción que no puede acumularse a la acción de divorcio. También podría sopesarse si la acción a ejercitar sería la prevista en el último párrafo del art. 1319 del CC («El que hubiere aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial»), pero para el caso de la sociedad de gananciales habría que acreditar que las necesidades de los hijos se atendieron con bienes propios y no comunes.

XXI. CUESTIONES PROCESALES

Ni el abogado ni la procuradora de la parte demandada comparecieron al acto del juicio, desestimándose posteriormente su petición de nulidad de actuaciones que basaron en la imposibilidad de comparecer por la enfermedad del abogado. Dictada Sentencia la parte demandada ha interpuesto recurso de apelación solicitando al mismo tiempo la práctica de diversas pruebas. ¿Pueden admitirse estas pruebas?

Si la imposibilidad de solicitar prueba en primera instancia se debió a su incomparecencia injustificada, no puede pedir prueba en segunda instancia al no concurrir ninguno de los supuestos del artículo 460 de la LEC.

XXII. PENSIÓN COMPENSATORIA

Los cónyuges obtuvieron su separación matrimonial de común acuerdo mediante sentencia que aprobó el convenio regulador en el que, de un lado, no se establecía pensión compensatoria alguna porque las partes reconocían que no existía desequilibrio económico, y de otro se llevaba a efecto la liquidación del régimen económico de gananciales, si bien se establecía que el exceso de adjudicación que en ella se hacía a favor de la esposa, por valor de treinta mil quinientos dos euros, se compensaba con la renuncia a la pensión compensatoria. Posteriormente se dictó Sentencia que declaró la nulidad del convenio regulador por vicio en el consentimiento. ¿Puede la esposa solicitar pensión compensatoria en el proceso de divorcio?

La nulidad del convenio regulador alcanza ineludiblemente a la renuncia a la pensión compensatoria, por lo que reconociendo el ex esposo la existencia del desequilibrio, entendemos que no existe ningún obstáculo procesal para que dicha petición pueda ser objeto del proceso de divorcio, ya que en el proceso de separación no pudo pedirse dado que en ese momento era la válida la renuncia a la pensión compensatoria.

Revista de

Derecho de Familia

TRIBUNA ABIERTA

EL USUFRUCTO UNIVERSAL DEL CÓNYUGE VIUDO EN EL DERECHO SUCESORIO ESPAÑOL: PROBLEMÁTICA SOBRE SU ADMISIBILIDAD

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Doctora en Derecho
Abogada especializada en Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones y derechos fundamentales
Profesora del máster de acceso a la abogacía de la Universidad de Cádiz (Facultad de Derecho de Jerez de la Frontera) y de la Escuela de Práctica Jurídica
Miembro de la Asociación Española de Abogados de Familia

Uno de los temas que, sin duda, ha planteado enorme polémica y debate entre los teóricos y juristas especializados en Derecho de Familia y Sucesiones ha sido el relativo a la institución del usufructo universal vitalicio del cónyuge viudo en nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil.

La institución del usufructo universal vitalicio del cónyuge viudo encuentra su fundamento y su razón de ser, así como el amparo y apoyo legal, en la práctica notarial, ya que son muchos —en las estadísticas se contabilizan un total de 85%— los testadores que, en sus disposiciones de última voluntad, manifiestan su deseo de dejar al cónyuge sobreviviente el goce y disfrute de todo el patrimonio del causante, de modo que el supérstite pueda disfrutar, tras el fallecimiento de su esposo o esposa, de una posición económica holgada y, en cualquier caso, similar en todo a la mantenida durante la vida del difunto.

Hay que resaltar que la validez y eficacia del usufructo universal vitalicio se complica, en el marco del Derecho Común, aún más, si cabe, con la adición, en los testamentos, de la cláusula denominada cautela Socini, ya que, a través de ésta, y siguiendo las directrices marcadas por el Derecho Romano, el testador lo que pretende es lograr, ante todo, que los legitimarios respeten la institución del usufructo en la persona del cónyuge supérstite, estableciendo, para ello, el mecanismo en virtud del cual, si algún legitimario se opusiera a dicho usufructo, quedaría reducido a percibir su legítima estricta —la denominada vulgarmente «legítima corta»—, acreciendo a los otros legitimarios no «rebeldes» la parte del legitimario que, en su día, se opuso en concepto de legado o mejora.

El usufructo es un derecho real que puede ser definido como el derecho a disfrutar los bienes ajenos, con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa. Es éste el contenido, precisamente, del artículo 467 de nuestro Código Civil.

Tras la Reforma operada en el Código Civil por la Ley 11/1.981, de 13 de Mayo, la cuantía del usufructo del viudo queda fijada en los siguientes términos:

1.º si el viudo o viuda concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora, según el artículo 834 del Código Civil;

2.º en el supuesto de concurrencia del viudo o viuda con hijos de su consorte concebidos durante el matrimonio de ambos, el artículo 837 del Código Civil le atribuye el usufructo sobre la mitad de la herencia, recayendo dicha cuota sobre el tercio de mejora y gravando el resto el tercio de libre disposición;

3.º concurriendo con los ascendientes del cónyuge premuerto, el supérstite tiene derecho al usufructo sobre la mitad de la herencia; y finalmente

4.º si el cónyuge viudo o viuda es el único legitimario, su participación se va a extender al usufructo de las dos terceras partes de la herencia.

Los tres primeros supuestos citados —no así el cuarto —colocan al cónyuge supérstite en una posición de clara desventaja respecto al status y situación económica de la que gozara en vida del causante difunto. Sin embargo, el Código Civil español optó por atribuir al esposo sobreviviente una cuota usufructuaria parcial, en lugar de la instauración de un usufructo universal *ex lege* a favor del cónyuge viudo, y ello se explicó en función de razones históricas, pero también de carácter económico, ya que se estimó que la implantación de un usufructo que comprendiera la generalidad de los bienes hereditarios, además de no contar con precedentes en el Derecho castellano, podría resultar un grave obstáculo al desarrollo de las empresas familiares, viéndose esta razón reforzada por la circunstancia de que la vigencia del régimen de gananciales, en el marco de la regulación económica del matrimonio, era casi generalizada en los tiempos en que el Código Civil vio la luz, tal como expresaba ROCA SASTRE MUNCUNILL[(1)]. La opción por otro régimen se revelaba como una medida de carácter excepcional, lo que permitía defender que la práctica de las operaciones dirigidas a liquidar la sociedad de gananciales a la muerte de uno de los cónyuges proporcionaba al otro, una vez añadido el usufructo vidual, recursos más que suficientes.

Pero, si nos detenemos un poco en reflexionar sobre estas razones, vemos que pueden revelarse claramente insuficientes. De hecho, en el supuesto de patrimonios de escasa entidad, la situación del viudo o de la viuda podía llegar a ser verdaderamente precaria. A ello hay que añadir que, en caso de concurrir con descendientes comunes del premuerto, cabía la posibilidad de que su usufructo fuera conmutado, si bien esta posibilidad, según el artículo 840 del Código Civil, sólo cabe a iniciativa del propio viudo o viuda, no correspondiendo esta decisión u opción a los hijos o descendientes del premuerto.

La situación que se produce tras el fallecimiento de uno de los cónyuges es bien diferente si se compara la posición del cónyuge supérstite con la de otros llamados a la herencia. Ya DE COSSÍO afirmaba que, con la disolución del matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges, el esposo sobreviviente pierde, junto al compañero elegido, toda su forma normal de vida, en tanto que a los restantes herederos únicamente afecta la muerte del causante de manera económica en cuanto, para ellos, supone una mejora patrimonial sobre su anterior estado, mientras que, para el cónyuge, significa, por el contrario, la quiebra de su economía personal, ya que, en el mejor de los casos, pierde el disfrute de parte de los bienes que anteriormente integraban la sociedad conyugal[(2)].

