

DIRECTOR: ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN

Magistrado

Nº 56

Revista de

Derecho de Familia

© Lex Nova 2012

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

Depósito Legal: VA. 803-1998

ISSN 1139-5168

Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General

Daniel Tejada Benavides

Impresión

GRAFOLEX, S.L.U.
Fernández Ladreda, 16-17
47008 Valladolid

Esta revista ha sido coordinada por Antonio Javier Pérez Martín, con la colaboración de Lex Family, SL; y por Teresa Ferrero 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. Dirijase 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 consecuyente 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.

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:



CARHUS Plus



CSIC

Dialnet



IN-RECJ



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

INTERPRETANDO LO INTERPRETADO POR EL TRIBUNAL SUPREMO

El artículo 1.6 del Código Civil preceptúa que «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley». Pues bien, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 28 de marzo de 2011, resolvió la cuestión jurídica relativa a si el préstamo hipotecario se encuentra o no comprendido dentro del concepto de cargas del matrimonio del artículo 91 del Código Civil. En la Sentencia, nuestro alto tribunal daba cuenta de la existencia en las Audiencias Provinciales de dos líneas de solución a la cuestión: a) la representada por las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de fechas 3 de marzo de 2006, 2 de enero de 2003, 7 de enero de 2000, 18 de octubre de 1999, 13 de octubre de 1998 y 8 de febrero de 1999, y las de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 27 de junio de 2005, 9 de julio de 2003 y 6 de julio de 2005. En ellas se excluye la naturaleza de carga familiar y, además, se argumenta que esta Sala requiere el consentimiento del acreedor para que pueda producirse una novación modificativa del tipo de la propuesta; b) en contra de esta línea, aporta el recurrente las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 21 de febrero de 2005, 29 de junio de 2004 y 29 de mayo de 2001, en el sentido de que, aun cuando se halle disuelta la sociedad de gananciales, puede seguirse hablando de cargas del matrimonio, de modo que puede establecerse la proporción de ambos cónyuges al sostenimiento de aquellas.

El Tribunal Supremo se decantó por la primera de las tesis, es decir, no es carga del matrimonio, estableciendo en el fallo la siguiente doctrina: «El pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y, como tal, queda incluida en el artículo 1362, 2.º CC y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 CC».

El efecto práctico de la decisión del Tribunal Supremo es que el pago del préstamo hipotecario que esté pendiente de abono cuando se dicte la sentencia de divorcio deberá efectuarse conforme al título constitutivo, por lo que si la escritura de hipoteca se firmó por lo dos cónyuges, ambos estarán obligados a su pago, sin que en ningún momento en la sentencia de divorcio pueda establecerse una obligación de pago distinta, aunque uno de los cónyuges no tenga ingresos.

La Sentencia de la AP de A Coruña de 27 de mayo de 2011, aplicando la doctrina contenida en la anterior sentencia, indicó que las cuotas de la hipoteca deberían pagarse por mitad. Sin embargo, no todas las Audiencias Provinciales comparten el criterio del Tribunal Supremo, y hemos comprobado cómo en ocasiones se apartan de la doctrina jurisprudencial. Este es el caso de la Sentencia de la AP de Badajoz, sección 3.^a, de 5 de mayo de 2011, que a pesar de citar expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo

antes comentada, entiende que el artículo 91 del Código Civil faculta al Juez que declara el divorcio a la adopción de cautelas y garantías relativas a la vivienda familiar y, por ser el único que dispone de ingresos regulares por su actividad laboral, se acuerda que provisionalmente el esposo se haga cargo del pago de los recibos hipotecarios, pues de lo contrario se haría ilusoria la atribución del uso de la vivienda. También la Sentencia de la AP de Madrid, sección 22.^a, de 9 de mayo de 2011 se aparta del criterio jurisprudencial, y reconociendo la corrección técnica y jurídica de la doctrina emanada del Tribunal Supremo sostiene que su aplicación indiscriminada y en cualquier caso y con independencia de las circunstancias concurrentes podría producir efectos no deseables y eventualmente nocivos para la unidad familiar, y en concreto para las necesidades familiares de alojamiento, y, en el caso que analizó, haciendo uso de la posibilidad de establecer cautelas en relación al uso de la vivienda, dispuso que el demandante abonará el 75% del préstamo hipotecario y la demandada el 25% restante, debiendo tener este mayor abono su repercusión en la liquidación de la sociedad de gananciales.

No dudamos de que la finalidad de los pronunciamientos de las Sentencias de las Audiencias Provinciales que hemos comentado no era otra que proteger los intereses de los hijos menores de edad, pero la seguridad jurídica debe imponerse, y si el Tribunal Supremo ha dicho que el pago de la hipoteca no es una medida incluida dentro de los artículos 90 y 91 del Código Civil, así tiene que ser. No todo vale en interés del menor, pues si resulta inviable seguir con la compra de una vivienda cuando la relación de pareja se ha roto y quedan muchos años para terminar de pagar la hipoteca, imponer a uno de los cónyuges el abono de la totalidad de las cuotas porque el otro cónyuge no tenga ingresos tampoco es la solución. Los tribunales deben velar por que los hijos tengan cubiertas sus necesidades de alojamiento, pero no por la forma en que dos cónyuges separados deben pagar los bienes comunes.