---

(1) ROCA SASTRE MUNCUNILL: «Naturaleza jurídica de la legítima. Teoría de la *debita pars valoris bonorum*», en *Revista de Derecho Privado*, 1944.

(2) REAL PÉPEZ, Alicia: *Usufructo universal del cónyuge viudo en el código civil*, Editorial Montecorvo, 1988.

Por ello, a la vista de que el Código Civil consagra un usufructo vidual limitado únicamente a una cuota de la herencia, en ocasiones —yo diría que, estadísticamente, en una gran mayoría de ocasiones y, desde luego, siempre que el matrimonio mantenga una relación personal estable y armónica—, se ve la necesidad de ampliar extraordinariamente las previsiones del legislador a través de la figura del denominado usufructo universal vitalicio del cónyuge viudo. La conveniencia de introducir *ex lege* esta figura, siguiendo las pautas de la viudedad aragonesa, fue rechazada al abordar la codificación, en consideración a argumentos que, tal como matiza BORRACHERO[(3)], participaban más de la consideración de morales —o éticos— que de jurídicos. Se advertía, efectivamente, del peligro que esta institución podría representar a la hora de despertar la codicia de «jóvenes bellas y virtuosas, pero pobres», o la pasión y, quizás, la lujuria de «ricas sesentonas ebrias de amor por gallardos mozos ansiosos de adquirir fortuna y de llevar una vida cómoda y regalada». Pero el único argumento jurídico esgrimido en contra de esta institución fue el considerar que el usufructo universal vitalicio del cónyuge viudo podría ser interpretado como una concesión a los foralistas.

Sin embargo, el contraste entre la falta de acogida de este derecho por nuestro Código Civil y la práctica habitual de su institución en testamentos en ámbitos sometidos al Derecho Común da una idea, clara y evidente a todas luces, del triunfo de esta figura, fundamentada en el deseo, legítimo y respetable, de aquellos cónyuges que quieren asegurar el futuro de sus consortes, especialmente el futuro económico, una vez fallecido uno de ellos. De este modo, siguiendo esta línea orientativa, en territorios de Derecho Común es muy frecuente el otorgamiento de testamentos en los que, de manera expresa y abierta, se hace uso generalizado de esta figura jurídica, aunque la Ley —justo es resaltarlo —no la ha reconocido de forma expresa.

Cabe referirse a este usufructo universal como especial, si bien pueden admitirse otras denominaciones terminológicas, como usufructo de herencia o *mortis causa*, usufructo sucesorio o de patrimonio hereditario o usufructo *ex testamentis*.

Como ha expresado Ana Laura CABEZUELO ARENAS[(4)], el principal objetivo que se persigue a través de la institución de la figura del usufructo universal es, sin lugar a dudas, garantizar al cónyuge viudo unos medios de vida aptos para seguir manteniendo el mismo *status* económico de que gozaba en vida del cónyuge causante premuerto. De todas formas, es importante subrayar que pueden presentarse circunstancias imprevistas, como enfermedades graves que precisan de un tratamiento costoso no cubierto por la Seguridad Social y que no puedan solventarse con los recursos que ofrece un usufructo, ni siquiera cuando éste se extienda a la totalidad de los bienes de la herencia del causante. No obstante, se pretende, con esta figura jurídica, que al cónyuge supérstite se le proporcionen los medios adecuados para seguir conservando un cierto nivel de vida, aunque, en muchas ocasiones, quizás se revele insuficiente para afrontar y superar todos aquellos eventos y sucesos que se sitúen al margen de la normalidad y de los gastos ordinarios cotidianos.

---

(3) BORRACHERO, Miguel: «Usufructo universal del cónyuge viudo en el código civil», en *Revista de Derecho Privado*, 1955.

(4) CABEZUELO ARENA, Ana Laura: *Diversas formas de canalización de la cautela socini*, Ediciones Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Desde luego, hay que constatar que el problema más arduo se plantea cuando el cónyuge supérstite concurre a la herencia con los descendientes, al debilitarse, en este supuesto, su posición, como consecuencia del necesario respeto a los derechos que la Ley Civil reconoce a los legitimarios —hijos, nietos, etc.—.

No obstante, hay muchos autores que se muestran disconformes con la figura del usufructo universal vitalicio del cónyuge viudo. En este sentido, DE COSSÍO afirmaba que el status del cónyuge supérstite puede conservarse a través del mecanismo jurídico del usufructo vidual[5]. Suprimida, en la actualidad, la figura del usufructo sobre los bienes de los hijos menores de edad, es evidente que ya esta postura doctrinal no podría mantenerse y que el cónyuge viudo se coloca en una posición más desventajosa, eliminándose, así los argumentos contrarios a la admisión de la institución analizada. Hay, no obstante, ocasiones en las que el usufructo universal opera *de facto*, porque les mueve a los legitimarios el deseo de no incrementar el dolor del cónyuge viudo, en la medida en que se vea privado, no sólo de la protección personal y afecto de su compañero, sino también de los recursos y posibilidades económicas a las que estuviera acostumbrado en vida del causante. En función de esta idea, se evita que al declive en el ámbito personal, se sume, además, el deterioro a nivel económico.

Otros autores, como FUENMAYOR[6], estimaban que esta figura es una fórmula hábil que permite armonizar el derecho de los descendientes a la legítima con cierta libertad de imponer gravámenes, condiciones y sustituciones reconocida al ascendiente y al servicio de su poder familiar. Esta última tesis mantenida por Fuenmayor habría de ser matizada: sobre la legítima, como el Código Civil establece, no se pueden imponer gravámenes, ni condiciones ni sustituciones de ninguna especie, porque lo prohíbe el artículo 813, si bien deja a salvo el usufructo del viudo. Habría que referirse al usufructo universal vitalicio del cónyuge supérstite como una carga —para los descendientes— instituida por el testador en previsión de un posible —a veces, más que probable— declive en el terreno económico del viudo.

Según DE COSSÍO[7], el cónyuge no aparece como un heredero, sino que se limita a mantener su posición dentro del organismo familiar, siquiera le sean transferidos poderes que correspondían al premuerto, pero dotados de una carácter más bien personal que económico. Este jurista añade, con agudeza, que, aunque la forma jurídica mediante la cual se construye esta institución es ordinariamente la del usufructo, con sus obligaciones inherentes, algunas veces de inventario y caución, no puede, sin embargo, pensarse en la existencia de un usufructo propiamente dicho, en primer término porque no se constituye en beneficio exclusivo de su titular, sino que le impone la carga del sostenimiento de los hijos, haciendo pensar más bien en una comunidad de bienes que el cónyuge administra en beneficio de la familia y, en segundo lugar, por no admitirse los actos de disposición sobre el usufructo, que, con su inalienabilidad, demuestra ser algo más que un mero elemento económico, hallándose afecto a una finalidad superior, cual es la estabilidad de la familia.

---

(5) COSSÍO, A. de: «Los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente», en *Revista de Derecho Privado*, 1957.

(6) FUENMAYOR CHAMPÍN, A.: «Intangibilidad de la legítima», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo I, 1948.

(7) COSSÍO, A. de: «Los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente», artículo citado en nota 5.

Cabe matizar esta tesis de De Cossío, en el sentido de resaltar que el usufructo puede aún ser más ventajoso para el cónyuge supérstite cuando a éste se suma la facultad de disposición de los elementos que lo configuran, y ello en términos más o menos amplios.

A favor de la institución del usufructo universal en nuestro Derecho Sucesorio se han propuesto diversas teorías. En esta línea, SÁENZ DE SANTAMARÍA recalcaba que, aunque el artículo 813.2 del Código Civil se afirma como el principal argumento para la condena de este tipo de disposiciones, se asiste al contrasentido de que es, precisamente, esta misma norma la que facilita la admisibilidad de aquéllas, al aludir a la excepción que el usufructo vidual representa[8]. Para este jurista, no cabe duda que el Código Civil, en su artículo 813.2 *in fine*, no se refiere a la cuota legal usufructuaria, al venir ésta impuesta ya por la propia Ley y funcionar con absoluta independencia de la voluntad del testador, por lo que hay que entender, desde mi punto de vista, que este precepto se refiere al usufructo voluntario —el usufructo universal vitalicio del cónyuge viudo lo es—.

Lo que sí resulta cuanto menos extraño es que el legislador civil prohíba una cosa, cual es imponer gravámenes sobre la legítima, y, a continuación, tras dejar bien sentada esta prohibición, en armonía con la intangibilidad cualitativa de la legítima, admite, como excepción a dicha prohibición, un gravamen que puede imponer el testador a sus descendientes, cual es la institución testamentaria del usufructo universal vitalicio del cónyuge viudo. De ahí que deban rechazarse, por inadmisibles, las afirmaciones, doctrinas y teorías que se muestren favorables a la nulidad de esta disposición testamentaria, basándose en que transgrede una norma de carácter imperativo —la que impone la intangibilidad de la legítima—, al ser, precisamente, dicha norma la que, a un tiempo, establece, con carácter general, dicho principio y su excepción, siendo esta última, es decir, la excepción, la que, evidentemente, puede ser reconocida.

Por último cabe hacer una referencia al tema de la extinción del usufructo vidual universal. Sobre este extremo, hay que resaltar que es la conservación del estado de viudedad el factor que puede ligarse, de forma definitiva, a la conservación del usufructo, haciendo entrar en juego, a modo de condición resolutoria de éste, la decisión del cónyuge supérstite de contraer nuevo matrimonio, o de vivir maritalmente con otra persona. Es evidente que, ante el temor de ser privados de las ventajas económicas de que disfrutan, muchos viudos, y viudas, preferirán conservar su *status*. No obstante, hay autores que entienden que la decisión del supérstite de contraer matrimonio, o de vivir en unión de hecho con otra persona, no extinguirá el usufructo, ni siquiera cuando el testador lo imponga de forma expresa, si no se ha indicado nada acerca de la conducta personal que debe adoptar[9]. En realidad, esta teoría se fundamenta en que la condición de no contraer nuevo matrimonio puede obedecer a razones de fidelidad, en cuyo caso no estaría justificado despojar del usufructo al cónyuge viudo por su vida licenciosa, alegando una condición que no responde a la verdadera voluntad del testador, máxime en la actualidad, en que la permisividad de las conductas está a la orden del día y es prácticamente imposible fijar, con carácter previo, en qué consiste la vida licenciosa. En cualquier caso, si

(8) SÁENZ DE SANTA MARÍA TINTURÉ, I.: «¿Es viable el usufructo universal a favor del cónyuge viudo en nuestro derecho común existiendo herederos forzosos?», en *Revista de Derecho Privado*, 1951.

(9) REAL PÉREZ, Alicia: *Usufructo universal del cónyuge viudo en el código civil*, obra citada en nota 2.

el viudo o viuda contrae nuevas nupcias, o vive maritalmente —en unión de hecho—, no se da ya la desprotección económica de aquél o aquélla, al haber encontrado un nuevo referente tanto en el aspecto personal como en el económico o patrimonial.

Revista de

Derecho de Familia

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

INTERÉS LEGAL DEL DINERO

Año	%
1985	11
1986	10,50
1987	9,50
1988	9
1989	9
1990	10
1991	10
1992	10
1993	10
1994	9
1995	9
1996	9
1997	7,50
1998	5,50
1999	4,25
2000	4,25
2001	5,50
2002	4,25
2003	4,25
2004	3,75
2005	4
2006	4
2007	5
2008	5,50
2009 (desde el 1-I hasta el 31-III)	5,50
2009 (desde el 1-IV hasta el 31-XII)	4
2010	4
2011	4
2012	4
2013	4

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (SMI) PARA 2013

21,51 euros/día o 645,30 euros/mes.

ÍNDICE DE PRECIOS DE CONSUMO (DATOS INTERANUALES)

Año	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiem.	Octubre	Noviem.	Diciem.
1986	9,3	9,0	8,6	7,8	7,8	8,9	9,4	9,5	9,5	9,3	8,2	8,3
1987	6,0	6,0	6,3	6,3	5,8	4,9	4,9	4,6	4,4	4,7	4,7	4,6
1988	4,5	4,3	4,5	3,9	4,0	4,4	4,7	5,8	5,7	5,2	5,4	5,8
1989	6,4	6,2	6,1	6,7	6,9	7,1	7,4	6,6	6,8	7,1	7,3	6,9
1990	6,7	7,3	7,0	7,0	6,8	6,5	6,3	6,5	6,5	7,0	6,7	6,5
1991	6,7	5,9	5,9	5,9	6,2	6,2	6,1	6,0	5,7	5,5	5,7	5,5
1992	6,0	6,8	6,9	6,5	6,5	6,2	5,2	5,8	5,8	5,2	5,1	5,3
1993	4,7	4,0	4,0	4,6	4,6	4,9	4,9	4,6	4,3	4,6	4,7	4,9
1994	5,0	5,0	5,0	4,9	4,9	4,7	4,8	4,8	4,5	4,4	4,4	4,3
1995	4,4	4,8	5,2	5,2	5,1	5,1	4,7	4,3	4,4	4,3	4,4	4,3
1996	3,9	3,7	3,4	3,5	3,8	3,6	3,7	3,7	3,6	3,5	3,2	3,2
1997	2,9	2,5	2,2	1,7	1,5	1,6	1,6	1,8	2,0	1,9	2,0	2,0
1998	2,0	1,8	1,8	2,0	2,0	2,1	2,2	2,1	1,6	1,7	1,4	1,4
1999	1,5	1,8	2,2	2,4	2,2	2,2	2,2	2,4	2,5	2,5	2,7	2,9
2000	2,9	3,0	2,9	3,0	3,1	3,4	3,6	3,6	3,7	4,0	4,1	4,0
2001	3,7	3,8	3,9	4,0	4,2	4,2	3,9	3,7	3,4	3,0	2,7	2,7
2002	3,1	3,1	3,1	3,6	3,6	3,4	3,4	3,6	3,5	4,0	3,9	4,0
2003	3,7	3,8	3,7	3,1	2,7	2,7	2,8	3,0	2,9	2,6	2,8	2,6
2004	2,3	2,1	2,1	2,7	3,4	3,5	3,4	3,3	3,2	3,6	3,5	3,2
2005	3,1	3,3	3,4	3,5	3,1	3,1	3,3	3,3	3,7	3,5	3,4	3,7
2006	4,2	4,0	3,9	3,9	4,0	3,9	4,0	3,7	2,9	2,5	2,6	2,7
2007	2,4	2,4	2,5	2,4	2,3	2,4	2,2	2,2	2,7	3,6	4,1	4,2
2008	4,3	4,4	4,5	4,2	4,6	5,0	5,3	4,9	4,5	3,6	2,4	1,4
2009	0,8	0,7	-0,1	-0,2	-0,9	-1,0	-1,4	-0,8	-1,0	-0,7	0,3	0,8
2010	1,0	0,8	1,4	1,5	1,8	1,5	1,9	1,8	2,1	2,3	2,3	3,0
2011	3,3	3,6	3,6	3,8	3,5	3,2	3,1	3,0	3,1	3,0	2,9	2,4
2012	2,0	2,0	1,9	2,1	1,9	1,9	2,2	2,7	3,4	3,5	2,9	2,9
2013	2,7	2,8										

TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS (CUANDO UN SOLO PROGENITOR OBTIENE INGRESOS)

Ingresos	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
800	181,6	263,3	299,6	350,5
875	198,6	288,0	327,7	383,3
950	215,7	312,7	355,8	416,2
1.025	232,7	337,4	383,9	449,1
1.100	249,7	362,1	412,0	481,9
1.175	266,7	386,8	440,1	514,8
1.250	283,8	411,4	468,2	547,6
1.325	300,8	436,1	496,3	580,5
1.400	317,8	460,8	524,4	613,4
1.475	334,8	485,5	552,5	646,2
1.550	351,9	510,2	580,6	679,1
1.625	368,9	534,9	608,6	711,9
1.700	385,9	559,6	636,7	744,8
1.775	402,9	584,2	664,8	777,6
1.850	420,0	608,9	692,9	810,5
1.925	437,0	633,6	721,0	843,4
2.000	454,0	658,3	749,1	876,2
2.075	471,0	683,0	777,2	909,1
2.150	488,1	707,7	805,3	941,9
2.225	505,1	732,4	833,4	974,8
2.300	522,1	757,0	861,5	1.007,7
2.375	539,1	781,7	889,6	1.040,5
2.450	556,2	806,4	917,6	1.073,4
2.525	573,2	831,1	945,7	1.106,2
2.600	590,2	855,8	973,8	1.139,1
2.675	607,2	880,5	1.001,9	1.171,9
2.750	624,3	905,2	1.030,0	1.204,8
2.825	641,3	929,8	1.058,1	1.237,7
2.900	658,3	954,5	1.086,2	1.270,5
2.975	675,3	979,2	1.114,3	1.303,4
3.050	692,4	1.003,9	1.142,4	1.336,2
3.125	709,4	1.028,6	1.107,5	1.369,1
3.200	726,4	1.053,3	1.198,6	1.402,0
3.275	743,4	1.078,0	1.226,7	1.434,8
3.350	760,5	1.102,7	1.254,7	1.467,7
3.425	777,5	1.127,3	1.282,8	1.500,5

TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS
(CUANDO EXISTE UN SOLO HIJO Y AMBOS PROGENITORES PERCIBEN INGRESOS)

	900	1.050	1.200	1.350	1.500	1.650	1.800	1.950	2.100	2.250	2.400	2.550	2.700	2.850
600	190	225	259	293	327	361	395	429	463	497	531	565	599	633
650	190	224	258	292	326	360	394	428	462	496	530	564	598	632
700	188	222	257	291	325	359	393	427	461	495	529	563	597	631
750	187	221	255	289	323	358	392	426	460	494	528	562	596	630
800	186	220	254	288	322	356	390	424	459	493	527	561	595	629
850	185	219	253	287	321	355	389	423	457	491	526	560	594	628
900	184	218	252	286	320	354	388	422	456	490	524	558	592	627
950	183	217	251	285	319	353	387	421	455	489	523	557	591	625
1.000	182	216	250	284	318	352	386	420	454	488	522	556	590	624
1.050	180	215	249	283	317	351	385	419	453	487	521	555	589	623
1.100	179	213	247	281	316	350	384	418	452	486	520	554	588	622
1.150	178	212	246	280	314	348	382	417	451	485	519	553	587	621
1.200	177	211	245	279	313	347	381	415	449	484	518	552	586	620
1.250	176	210	244	278	312	346	380	414	448	482	516	550	585	619
1.300	175	209	243	277	311	345	379	413	447	481	515	549	583	617
1.350	174	208	242	276	310	344	378	412	446	480	514	548	582	616
1.400	173	207	241	275	309	343	377	411	445	479	513	547	581	615
1.450	171	205	239	274	308	342	376	410	444	478	512	546	580	614
1.500	170	204	238	272	306	341	375	409	443	477	511	545	579	613
1.550	169	203	237	271	305	339	373	407	442	476	510	544	578	612
1.600	168	202	236	270	304	338	372	406	440	474	508	543	577	611
1.650	167	201	235	269	303	337	371	405	439	473	507	541	575	609
1.700	166	200	234	268	302	336	370	404	438	472	506	540	574	608

NOTA: Los valores deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos, 1,65 si hay tres hijos y 1,93 si hay cuatro hijos. Los valores de la primera columna corresponden a los ingresos del progenitor custodio, y los valores de la primera fila corresponden a los ingresos del progenitor no custodio.

Revista de

Derecho de Familia

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

PATRIA POTESTAD

La atribución de la custodia no autoriza a que el progenitor custodio decida unilateralmente el lugar de residencia de los hijos, ya que se trata de una cuestión que afecta a la patria potestad y por tanto debe resolverse de común acuerdo o en su defecto acudir al juzgado.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de octubre de 2012]

Dándose las condiciones para establecer la custodia compartida no procede autorizar a la madre el cambio de residencia a Inglaterra pues ello impediría adoptar este modelo de custodia y además afectaría a la participación del padre en el desarrollo del menor, siendo intrascendentes las alegaciones de la madre en cuanto a la falta de arraigo y de trabajo en nuestro país.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012]

Es cierto que el padre no ha tenido contacto con la hija pues en el momento de producirse el cese de la convivencia solo tenía un año y medio y después la relación fue inexistente, por lo que la menor no tiene ningún vínculo con el padre, quien no ha mostrado ningún interés por ella, siendo además citado por edictos al presente procedimiento. Pero todo ello se estima insuficiente para acordar la privación de la patria potestad pues no se desprende que de tal decisión resulte beneficio alguno para la hija.

[AP Girona, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de julio de 2012]

Se acuerda conceder autorización judicial a la madre, a fin de que en el ejercicio de la patria potestad fije cautelarmente la residencia de sus hijos menores en España, estableciéndose un régimen de visitas a favor del progenitor paterno que reside en Paraguay.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 10 de julio de 2012]

GUARDA Y CUSTODIA

En el proceso de divorcio se pretende hacer valer las habilidades del padre para asumir la custodia, pero esto no se discute, lo que sucede es que la custodia materna ha venido funcionando perfectamente desde la separación de hecho y los menores se encuentran adaptados a este sistema, por lo que no existe motivo alguno para modificarlo.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de diciembre de 2012]

Aunque los hijos expresaron su deseo de convivir con el padre, no se accede al cambio de custodia ya que según el dictamen psicosocial podría estarse ante una posible manipulación de los hijos. Además, no todos los deseos de los hijos se satisfacen necesariamente mediante el cambio de custodia.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de octubre de 2012]

Establecida la custodia compartida en la anterior sentencia que adquirió firmeza al no formalizarse el recuso de apelación, se concede la custodia al padre al haberse trasladado la madre a Madrid por motivos laborales, siendo el deseo de los cuatro hijos permanecer unidos, no teniendo estos «decidido de manera firme su cambio de residencia».

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012]

La madre, en una situación de enamoramiento, fue capaz de abandonar a sus hijos dejándolos con el padre y situar su residencia tan alejada de sus hijos que impedía el mantenimiento de la relación, además posteriormente incumplió la obligación alimenticia impuesta en auto de medidas provisionales, por lo que debe otorgarse la custodia la padre que viene ejerciéndola desde el mes de marzo de 2010.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012]

No se aprecia razón alguna para que la guarda no sea compartida pues no existe un grave enfrentamiento entre ambos progenitores, sino más bien la conflictividad propia de una separación matrimonial que deberá irse solventandose en el futuro.