ÍNDICE GENERAL

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

CONSECUENCIAS NEGATIVAS DE LA RELACIÓN PENSIÓN COMPENSATORIA-
PENSIÓN DE VIUDEDAD DE SEPARADOS Y DIVORCIADOS

María Teresa Marín García de Leonardo 25

EL DERECHO DE LOS NIETOS A MANTENER RELACIONES PERSONALES CON
SUS ABUELOS (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE
20 DE OCTUBRE DE 2011)

Cristina Guilarte Martín-Calero 45

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO 61

Filiación 61

La acción del artículo 140 del CC impugna la filiación paterna y la del artículo 141 del CC impugna el reconocimiento, siendo encuadrable en la primera de las acciones la impugnación de la filiación paterna de un reconocimiento de complacencia.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de julio de 2011 61

Un resultado del 94,45% de probabilidad, unido a lo manifestado por la madre de la actora, es suficiente para declarar la paternidad no matrimonial. Cuestionándose la valoración de la prueba pericial debió interponerse un recurso por infracción procesal y no un recurso de casación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de octubre de 2011 67

Guarda y custodia 69

Se anula por segunda vez, por falta de motivación, la sentencia de la Audiencia Provincial que denegó la custodia compartida, acordando el Tribunal Supremo confirmar la sentencia del Juzgado que estableció este modelo de custodia, señalando que la redacción del artículo 92 del CC no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, debería considerarse la más normal.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de julio de 2011 69

Las Sentencias de las Audiencias Provinciales que se alegan para fundamentar el recurso de casación y solicitar que se acuerde la custodia compartida han decidido sobre una forma u otra de guarda teniendo en cuenta los informes periciales contenidos en el procedimiento, y por tanto, no pueden servir como sentencias de contraste para asegurar que existe doctrina contradictoria entre ellas.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de julio de 2011 74

Al afectar al interés de los hijos las malas relaciones de los progenitores no se acuerda la custodia compartida.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de julio de 2011 80

La custodia compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, y será el juez el que debe decidir cuál será el mejor régimen de protección, según sus circunstancias y las de sus progenitores. La Audiencia dejó sin efecto la custodia compartida acordada por el Juzgado porque el niño no puede estar cambiando de ciudades, aunque solo estén separadas 10 km.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2011 85

El clima de enfrentamientos entre los progenitores impide la custodia compartida, ratificando el Tribunal Supremo la interpretación de la expresión «excepcionalmente» utilizada en el artículo 92.8 del CC.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de octubre de 2011 88

Se desestima el recurso por infracción procesal en el que el padre cuestiona la profesionalidad del gabinete adscrito al Juzgado de Familia, pero sin recusar a los profesionales que en él trabajan, y pretende que no sean admisibles sus conclusiones. Los peritos no necesariamente deben ser licenciados en psicología, ya que la LEC hace referencia a «especialistas debidamente cualificados».

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2011 92

Vivienda familiar 94

La protección del artículo 96.1 del CC no es aplicable a los hijos mayores de edad aunque todavía sean dependientes económicamente de sus padres, por lo que la atribución del uso de la vivienda familiar debe hacerse a favor del cónyuge más necesitado de protección.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de septiembre de 2011 94

Cuando existen hijos menores hay que aplicar de forma imperativa lo dispuesto en el artículo 96 del CC y por tanto procede dejar sin efecto la atribución de otra vivienda de similares características cuyo alquiler iba a atender el progenitor no custodio garantizando con un aval bancario suficiente las rentas futuras.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011 97

| | <u>Página</u> |
|--|---------------|
| Pensión compensatoria | 100 |
| <p>Aunque la esposa se ha incorporado al mundo laboral no procede limitar temporalmente la pensión compensatoria fijada en la separación al persistir el desequilibrio económico. La pensión compensatoria no siempre debe ser temporal, dependiendo la temporalidad de las circunstancias concurrentes en cada caso.</p> | |
| <i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de julio de 2011</i> | 100 |
| <p>Se considera correcta la decisión de fijar un límite temporal de quince años a la pensión compensatoria, teniendo en cuenta que la convivencia se prolongó durante veinticuatro años y que la esposa se dedicó siempre a la familia, careciendo de cualificación profesional.</p> | |
| <i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de septiembre de 2011</i> | 103 |
| <p>Para valorar si la herencia recibida por la ex esposa es causa de modificación o extinción de la pensión compensatoria habrá que tener en consideración su entidad en el plano económico, la disponibilidad sobre los bienes que la integran y la posibilidad de rentabilizarlos. En el presente caso la mayoría de bienes están siendo usufructuados por la madre de la ex esposa, por lo que no concurre causa de modificación.</p> | |
| <i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de octubre de 2011</i> | 106 |
| Cuestiones procesales | 113 |
| <p>Legitimación de los tutores de una mujer incapacitada en situación de coma vigil para interponer una demanda de divorcio, al haber quedado acreditado que la acción se ejercía en su interés.</p> | |
| <i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2011</i> | 113 |
| Regímenes económicos matrimoniales | 118 |
| <p>El derecho a obtener la compensación por haber contribuido a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se ha producido un incremento patrimonial del otro cónyuge.</p> | |
| <i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de julio de 2011</i> | 118 |
| <p>La reclamación que efectúa la ex esposa contra quien fue su esposo reclamándole el 50% del capital y los intereses de un fondo de inversión que inicialmente estaba a nombre de ambos cónyuges y que posteriormente se vendió para adquirir otro a nombre solo del esposo puede canalizarse a través del procedimiento ordinario, sin que sea necesario acudir a los trámites de la partición de la herencia a los que remite el artículo 406 del CC.</p> | |
| <i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2011</i> | 121 |

| | |
|---|-----|
| Derecho al honor | 123 |
| <p>Se condena a la suegra al pago de 9.000 euros de indemnización por difundir un rumor que, en todo caso, supone un atentado contra la intimidad personal de la nuera al atribuirle un hijo extramatrimonial a una mujer casada.</p> | |
| <i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de julio de 2011</i> | 123 |
| Sucesiones | 130 |
| <p>Se declara a unos sobrinos herederos, ya que la condición impuesta por la testadora —obligación de acogerla en casa cuando no pudiese valerse por sí misma— era de imposible cumplimiento, pues hasta el fallecimiento permaneció ingresada en un centro geriátrico.</p> | |
| <i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de julio del 2011</i> | 130 |
| Cuestiones penales | 133 |
| <p>Aunque se condena al compañero sentimental por un delito de lesiones en el ámbito familiar se le absuelve del delito de detención ilegal del que venía acusado por impedir salir a la víctima de la casa. Prueba de cargo suficiente basada en la declaración de la víctima.</p> | |
| <i>Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 29 de junio de 2011</i> | 133 |
| <p>Se condena a la madre y a su compañero sentimental por un delito de abandono de familia al no llevar al menor a recibir los correspondientes cuidados médicos que pudiese precisar ante el comportamiento llamativamente anómalo sobre el que habían sido informados por el centro escolar, que resultó derivarse del consumo de drogas por el menor.</p> | |
| <i>Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 12 de julio de 2011</i> | 139 |
| TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA | 146 |
| Guarda y custodia | 146 |
| <p>El padre permanece sin trabajar, adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor, y ello es razón suficiente para excluir la custodia compartida y atribuir la a la madre en exclusiva quien, por el contrario, ha adoptado una actitud comprometida con la atención de la hija y su educación.</p> | |
| <i>TSJ de Aragón, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i> | 146 |
| <p>Las sentencias de instancia no entran a valorar la aptitud y capacidad de los padres, sino su disponibilidad de tiempo, que no es propiamente uno de los factores señalados en la Ley para la atribución de uno u otro régimen de custodia. Y, al no existir prueba alguna de la falta de aptitud, capacidad y disposición de alguno de los progenitores, y sí en cambio de la proximidad de sus actuales domicilios, que facilitará la continuidad y asiduidad en las relaciones con el hijo, se declara procedente la custodia compartida.</p> | |
| <i>TSJ de Aragón, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de diciembre de 2011</i> | 148 |

La madre representa para las menores la principal figura de su mundo afectivo, por lo que se opta por la custodia materna, ya que de los informes técnicos emitidos se deduce que la permanencia de las niñas con su madre y un amplio régimen de visitas con el padre es el sistema más beneficioso, y que la menor ha mostrado una clara preferencia a la estancia con su madre. La custodia compartida por parte de ambos progenitores es en el Derecho aragonés el régimen preferente y predeterminado y, aunque no es rígido, solo cede a la custodia individual cuando ésta resulte más conveniente para el interés de los menores, como en este caso.

TSJ de Aragón, Sentencia de 1 de febrero de 2012 154

Junto a la conflictividad y dificultades de comunicación con la madre, se evidencia un palmario incumplimiento por el padre de los deberes de prestación alimenticia motivado en la intencionada supeditación de dicha obligación a una absorbente actividad procesal desplegada de manera directa y personal en los diferentes litigios que le enfrentan a la otra progenitora, por lo que no se estima oportuno conceder la custodia compartida.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 6 de febrero de 2012 157

Pensión alimenticia 161

La realización de unos segundos estudios por la hija de 24 años para una nueva capacitación profesional, diferente de la primera y de mayor nivel, no debe ser impuesta al padre que abona la pensión más allá del límite de su finalización en el tiempo razonablemente requerido o, como límite final, en la edad de los veintiséis años.

TSJ de Aragón, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011 161

Se deja sin efecto la obligación del padre de contribuir al pago de los gastos extraordinarios de matrícula de la hija, ya que los estudios que ésta realiza en la Universidad Privada han de ser considerados como un gasto extraordinario no necesario y, en defecto de acuerdo al respecto, que no consta en autos, no puede ser de cargo del padre, que atraviesa serias dificultades económicas.

TSJ de Aragón, Sentencia de 11 de enero de 2012 162

Regímenes económicos matrimoniales 165

El ex esposo contribuyó de forma relevante a la creación, constante matrimonio, del negocio de farmacia titularidad exclusiva de la ex esposa, hipotecando de consuno la vivienda familiar, propiedad de ambos, y colaborando activamente en el desarrollo del negocio, pues, además de realizar tareas de atención al público, hacía guardias y llevaba la contabilidad cotidiana del establecimiento, con una retribución notoriamente insuficiente, todo ello en beneficio del susodicho negocio, careciendo en la actualidad incluso del puesto de trabajo que ostentaba en dicha farmacia, por lo que resulta evidente el enriquecimiento injusto producido a favor de aquélla y debida en derecho la compensación litigiosa.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 9 de enero de 2012 165