[AP Girona, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de julio de 2012]

Las razones de la madre para oponerse a la custodia compartida son de carácter más sentimental que jurídicas e incluso dejan entrever una sobreprotección materna. La mala relación entre los progenitores no se traduce en una inidoneidad del sistema de custodia compartida, pues los padres mantienen cierta comunicación entre ellos; además debe tenerse en cuenta que el hijo presenta minusvalía psíquica irreversible por lo que precisará durante toda su vida del cuidado de sus padres y de la asistencia de terceras personas.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 25 de julio de 2012]

Como la madre ha trasladado su residencia a Madrid por motivos laborales, el sistema de guarda y custodia establecido en la sentencia de divorcio no es viable, y el interés del menor aconseja que continúe en su entorno social y familiar en que ha desarrollado su vida hasta la fecha y quien en este momento puede garantizarle este entorno es el padre, por lo que a él se le atribuye la custodia.

[AP Girona, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de julio de 2012]

La custodia compartida por meses es el régimen que mejor se adapta a este caso, dado que es el deseo de las hijas y hasta la resolución del presente recurso ha transcurrido más de un año sin que se haya denunciado por la madre la existencia de ningún problema en su desarrollo.

[AP Alicante, Sec. 9.ª, Sentencia de 19 de julio de 2012]

RÉGIMEN DE VISITAS

Indicar en la sentencia que el padre puede ver al menor «cuando quiera preavisando a la madre» no es un régimen de visitas en el sentido estricto que establece el 94 del CC, pues no se establece qué días verá el padre a su hijo, ni cómo harán estas visitas, ni el tiempo que el padre podrá estar con su hijo, ni con quién pernoctará el menor en el caso de que el padre fuese a visitarlo a Italia.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012]

El periodo vacacional debe ser distribuido por quincenas alternas, ya que se considera excesiva y perjudicial para los menores privarles del contacto con uno de sus progenitores durante un mes completo.

[AP Alicante, Sec. 9.ª, Sentencia de 24 de julio de 2012]

Los gastos de traslado del padre desde Palma a Galicia y la estancia en dicha comunidad para cumplir con el régimen de visitas y estancias con los niños deben ser sufragados por mitad por ambos progenitores, toda vez que fue la madre quien decidió marcharse a la península.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 23 de julio de 2012]

Teniendo atribuida la guarda de la menor su tía paterna, el cumplimiento irregular de las visitas y la conducta del padre frente a la menor a la que no preserva emocionalmente está causando a la niña graves alteraciones, pues se mantiene la vinculación afectiva pero el padre no satisface mínimamente las expectativas de la niña que ve frustrada su necesidad de presencia paterna y por ello se considera acertado la suspensión del régimen de visitas.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 17 de julio de 2012]

En el informe se relatan diversos juegos y actitudes inapropiados, con matices sexualizados, del padre con la niña en la sala donde se producían las visitas, lo que justifica la suspensión cautelar del régimen de visitas.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 17 de julio de 2012]

Lo normal es que la hija menor al terminar la jornada escolar deba acudir al domicilio materno con el fin de preparar sus cosas para llevar a cabo el régimen de visitas durante el fin de semana que le corresponda estar con el padre.

[AP La Rioja, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de julio de 2012]

Se otorga al padre un día de visita intersemanal pese que no fue solicitado, al atender el Juzgado al informe del SATAF que la recomienda, y ello sin perjuicio de que el padre pueda o no, puntualmente, atender a la visita programada por razón de sus necesidades laborales.

[AP Tarragona, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de julio de 2012]

VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

El pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar debe hacerse por mitad entre ambos cónyuges.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de noviembre de 2012]

Siendo similares entre ambos las condiciones de edad, estado de salud y posibilidades de atender dignamente su sustento, se encuentra ajustada a derecho la decisión de la Audiencia Provincial que atribuyó el uso por anualidades a ambos ex cónyuges. La circunstancia de que convivan con la madre dos hijos mayores de edad y un nieto, y que esta vivienda sea la única residencia de todos ellos, no afecta a la decisión adoptada.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de noviembre de 2012]

Habiendo adquirido la madre una vivienda, aunque se le otorga la custodia de la hija, se acuerda atribuir el uso de la vivienda familiar al padre, ya que ello este mejora su situación económica permitiéndole hacer frente a una superior prestación alimenticia a favor de su hija al desaparecer la carga que representaba el pago de la renta de alquiler.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de noviembre de 2012]

Al encontrarse casados en régimen de separación de bienes, si la esposa considera que existe alguna figura jurídica que le permita reclamar al esposo, en contra de la literalidad del contrato de préstamo, el pago parcial de una deuda por él no suscrita, tal debate excede del marco del proceso de divorcio.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012]

Cuando se aplica la legislación catalana, en un procedimiento matrimonial puede otorgarse el uso de viviendas que se usan transitoria o estacionalmente e incluso de otras que sean susceptibles de uso aunque vengan siendo rentabilizadas por los cónyuges mientras no son necesarias para la familia, pues no existe razón alguna para excluirlas.

[TSJ de Cataluña, Sentencia de 30 de Julio del 2012]

No es preciso siempre, y en todo caso, atribuir el uso de la vivienda al menor cuando este pueda tener perfectamente asegurada una vivienda, que es lo que el Legislador persigue: garantizar un techo al menor. La madre tiene nueva pareja con la que convive y de la que ha habido nueva descendencia, y que tiene una vivienda propia cedida en alquiler, por lo que es incomprensible e injusto pretender con el uso de una vivienda que ha dejado de ser familiar para convertirse en el domicilio, además gratuito, de la nueva familia de la demandada.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 18 de julio de 2012]

Se pretende la revocación de la sentencia a los efectos de que se le atribuya el uso de la mitad del garaje situado en los bajos del domicilio familiar, pero en el derecho catalán no se prevé la posibilidad de que el Juez atribuya el uso de elementos distintos del hogar familiar.

[AP Girona, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de julio de 2012]

Modificada la custodia, tal cambio conllevará que el progenitor custodio sea el que también tenga atribuido el uso del domicilio conyugal.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 11 de julio de 2012]

Teniendo en cuenta que los litigantes tienen nacionalidad pakistaní y por tanto carecen de vecindad civil valenciana no puede aplicarse el art. 6 de la ley 5/2011, por lo que no puede limitarse temporalmente la atribución del uso de la vivienda familiar.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 4 de julio de 2012]

Atribuir el uso del domicilio familiar al menor y al progenitor que disfrutase de su compañía durante el mes alterno que corresponde a cada uno de los progenitores, puede ser una fuente importante de conflictos, por lo que se opta por atribuir dicho uso a la madre cuyos ingresos son considerablemente inferiores a los del padre.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 2 de julio de 2012]

PENSIÓN ALIMENTICIA

Se deja en suspenso la obligación alimenticia de la madre en base a su falta de ingresos y a la existencia de un convenio regulador homologado judicialmente en el que se pactaba que cada uno de los cónyuges se hacía cargo de los alimentos del hijo mientras este se encuentre en su compañía, como así vino haciéndose, y esta medida no se había modificado.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de noviembre de 2012]

La esposa puede tener derecho a alimentos desde la fecha de interposición de la demanda hasta que se dicta la sentencia en la que se fijó pensión compensatoria, por lo que no habiéndose pronunciado la Sentencia sobre este particular se devuelven las actuaciones a la Sala para que se pronuncie sobre ello.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de octubre de 2012]

Debe incrementarse la cuantía de la pensión alimenticia, pues la decisión de que el hijo curse sus estudios en una universidad privada debe merecer respaldo judicial cuando se justifica la imposibilidad de cursar estudios en la Universidad pública. Hay que tener en cuenta que el nivel económico de los padres es suficientemente amplio como para soportar tal incremento.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012]

Los estudios universitarios de las hijas en la facultad de Sociología en Madrid se consideran necesarios para su formación integral, y excediendo del ámbito del art. 142, y deben ser considerados como gastos extraordinarios.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012]

Se ha producido una modificación sustancial, pues cuando se fijó la pensión la hija acudía a una guardería y actualmente asiste a un centro escolar público y. por otro lado, la madre ha comenzado a trabajar, todo lo cual justifica la reducción de la pensión alimenticia.