| | |
|--|-----|
| Procedimientos de menores | 169 |
| <p>La irregularidad procesal que supuso la continuación del juicio de oposición a la declaración de desamparo celebrado sin la presencia del representante del Ministerio Fiscal tiene efecto causante de indefensión respecto del menor, pues se le privó de la actuación de quien está legalmente llamado por ley a defenderlo, y, por ende, de su derecho a la tutela judicial efectiva. Procede la estimación del recurso por infracción procesal interpuesto, con consiguiente declaración de nulidad de la sentencia recurrida, y orden de retroacción de las actuaciones al momento anterior al de la celebración del juicio.</p> | |
| <i>TSJ Aragón, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de diciembre de 2011</i> | 169 |
| AUDIENCIAS PROVINCIALES | 175 |
| Separación, divorcio y nulidad | 175 |
| <p>No se aprecia ni que la esposa incapaz haya tenido o tenga voluntad de divorciarse de su esposo ni que éste haya incumplido sus obligaciones legales para con ella, ni que existiera desafecto alguno entre los cónyuges, ni que la disolución del matrimonio sea lo más conveniente para los intereses de la incapaz, por lo que se desestima la demanda de divorcio instada por el tutor de la esposa.</p> | |
| <i>AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2011</i> | 175 |
| Patria potestad | 177 |
| <p>Los actos de violencia no fueron dirigidos contra la hija del matrimonio y la prueba solo ha consistido en la declaración de ambos cónyuges, por lo que no existe causa para privar al padre de la patria potestad.</p> | |
| <i>AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2011</i> | 177 |
| <p>Habiéndose opuesto al padre se desestima la petición de la madre de matricular a la hija en clases extraescolares de inglés, pues vistas las calificaciones de la hija en idiomas no se estiman necesarias y además interfieren en el régimen de visitas fijado en favor del padre.</p> | |
| <i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 20 de diciembre de 2011</i> | 179 |
| Guarda y custodia | 179 |
| <p>Sufriendo el menor un trastorno autista se mantiene la custodia en favor del padre, pues lo más conveniente para el menor es continuar en este ambiente estable en el que acude a Centros especializados, coadyuvando a esta decisión que la madre vive con los abuelos maternos y el domicilio solo cuenta con tres habitaciones.</p> | |
| <i>AP Huesca, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2011</i> | 179 |
| <p>Se atribuye la custodia a la madre, pues ésta proporciona al menor una mayor estabilidad y al mismo tiempo le impone una menor carga de responsabilidad emocional, liberándole de la carga que el conflicto familiar le supone y con respecto del cual la actitud del padre no evita que afloren en el menor las consecuencias del mismo. Es admitido que, bajo la dirección de la madre, logra el hijo una mayor estabilidad y continuidad en los estudios.</p> | |
| <i>AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2011</i> | 181 |

No existe ningún impedimento en el padre para ejercitar de manera adecuada la custodia de su hija, y no es la edad de esta (mayor de tres años) factor exclusivo para la denegación de la guarda y custodia compartida, por lo que debe acordarse este modelo, que es más beneficioso para el interés de la menor.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de diciembre de 2011 182

La conducta de la madre obstaculizando de forma continua el cumplimiento del régimen de visitas de los hijos con su padre y sus dificultades para mantener a los hijos alejados del conflicto de pareja han sido la fuente principal de sufrimiento para los hijos, lo que ha motivado que la guarda materna inicialmente no se ha revelado como el modelo más beneficioso para los hijos comunes. En la actualidad, y tras el cambio a la guarda paterna, los hijos han experimentado una mejora notable en todos los aspectos psicosociales y académicos.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 23 de diciembre de 2011 184

La conflictividad solo puede servir de freno a la custodia compartida en caso de que sea extrema (existencia de malos tratos), sin que pueda desecharse este modelo de custodia frente a cualquier grado de conflictividad, pues bastaría que cualquiera de los progenitores se encastillase en evitar cualquier relación o comunicación con el otro para luego utilizar tal circunstancia como pretexto de oposición a la guarda conjunta.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2011 186

Régimen de visitas 188

Las dolencias que padece la menor la hacen desestabilizarse ante la situación de estrés con que vive las visitas con su madre, presentando después de esos contactos episodios de autolesiones, llanto y problemas de sueño, lo que no se está revelando como beneficioso para la menor, de ahí que proceda su suspensión. La menor cuenta con dos años de edad y vive con su abuela paterna, a la que se le atribuyó judicialmente su guarda y custodia. Sus padres padecen retraso mental y tienen reconocida una discapacidad superior al 40% cada uno.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Auto de 27 de diciembre de 2011 188

Se acuerda la suspensión del régimen de visitas ordinario al constatarse las retenciones de la menor a pernoctar con su padre, habiéndose agravado la situación, lo que puede influir muy negativamente en el desarrollo de la menor. En el informe pericial se indica que el padre no atiende las necesidades emocionales de la niña ni incluso a las físicas, indicadores que según los expertos podían corresponderse a una situación de maltrato emocional.

AP Guadalajara, Sec. 1.ª, Auto de 23 de diciembre de 2011 189

Se pretende la suspensión del derecho de visitas por unos presuntos abusos sexuales sufridos por el menor pero ha de tenerse en consideración que estos hechos no se realizaron por el progenitor no custodio, sino por un menor de edad, de unos trece o catorce años, primo del menor, que no reside en el mismo domicilio en el que se desarrollan las visitas, por lo que no existe base que justifique con carácter urgente y excepcional la suspensión del régimen de visitas.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 21 de diciembre de 2011 190

Ambos hijos, hoy de 16 años de edad, muestran una clara oposición hacia su padre y hacia la posibilidad de mantener cualquier tipo de relación con él, por lo que en casos como el de autos no parece aconsejable la fijación de un régimen de visitas concreto, dejando que los contactos entre padre e hijos se desarrollen conforme a la voluntad de los propios hijos, debiendo no obstante establecerse un primer contacto entre aquellos, en el Punto de Encuentro Familiar de Zaragoza y con la asistencia y supervisión de los técnicos de dicho Centro, en la que puedan los menores conocer el estado y actitud de su padre hacia ellos y decidir en función de ello si desean mantener nuevos contactos con él.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2011 191

Las hijas deben pernoctar en el domicilio del padre las noches que la madre tenga trabajo, pues se considera como la opción más adecuada al interés y beneficio de las menores.

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2011 192

Vivienda familiar 193

En el convenio regulador no se dice que la atribución del uso se extinguirá solamente si la recurrente contrae nuevo matrimonio o vive maritalmente con otra persona, sino que tendrá lugar en uno u otro supuesto, de lo que no cabe colegir que queden excluidas otras posibles causas de cese de un uso que es derecho por naturaleza provisional y temporal.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011 193

Aunque se estima la demanda de impugnación del reconocimiento de paternidad y se dejan sin efecto las medidas paterno-filiales adoptadas en el divorcio, no procede dar por extinguida la atribución del uso de la vivienda familiar, pues se otorgó a la esposa en unión de los hijos.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de diciembre de 2011 194

El hecho de que se haya acordado el régimen de custodia compartida no determina la inaplicación de lo dispuesto en el artículo 96 del CC. La madre tiene mayores dificultades, en función de sus ingresos, para el alquiler o adquisición de otra vivienda donde residir en los períodos en los que el menor conviva con el padre, por lo que no es procedente acordar el uso conjunto.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2011 195

El compartir el domicilio conyugal en la custodia compartida se contempla en el presente caso como una medida transitoria hasta la liquidación de la sociedad conyugal.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2011 196

La vivienda alternativa propuesta por el ex marido no fue aceptada por la esposa ni puede aquél jurídicamente imponer tal cambio, independientemente de que se trate de un piso moderno en la misma localidad.

APA Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2011 196

| | <u>Página</u> |
|--|---------------|
| Pensión alimenticia | 197 |
| <p>Aunque era preciso que el cambio de colegio hubiera sido acordado por los progenitores o, en su caso, exigido por el interés del menor, y así valorado judicialmente, teniendo en cuenta que el menor tenía problemas de adaptación y de integración con sus compañeros y que debía repetir curso, la decisión de cambiarle de colegio no se puede considerar arbitraria ni injustificada, siendo por tanto un gasto necesario el generado por cambio de colegio, que debe conceptuarse de extraordinario.</p> | |
| <i>AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011</i> | 197 |
| <p>Qué duda cabe que sus circunstancias sí han sufrido modificación sustancial desde que se fijó la anterior pensión, porque este subsidio del paro es una percepción temporal, y hay circunstancia relevante como es el nacimiento de un nuevo hijo del demandante, y el consecuente aumento de sus gastos para su mantenimiento.</p> | |
| <i>APA Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011</i> | 198 |
| <p>Dado que el padre carece de recursos para mantener sus propias necesidades debe declararse extinguida la pensión alimenticia del hijo que tiene veintidós años y la capacitación profesional mínima que le permitiría, en principio, insertarse o intentarlo, al menos, en el mercado laboral.</p> | |
| <i>APA Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011</i> | 198 |
| <p>La circunstancia de que la hija mayor de edad haya sido madre no es causa para extinguir su pensión alimenticia, dado que sigue dependiendo económicamente de los padres, pues quien fue su pareja solo la ayuda respecto al hijo común.</p> | |
| <i>AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011</i> | 199 |
| <p>La situación de paro actual no es equiparable a la que tenía cuando se fijó la pensión de alimentos. En aquel momento se alternaban periodos de paro con otros de trabajo, en la actualidad se evidencia que la situación de desempleo es duradera en el tiempo y por tanto procede reducir la cuantía de la pensión alimenticia.</p> | |
| <i>AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de diciembre de 2011</i> | 200 |
| Pensión compensatoria | 202 |
| <p>La petición de que la extinción de la pensión compensatoria tenga efectos desde una determinada fecha debe ser desestimada, dado que se formuló en el acto de la vista.</p> | |
| <i>APA Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011</i> | 202 |
| <p>El carácter ganancial de las acciones y participaciones sociales excluye, en tanto no se liquide la comunidad, la atribución de cuotas sobre cada una de ellas y la posibilidad de disposición individual por uno de los cotitulares. Esa carencia de ingresos privativos frente a los que percibe el esposo genera un perjuicio económico en la esposa hasta tanto se proceda a la división de la masa ganancial, por lo que debe reconocérsele una pensión compensatoria que le permitirá la plena disponibilidad de bienes concretos y sus rendimientos.</p> | |
| <i>APA Coruña, Sec. 5.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011</i> | 202 |

Se reduce la cuantía de la pensión compensatoria al disminuir los ingresos del ex esposo, aunque ello se derive de una opción del trabajador, dado que se trató de una alternativa a un despido por causas objetivas.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011 203

Aunque han transcurrido cinco años desde la separación de hecho sin que la esposa haya reclamado nada al esposo, se fija pensión compensatoria en el divorcio pues el esposo durante este tiempo hizo ocho entregas de dinero al grupo familiar.

AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2011 204

El simple paso del tiempo no constituye una causa de extinción de la pensión compensatoria salvo que se haya pactado a plazo o bien se haya impuesto judicialmente de forma temporal; además se da la particularidad de que la situación se ha consolidado en el tiempo por la propia pasividad del ex esposo, que formula su reclamación 20 años después de fijarse aquella y cuando ya la demandada tenía 67 años y es impensable que pueda incorporarse al mercado de trabajo.