[AP Girona, Sec. 1.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012]

El padre percibió 90.827,23 euros en concepto de liquidación, finiquito e indemnización por su cese en la empresa, y dicha cantidad es un recurso económico que debe ser tenido en cuenta para valorar si mantiene la capacidad económica que se tuvo en cuenta para fijar la pensión alimenticia o no. Si bien son sustancialmente menores sus ingresos laborales, la cantidad recibida es considerable, por lo que debe desestimarse la demanda de reducción de la cuantía de la pensión alimenticia.

[AP Tarragona, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de julio de 2012]

La hija mayor finalizó sus estudios de fisioterapia en el año 2009, habiéndose matriculado posteriormente en osteopatía. Tiene en la actualidad 26 años de edad, y ha estado temporalmente incorporada al mundo laboral, por lo que está suficientemente preparada y con experiencia en el mundo laboral, no siendo ya de recibo la prórroga de la pensión de alimentos con cargo a su padre.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de julio de 2012]

La decisión de abrir una cuenta bancaria para ingresar las contribuciones de los progenitores destinadas al sostenimiento del menor no excede de los márgenes que, en orden al

dictado de la resolución judicial, le fueron otorgados al Juzgador de instancia al solicitarse la guarda y custodia compartida.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de julio de 2012]

Debe reducirse la cuantía de la pensión alimenticia ya que el padre, de trabajar como autónomo en un negocio de fontanería, ha pasado a trabajar por cuenta ajena, teniendo deudas pendientes de abonar. Por otro lado, la nueva ciudad de residencia le obliga a afrontar unos gastos de desplazamiento para cumplir el régimen de visitas, así como abonar el alquiler de un inmueble.

[AP La Rioja, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de julio de 2012]

El padre pide la suspensión de la pensión alegando que no tiene trabajo ni posibilidad de encontrar alguno y que sus ingresos no le permiten pagar la pensión, así como que la madre dispone de medios para alimentar a las hijas, pero no es posible suspender la ejecución pues no concurre ninguna de las causas que establece el art. 565 LEC, no existiendo previsión legislativa aplicable que permita la suspensión.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 19 de julio de 2012]

El ex esposo ha perdido el trabajo que tenía al ser despedido de la empresa propiedad del padre de la ex esposa, y por otro lado el hijo fue expulsado del Instituto ante las reiteradas y continuadas faltas de asistencia, ignorándose qué ha hecho, y hace, en la actualidad, ya que no se sabe si trabaja en la empresa de su abuelo. La situación en la que se encuentra el hijo a él solo es imputable, por lo que debe declararse extinguida la obligación alimenticia.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 18 de julio de 2012]

Solicita la demandante que los efectos de la extinción de los alimentos de las hijas se retrotraigan a las fechas en las que, según la actora, se produjo la inserción de las hijas en el mundo del trabajo, pero la sentencia dictada en el procedimiento de modificación de medidas solo desplegará su eficacia desde el momento en el que se dicta.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 17 de julio de 2012]

PENSIÓN COMPENSATORIA

Al no dedicarse ninguno de los cónyuges exclusivamente al cuidado de los hijos ni al hogar familiar y habiendo desarrollado cada uno de ellos una actividad empresarial autónoma, no se fija pensión compensatoria aunque los ingresos del marido sean sustancialmente mayores. También se tiene en cuenta que separados desde el año 2004 la petición de pensión se hizo en el año 2008.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2012]

La edad de la esposa, los veintidós años de matrimonio, la dedicación pasada a la familia, la escasa cualificación profesional y el empleo a tiempo parcial con escasa remuneración, justifican la concesión de la pensión compensatoria, aunque los hijos ya sean mayores y la esposa no tenga problemas de salud.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2012]

La mayor o menor cualificación profesional no resulta especialmente significativa en un contexto de crisis dado que una mayor preparación no equivale sin más a un trabajo estable y seguro que proporcione un medio de vida que permita prescindir de la pensión compensatoria.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de octubre de 2012]

Si los cónyuges pactaron el pago de la pensión compensatoria hasta el momento en que se vendiera la vivienda familiar, las dificultades del mercado inmobiliario para la venta del inmueble no pueden llevar al Juez a fijar un plazo temporal para su extinción.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012]

No existe desequilibrio económico ya que la sociedad de gananciales cuya liquidación ya se ha iniciado carece de pasivo y está constituida por un importante patrimonio, sin olvidar que la esposa ya ha dispuesto de un depósito de otros cuarenta mil euros.

[AP Alicante, Sec. 9.ª, Sentencia de 19 de julio de 2012]

Habiéndose cumplido la conclusión prevista en el convenio regulador del divorcio se debe modificar el importe de la pensión compensatoria al haber dejado la ex esposa de percibir los 500 euros que le abonaba la empresa donde prestaba sus servicios, ya que para esta situación se preveía un aumento de la pensión, pues el ex esposo se encuentra vinculado por obligaciones voluntariamente asumidas en un convenio regulador refrendado judicialmente.

[AP Alicante, Sec. 9.ª, Sentencia de 12 de julio de 2012]

Los dos informes de detective revelan la estrecha relación existente entre la demandada y esa otra persona, pues comparten domicilio, lo que no impide que la demandada resida en ocasiones en su propio domicilio. Además, el hijo manifestó que han pasado las vacaciones juntos y que imagina que su madre ha dormido en el domicilio de esa tercera persona, y que éste también se ha quedado a dormir con su madre.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 12 de julio de 2012]

Al tiempo de establecerse en la sentencia de separación la pensión compensatoria de 900 euros mensuales, el esposo, Arquitecto de profesión, y de notable prestigio, obtenía unos ingresos medios aproximados de 9.000 euros mensuales que en la actualidad se han reducido a 3.300 euros, por lo que procede la reducción de la pensión, si bien no cabe limitarla temporalmente pues se desconoce si la formación obtenida por la esposa podrá materializarse próximamente en la obtención de un trabajo remunerado en plazo cierto.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 10 de julio de 2012]

Es cierto que las circunstancias para valorar si existe desequilibrio deben ser apreciadas en el momento de la ruptura, pero nada impide que se pueda pedir la pensión transcurrido un tiempo de la separación de hecho si el desequilibrio producido no se ha superado como ocurre en este caso.