AP León, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2011 205

El desequilibrio que puede producirse no es el derivado de la ruptura matrimonial, sino del hecho de que el marido se encuentre en paro en el momento presente, pero ello, además de ser una situación meramente contingente y actual, ya que ha estado siempre trabajando, revela una aptitud laboral que impide la fijación de una pensión compensatoria. Además, no consta que él mismo se haya dedicado durante el matrimonio al cuidado de los hijos o de la familia.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2011 206

Convenio regulador 207

No existe ningún obstáculo legal para aprobar la cláusula del convenio regulador en la que los cónyuges acuerdan liquidar la sociedad de gananciales cuando los hijos alcancen independencia económica.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de diciembre de 2011 207

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia que aprueba el convenio regulador que consensuaron los padres estableciendo la custodia compartida, sin que sea obstáculo que el informe psicosocial no aconseje este modelo de custodia.

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de diciembre de 2011 207

La pretendida nulidad del convenio regulador que abierta y manifiestamente se afirma por la dirección jurídica de la apelante debe llevarse a cabo a través del procedimiento legalmente establecido, y que no es el presente de modificación de medidas.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 13 de diciembre de 2011 209

No indica la Juez *a quo* razón suficiente alguna que justifique la no aprobación del acuerdo en el que se consensúa que ambos abonarán por mitad los gastos de estudios superiores de sus hijas en centro privado hasta un máximo de 6.000 euros y exigiéndose acuerdo al respecto cuando el coste sea superior a dicha suma.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 9 de diciembre de 2011 210

Cuestiones procesales 211

El *dies a quo* para la extinción de la pensión de alimentos a favor de las hijas es el de fecha de interposición de la demanda, y más en el supuesto contemplado cuando se acredita suficientemente en los autos que la situación de autonomía económica de las hijas se encontraba estabilizada antes incluso de dicho momento.

AP León, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011 211

No es objeto del procedimiento de divorcio decidir el uso de los vehículos que posee la familia, pues se trata de un pronunciamiento propio del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de diciembre de 2011 212

Desestimada en su integridad la demanda solicitando la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia, sin que concurren serias dudas de hecho o de derecho en tal sentido, procede la aplicación del principio objetivo del vencimiento previsto con carácter general en el artículo 394 de la LEC.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de diciembre de 2011 212

El artículo 158 del CC no establece previsión alguna sobre posibles audiencias o vistas, máxime cuando concurren razones de urgencia o necesidad, por lo que no procede declarar la nulidad de actuaciones.

AP Guadalajara, Sec. 1.ª, Auto de 23 de diciembre de 2011 213

El demandado se personó en las actuaciones el mismo día de la celebración del juicio y, constando que en el acto de la vista su letrado no pudo intervenir al negarle esta posibilidad el Juez, estima la Sala que se ha causado una efectiva indefensión que determina la nulidad de las actuaciones desde el momento de la personación y celebración de la vista.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2011 214

La Ley no dice que el resultado de la exploración tenga que ser secreto para los litigantes, aunque sí que los actos y vistas pueden ser a puerta cerrada y las actuaciones reservadas, garantizando el tribunal en las exploraciones que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. Aunque no se considere justificado en el presente caso ocultar el resultado, lo cierto es que el hecho de no haber tenido acceso a su contenido no ha generado indefensión a la apelante.

APA Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2011 215

Teniendo en cuenta que el padre fue citado por edictos, debe admitirse la aportación de documentación que hace en el escrito interponiendo recurso de apelación, al no acreditarse que con anterioridad tuviese conocimiento del procedimiento.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2011 216

A pesar de que se han incoado diligencias previas en averiguación de un delito por presunto abuso sexual sobre la hija, la apreciación de la prejudicialidad penal como causa de suspensión del procedimiento civil, al amparo del artículo 40 de la LEC, no es correcta, ya que cualquiera que sea la resolución definitiva que se dicte en el procedimiento penal, sus pronunciamientos no pueden afectar a la procedencia o no del divorcio y otras medidas coetáneas al mismo.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 19 de diciembre de 2011 216

Ejecución de sentencia 217

Es procedente aplicar la compensación entre, por un lado, la cantidad reclamada por atrasos de pensión compensatoria y de alimentos para la hija y, por otro lado, la mitad de las cantidades pagadas por el ejecutado por gastos extraordinarios de lentillas, gafas y odontología, además de lo pagado por el IBI de la vivienda adjudicada en liquidación de gananciales a la esposa. La ejecución versa sobre pensiones alimenticias atrasadas y por tanto no hay inconveniente para aplicar las reglas del Código Civil sobre compensación.

AP Albacete, Sec. 1.ª, Auto de 30 de diciembre de 2011 217

Determinados cambios de circunstancias pueden tener trascendencia como causa de oposición a la ejecución, sin hacer necesaria la presentación de una demanda de modificación de medidas. Piénsese, por poner algún ejemplo, en los casos de convivencia estable de los menores con el progenitor no custodio o de vida independiente o con su pareja de los hijos ya mayores.

AP León, Sec. 2.ª, Auto de 30 de diciembre de 2011 218

Debe admitirse a trámite la demanda de ejecución en la que se insta el cumplimiento de la cláusula del convenio regulador en la que se pactó dividir al 50% los fondos de inversión o cuentas no inventariados en la liquidación de gananciales.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 30 de diciembre de 2011 219

En el auto se razona acertadamente que en el periodo por el que se reclama la pensión alimenticia el hijo matrimonial convivía con el padre que le sostuvo, por ello se da la causa de oposición del artículo 556.1 de la LEC, es decir, «cumplimiento de lo ordenado en la sentencia».

AP Albacete, Sec. 1.ª, Auto de 30 de diciembre de 2011 220

No procede acceder al despacho de ejecución en el que se solicita la devolución de pensiones alimenticias percibidas indebidamente, pues la sentencia que acuerda la extinción de la obligación alimenticia no contiene pronunciamiento alguno en relación con la devolución de las pensiones.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 27 de diciembre de 2011 221

| | <u>Página</u> |
|--|---------------|
| Los pagarés que el esposo entregó a la esposa antes de ratificarse el convenio regulador no pueden tenerse en consideración en el proceso de ejecución iniciado por la esposa por el impago durante más de cuatro años de la pensión alimenticia y compensatoria. | |
| <i>AP Cuenca, Sec. 1.ª, Auto de 27 de diciembre de 2011</i> | 223 |
| Regímenes económicos | 224 |
| Se declara la competencia del Juzgado de Violencia sobre la mujer para sustanciar el procedimiento de formación de inventario previo al procedimiento de liquidación de gananciales. | |
| <i>AP León, Sec. 1.ª, Auto de 30 de diciembre de 2011</i> | 224 |
| Aunque ciertamente era un tanto sorpresiva la alegación que se hizo en el acto de la vista, como el artículo 426.3 permite realizar peticiones accesorias o complementarias a las formuladas en sus escritos, la inclusión de un bien en el acto de la vista no vulnera ninguna norma procesal ni causa indefensión. | |
| <i>AP León, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de diciembre de 2011</i> | 225 |
| Inclusión del mobiliario en el activo de la comunidad matrimonial, pese a que todas las facturas figuran a nombre del actor, pues tal constancia no significa que éste fuera el único pagador de ellas. No es común que se elaboren facturas a nombre de dos personas. | |
| <i>AP Ávila, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de diciembre de 2011</i> | 226 |
| Se pretende por el ex esposo que los 64.231,73 euros que entregó para compra de dos locales se constituya en crédito en su favor y forme parte del pasivo de la sociedad de gananciales. Sin embargo, la escritura de venta de los locales tuvo lugar constante matrimonio, y es éste el momento en que se adquiere la propiedad de los locales, siendo determinante el acto propio del esposo reconociendo el carácter ganancial aun cuando la esposa no estaba presente. | |
| <i>AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2011</i> | 226 |
| Resulta imposible concluir que un bien adquirido después de la extinción de la sociedad de gananciales pueda pasar a formar parte de una sociedad que ya no existe. Ello no es óbice para que se resuelva que la cantidad de 13.800 euros, que se ha dicho que salió de una cuenta bancaria que tenía el carácter de ganancial para pago del vehículo, se constituye en crédito en favor de la sociedad de gananciales. | |
| <i>AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2011</i> | 228 |
| El esposo pide que se incluya en el pasivo de la sociedad un crédito a su favor como consecuencia de los saldos de las cuentas bancarias de las que era titular antes de la celebración del matrimonio, pero nos encontramos ante una donación realizada por el ex esposo, que es válida conforme al artículo 632 del Código Civil que no exige forma escrita en el caso de donación de bienes muebles. No se entendería que no hubiese sido esa en su día la voluntad del ex esposo, a la vista de que durante quince años que duró el matrimonio nada dijo en relación a los negocios bancarios en cuestión. | |
| <i>AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2011</i> | 229 |

La sentencia de instancia difiere a un momento procesal posterior, que se desconoce cuál pudiera ser, la acreditación de un posible crédito en favor del esposo por las cantidades adelantadas para pago de vehículos, pero es en la formación de inventario cuando debe resolverse al respecto; y si no está acreditado el carácter privativo del dinero satisfecho, debe entenderse ganancial y por tanto ningún crédito ha nacido en favor del esposo.

AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2011 231

Debe incluirse una partida de pasivo por el importe de los honorarios de letrado que abonó el esposo ante la reclamación judicial que le formuló un tercero, no siendo obstáculo para ello que tuviese derecho a obtener la justicia gratuita.

AP Lugo, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de diciembre de 2011 232

Procedimientos de menores 232

Entiende el recurrente que debió seguirse el trámite del juicio verbal (artículo 781 de la LEC), pero la norma procesal aplicable es la LEC de 1881, que contempla en sus artículos 1825 a 1828 el procedimiento a seguir en caso de acogimiento; existiendo por tanto normas específicas al respecto no se considera que haya existido infracción procesal alguna.

AP León, Sec. 1.ª, Auto de 30 de diciembre de 2011 232

La madre continúa necesitando tratamiento para superar el trastorno de abuso de alcohol que padece desde hace ya más de catorce años, precisa de la ayuda de la asistencia social y de un seguimiento médico. Además es madre de otros dos hijos en situación de desamparo, por lo que debe confirmarse el acogimiento, pues la menor se encuentra perfectamente integrada en el núcleo familiar acogedor.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 28 de diciembre de 2011 233

La hermana de la adoptante carece de legitimación activa para solicitar la nulidad de la adopción, máxime cuando ésta fue constituida por una resolución judicial tras la tramitación del oportuno procedimiento.

AP Guipúzcoa, Sec. 2.ª, Auto de 26 de diciembre de 2011 235

Filiación 237

Para la conservación de los apellidos que vino usando el hijo antes del reconocimiento debe efectuarse la petición dentro del plazo de dos meses previstos en el artículo 59 de la LRC no siendo aplicable el plazo general de los quince años.