[AP Tarragona, Sec. 1.ª, Sentencia de 3 de julio de 2012]

CUESTIONES PROCESALES

Se desestima el recurso de revisión interpuesto por la madre contra la sentencia que fijó un régimen de visitas de la nieta con su abuela dado que no hubo por parte de esta ninguna maquinación fraudulenta al designar el domicilio de la demandada.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de octubre de 2012]

Cuando el actor pide en su demanda que no se fije pensión compensatoria no es necesario que la demandada formule reconvención expresa para que el tribunal pueda entrar a valorar si procede o no la fijación de la pensión.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de septiembre de 2012]

Se declara la nulidad de lo actuado al encontrarse injustificada la decisión del Juzgado de no permitir la intervención del letrado de la parte demandada, que compareció siete minutos después de iniciada la vista, máxime cuando posteriormente fue suspendida para alcanzar un acuerdo que finalmente no se consiguió.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de julio de 2012]

No cabe la admisión de unas medidas previas sin presentar de forma coetánea la demanda de modificación de medidas, por lo que la solicitud debió de ser rechazada *a limine litis*.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 27 de julio de 2012]

Es innecesario declarar la nulidad de lo actuado toda vez que el defecto de falta de audición del juicio no ha producido una indefensión real y efectiva al padre, hasta el punto de que ni siquiera se alega qué extremo o extremos relevantes han sido sustraídos al conocimiento de la Sala de Apelación como consecuencia de dicha falta.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 25 de julio de 2012]

Los Tribunales españoles son competentes para conocer de la presente demanda de divorcio de un matrimonio sin descendencia de dos personas de nacionalidad boliviana, teniendo su domicilio la esposa en nuestro país y su residencia el demandado en Bolivia, aunque se desconoce su actual paradero.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 18 de julio de 2012]

La pérdida de confianza entre cliente y su abogado justifica la renuncia a que este continúe defendiendo los intereses de aquel, no vislumbrándose en ello ninguna maniobra dilatoria o fraude procesal. El esposo tenía derecho a ser asistido por nuevo letrado y para ello era preciso la suspensión del juicio, suspensión que justificadamente solicitó, a su inicio, la que hasta el día anterior había sido su abogada. En consecuencia, procede declarar la nulidad de actuaciones.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 13 de julio de 2012]

El hecho de que las medidas establecidas en la sentencia hayan sido el producto de un acuerdo no es causa para no admitir a trámite el recurso de apelación cuando se alegue la falta de adecuación de lo decidido en la sentencia con lo acordado e incluso la falta de un auténtico acuerdo.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 9 de julio de 2012]

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Se pacta que ambos cónyuges sufragarán al 50% el recibo del préstamo hipotecario del inmueble que constituyó el domicilio conyugal hasta que se formalice su venta, por lo que debe estimarse la demanda de ejecución, pues el acuerdo que alega la ejecutada para

eximirle del pago no resulta acreditado y tampoco la situación de precariedad económica constituye motivo válido de oposición.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 26 de julio de 2012]

El pago de la obligación, como de forma genérica ya establece el artículo 1162 del CC, debe hacerse a la persona en cuyo favor esté constituida la obligación o a otra autorizada para recibirla en su nombre, y cualquier otro pago distinto que efectúe el deudor no puede tener otro carácter que el de mera liberalidad.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 23 de julio de 2012]

Declarada extinguida la pensión compensatoria se desestima la demanda de ejecución reclamando la devolución de las percibidas indebidamente sin perjuicio del derecho del actor a plantear el proceso ordinario que corresponda en razón a la cuantía, pues la pretensión que se postula no se ajusta al título cuya ejecución se pide, no al no contenerse en el mismo pronunciamiento alguno sobre la devolución de las cantidades.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 23 de julio de 2012]

La pretensión deducida sobre el cambio del centro escolar de la hija común fue planteada erróneamente por el cauce de un proceso de ejecución cuando en él no contenía en su parte dispositiva pronunciamiento alguno al respecto, sino tan sólo la declaración del ejercicio conjunto de la patria, debiendo plantearse en un procedimiento resolutorio de controversias en el ejercicio conjunto de la patria potestad.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 20 de julio de 2012]

Aun cuando es cierto que el régimen de alternancia de las hijas con uno y otro progenitor ha devenido irregular por voluntad de las propias hijas, la realidad es que el pacto respecto a la contribución a los alimentos y la administración conferida por actos propios a la madre ha subsistido y es plenamente exigible, por lo que debe continuar la ejecución por impago de las pensiones.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 18 de julio de 2012]

La expresión imperativa del art. 148 del CC justifica la eficacia retroactiva de la pensión, aunque expresamente no se haya suplicado en la demanda y aunque no lo recoja expresamente el fallo de la sentencia en que se fijan alimentos.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 18 de julio de 2012]

Estamos en presencia de una demanda ejecutiva basada en la sentencia, pero modificada por las propias partes en un convenio posterior, dejando sin efecto la obligación contenida en aquella según la cual el ex esposo seguiría abonando el alquiler de la vivienda ocupada por la ex esposa, por lo que debe estimarse íntegramente la oposición dejando sin efecto la ejecución interesada.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 16 de julio de 2012]

Justifica la madre su presencia en el colegio en el temor a si el menor es recogido o no del colegio, o si lo ha sido por persona ajena a la relación paternofilial, pero en ningún caso esa conducta vigilante entraña el incumplimiento que se pretende a través de la presente ejecución.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 11 de julio de 2012]

Se imponen las costas procesales al demandado dado que existe una patente mala fe, pues no realizó ninguna gestión tendente a subrogarse en la posición que ocupa la actora como deudora hipotecaria de la vivienda conyugal, tal y como acordaron las partes, quedando acreditado que el demandado tardó casi siete años en iniciar las gestiones con la entidad bancaria.

[AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 11 de julio de 2012]

Hay constancia de que la madre ha llevado al menor al aeropuerto de Vigo los días que correspondían para efectuar la entrega y que ocasionalmente el menor ha protagonizado episodios de lloros, negándose a embarcar, aunque en su mayor parte se ha venido cumpliendo el régimen de visitas tal y como está previsto, por lo que no puede atribuirse a la madre, de un modo claro, una actitud obstruccionista.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 11 de julio de 2012]

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

La demandada no compareció personalmente al acto para el que se la citó, tenía Abogado y Procurador que la podían haber informado de las consecuencias de su inasistencia, y siendo que en la citación del juzgado se apercibe de las consecuencias de la inasistencia, y no justificando su incomparecencia, se la tiene por conforme con la propuesta de liquidación.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 23 de julio de 2012]

No se justifica la necesidad de que se libren oficios a entidades bancarias con carácter anticipado, dado que es una prueba que puede obtenerse bien por la propia interesada al ser cotitular de las cuentas en las que ha intervenido o bien durante el proceso liquidatorio.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 18 de julio de 2012]

La acción prevista en el artículo 1.438 del Código Civil debió ser ejercitada juntamente con las demás peticiones en el procedimiento de divorcio que puso término a la situación matrimonial y no de forma independiente tras dictarse aquella sentencia.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 17 de julio de 2012]

Las cantidades abonadas constante matrimonio a los hermanos de la esposa, para compensarles el exceso en la adjudicación de su haber, hay que presumir que se hicieron con cargo al dinero ganancial, al no acreditar aquella que el pago se hiciese con dinero privativo.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 16 de julio de 2012]

El término «importe» significa «cuantía de un precio, crédito, deuda o saldo», por lo que la controversia que se suscite deberá recaer sobre partidas de numerario, esto es, que tengan un precio o saldo, crédito o deuda, pues sólo las partidas de numerario tienen «importe» mientras las restantes solo «valor», valor económico cuya determinación lo difiere la propia LEC al trámite de liquidación.

[AP La Rioja, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de julio de 2012]

Aun cuando en el depósito figuraban como titulares los cónyuges y dos de sus hijos, ninguna prueba existe de que los fondos, originariamente, fueran de los dos hijos, por lo que habrá que considerarlos en su totalidad como gananciales.

[AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 10 de julio de 2012]

Procedencia de incluir en el activo los cuadros, pinturas y manualidades elaborados por la esposa constante su matrimonio, toda vez que siendo producto de su trabajo el art. 1347.1 del CC los considera bienes gananciales.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 5 de julio de 2012]

Litis expensas se abonaron por el esposo, y por tanto deben figurar en el pasivo con derecho a reintegro.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 5 de julio de 2012]

El esposo recibió por herencia de sus padres y en efectivo sumas de dinero con las que se atendieron gastos familiares, por lo que aquellas deben figurar en el pasivo.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 5 de julio de 2012]

Constando únicamente como información la condición de cotitulares de la cuenta, si no hay prueba en contra, se aplican las normas de la comunidad, y se presumen iguales la mitad de los fondos existentes en dicha cuenta, que ascienden a 5.500 euros, en la fecha de disolución de la sociedad de gananciales, que deben quedar integrados en el activo ganancial, excluyéndose del mismo el resto de fondos, por pertenecer a un tercero.

[AP Tarragona, Sec. 1.ª, Sentencia de 2 de julio de 2012]

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Antes de cumplir el año de vida fue declarada en desamparo y posteriormente se suspendieron las visitas que sus padres tenían reconocidas, siendo negativo el pronóstico de retorno con la familia biológica, por lo que debe declararse a los padres incursos en causa de privación de la patria potestad, lo que determina que sean sólo oídos en el expediente de adopción.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 16 de julio de 2012]

Se desestima la petición de constitución de la tutela instada por los abuelos, ya que la madre no está privada de la patria potestad.

[AP Lugo, Sec. 1.ª, Auto de 4 de julio de 2012]

Solo puede constituirse la tutela sobre los menores, si éstos no están en potestad parental, y en el presente caso, pese a que el menor no es cuidado por los padres, no se les ha privado de la potestad, ni por sentencia civil o penal, ni por resolución administrativa.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 3 de julio de 2012]

Se acuerda la adopción de un menor por quien fue marido de la madre biológica, no siendo obstáculo para ello que posteriormente se decretara el divorcio, pues después de él continuó manteniendo relación con el menor y la madre no se opone a la adopción.

[AP Lugo, Sec. 1.ª, Auto de 2 de julio de 2012]

FILIACIÓN

La presentación del dictamen pericial para acreditar su esterilidad después de contestada la demanda se estima justificado por el hecho de negarse la demandada a practicar la prueba biológica de determinación de la paternidad.

[AP Girona, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de julio de 2012]

No se aprecia la excepción de caducidad de la acción, pues el actor en un momento dado tuvo dudas de su paternidad, que confirmó cuando se le realizó la prueba de espermiograma que dio como resultado una baja posibilidad de fecundación, y tal prueba es más que suficiente para iniciar las acciones de impugnación de la paternidad, no existiendo con anterioridad a dicha prueba médica razones para que interpusiese la demanda de impugnación.

[AP Girona, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de julio de 2012]

Puede también considerarse como concluyente para descartar la paternidad la acreditación de la esterilidad o la incapacidad para la fecundación.

[AP Girona, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de julio de 2012]

La exigencia contenida en el art. 767.1 de la LEC no es de aplicación en Catalunya, y por tanto para el ejercicio de las acciones de filiación no hace falta la presentación de ningún principio de prueba.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 16 de julio de 2012]

UNIONES DE HECHO

El demandado no consiguió acreditar que sea el verdadero propietario del inmueble y por tanto se estima la demanda de desahucio por precario. Alegó que se escrituró a nombre de la actora, que fue su pareja sentimental durante más de veinte años, porque él se encontraba inmerso en un proceso de divorcio, pero la actora presentó título documentado en escritura pública por el que adquiere el inmueble, por lo que la compraventa celebrada debe reputarse un negocio válido y eficaz, no desvirtuando su apariencia de validez las alegaciones del demandado.

[AP Alicante, Sec. 5.ª, Sentencia de 17 de julio de 2012]

No puede inadmitirse una demanda en la que se solicita la fijación de medidas paterno-filiales exigiendo que esta haga referencia a todos los extremos que se contienen en el art. 90 del CC dado que este precepto no es aplicable a las parejas de hecho.

[AP Tarragona, Sec. 1.ª, Auto de 9 de julio de 2012]

SUCESIONES

Se desestima la demanda de desahucio por precario interpuesta por el padre contra las hijas, dado que éste es un legatario (la esposa a su fallecimiento le legó el usufructo universal), pero las herederas universales son las tres hijas quienes, en razón de lo establecido en el art. 440 del Código Civil, disfrutan de la denominada posesión civilísima, sin interrupción, desde el momento de la muerte del causante, luego en modo alguno las herederas pueden ser consideradas precaristas.

[TSJ de Galicia, Sentencia de 4 de Septiembre del 2012]

Se declara la nulidad por simulación de la escritura pública de compraventa otorgada en favor de un hermano al no concurrir todos los requisitos exigidos por el artículo 1.445 del Código Civil, y de forma concreta el precio.

[AP Alicante, Sec. 9.ª, Sentencia de 9 de julio de 2012]

CUESTIONES PENALES

Por domicilio de la víctima habrá que entender el que tenía cuando se produjeron los hechos punibles, en cuanto responde mejor al principio de juez predeterminado por la Ley, no dependiendo de posibles cambios de domicilio.

[Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Auto de 30 de noviembre de 2012]

En el caso de «los bebés robados», los hechos serían constitutivos de un delito contra el estado civil, favorecido por otros de falsedad documental, todo lo más, y la acción penal habría prescrito hace décadas, sin que se vean visos de ninguna otra infracción, razón por la cual la instrucción ni tan siquiera debió iniciarse.

[AP Huelva, Pleno, Auto de 19 de noviembre de 2012]

La competencia para conocer de las diligencias previas incoadas por un presunto delito de amenazas (delito de mera actividad que se consuma con la llegada del mail al destinatario) corresponde al domicilio en el que reside la víctima y no al de la ciudad donde la pareja desarrolló anteriormente la convivencia.

[Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Auto de 4 de Octubre del 2012]

No incurre en un delito de sustracción de menores la madre, que teniendo la custodia del hijo, fija definitivamente su residencia en otro país sin conocimiento del progenitor no custodio.

[AP Madrid, Sec. 1.ª, Auto de 13 de septiembre de 2012]

OTRAS CUESTIONES

Si bien se le declara capaz para administrar su pensión, necesitará la asistencia de curador para el resto de los negocios jurídicos que afecten a sus bienes.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de octubre de 2012]

A pesar de existir dos hijos, la lejanía geográfica del uno y las dificultades personales del otro se ven agravadas por la situación de conflictividad entre los hermanos y la opacidad que algunas de las actuaciones de uno de los hijos respecto al patrimonio de la madre. En esta situación se decide nombrar tutor a una persona jurídica, ajena a este conflicto para una mejor atención de los intereses de la incapaz.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 3 de julio de 2012]

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La Revista de *Derecho de Familia* publica, con una periodicidad trimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho de Familia. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

1. ***Dirección de envío:*** Todos los trabajos y libros para recensiones deberán remitirse a la sede de la Revista de *Derecho de Familia* (Lex Nova, C/ General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: *roberto.alonso@thomsonreuters.com*. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.

2. ***Compromiso de publicación y originalidad:*** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.

3. ***Exclusividad:*** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.

4. ***Evaluación:*** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.

5. ***Extensión y formato:*** Por regla general, los trabajos no superarán los 100.000 caracteres (contando con los espacios). Preferiblemente, el interlineado será a doble espacio y las páginas se numerarán correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenece.

6. ***Otros requisitos:*** El trabajo deberá ir acompañado igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 150 palabras) y de 4 a 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la Revista. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original. Las notas se incorporarán a pie de página y deberán guardar una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Si se tratara de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

   LIBRO: Autor, *Título*, núm. Edición, lugar de publicación, editor, año, página.

   ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.

   RECURSO DE INTERNET: <URL>.

7. ***Emisión de certificados:*** La Revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología y, en consecuencia, se halla integrada en los catálogos de publicaciones científicas. A efectos de obtener los méritos correspondientes, el editor no tendrá inconveniente alguno en certificar la publicación de los trabajos o colaboraciones, previa solicitud del autor.