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011 237

La acción de impugnación de reconocimiento de filiación por falta de exactitud del artículo 140 del CC que pretendió hacer valer el actor en el acto de la vista, y ahora en esta alzada, es una acción distinta y autónoma de la verdaderamente ejercitada (artículo 141 del CC).

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2011 238

| | <u>Página</u> |
|--|---------------|
| Uniones de hecho | 240 |
| <p>Se condena al conviviente de hecho a abonar a su pareja la mitad del dinero que ésta le entregó para la compra del inmueble que finalmente fue adjudicado al banco ante el impago del préstamo hipotecario, no pudiendo ampliarse la condena a mayor cantidad al no acreditarse que aquella abonó más parte del crédito hipotecario.</p> | |
| <i>AP Toledo, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011</i> | 240 |
| Sucesiones | 243 |
| <p>Los coherederos carecen de titularidad sobre los bienes concretos de la herencia hasta la adjudicación porque no existe condominio; únicamente subsiste el conjunto o universalidad patrimonial, y sólo la partición posibilita la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto (patrimonio hereditario) en titularidades concretas sobre bienes determinados. La venta por uno solo de los herederos plantea un problema similar al de la venta de cosa ajena y se resuelve con la nulidad radical del contrato, pues para su validez exige de forma inevitable el consentimiento unánime del resto de los coherederos.</p> | |
| <i>AP Segovia, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de diciembre de 2011</i> | 243 |
| Otras cuestiones | 249 |
| <p>Se estima la demanda interpuesta por la tía frente a su sobrina y se condena a ésta a abonar a aquélla 98.400 euros por aprovechamiento propio de los fondos de cuentas bancarias en las que figuraba como autorizada.</p> | |
| <i>AP Cádiz, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de diciembre de 2011</i> | 249 |

RESOLUCIONES DE LA DGRN

| | |
|---|-----|
| Convenio regulador | 255 |
| <p>Figurando inscrito el inmueble con carácter privativo de los cónyuges y en mitades indivisas, no puede inscribirse el convenio regulador en el que con ocasión de la liquidación de la sociedad de gananciales aquellos acuerdan la adjudicación a la esposa del inmueble con pago del exceso de adjudicación al esposo al no constar con claridad el negocio jurídico por el que se llega a tal adjudicación.</p> | |
| <i>DGRN, Resolución de 3 de septiembre de 2011</i> | 255 |
| Regímenes económicos matrimoniales | 257 |
| <p>Figurando inscritas en el Registro unas determinadas fincas a favor de un cesionario, para su sociedad de gananciales, con la obligación de prestar alimentos a los cedentes, para inscribir la escritura de resolución del contrato de cesión ante la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, es preceptiva la participación del cónyuge del cesionario.</p> | |
| <i>DGRN, Resolución de 30 de septiembre de 2011</i> | 257 |

| | |
|--|-----|
| Para inscribir una escritura de compraventa por una persona separada no es necesario que acredite documentalmente su estado civil, bastando sus meras manifestaciones. | |
| DGRN, Resolución de 4 de noviembre de 2011 | 258 |
| Para que el embargo sea anotable deberá referirse a la cuota global que corresponda al cónyuge demandado sobre el patrimonio ganancial, y no a bienes concretos. | |
| DGRN, Resolución de 16 de enero de 2012 | 259 |
| Sucesiones | 261 |
| Para que el registrador pueda apreciar en su calificación que existe contradicción de intereses en una partición de herencia en la que intervenga el cónyuge viudo en representación de sus hijos menores es necesario que el representante y el representado aparezcan interesados como copartícipes, y ni siquiera en tal supuesto puede darse por sentado que siempre que dicho representante legal intervenga también en su propio nombre existe, por definición, oposición de intereses, sino que habrá que examinar las circunstancias concretas del caso. | |
| DGRN, Resolución de 26 de septiembre de 2011 | 261 |
| No existe obstáculo para que los herederos, mayores de edad y capaces, puedan alterar la disposición testamentaria y constituir respecto del inmueble heredado un derecho de habitación a favor de uno de ellos. | |
| DGRN, Resolución de 3 de octubre de 2011 | 262 |
| La exigencia de nombramiento de un administrador judicial de la herencia yacente no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que la suspensión de la inscripción por falta de tracto sucesivo cuando no se haya verificado tal nombramiento y por ende no se haya dirigido contra él la demanda debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico y obviarse cuando la demanda se ha dirigido contra personas determinadas, como posibles herederos. | |
| DGRN, Resolución de 3 de octubre de 2011 | 263 |
| Tratándose de una adjudicación parcial de herencia referida tan sólo a un bien privativo del causante, y prestando su consentimiento unánime todas las herederas y el cónyuge viudo, no se entiende la exigencia de la liquidación de la sociedad de gananciales. La adjudicación del bien a una sola de las herederas a cuenta de su haber en la partición de la herencia, con el consentimiento de todas las demás y del cónyuge viudo, se ajusta y no contradice en absoluto lo dispuesto en el artículo 1062 del Código Civil. | |
| DGRN, Resolución de 10 de noviembre de 2011 | 265 |
| En una partición practicada por el contador partidor testamentario no es necesaria la intervención de un defensor judicial y aprobación por el Juzgado, a pesar de que una de las personas interesadas en la herencia está incapacitada y su tutora está igualmente llamada a la misma sucesión y resulta adjudicataria de un lote de bienes. El contador partidor está investido para realizar la partición por sí solo, de | |

modo que no requiere la intervención de los herederos, ni por ello es necesario que fuesen éstos «mayores y tuviesen la libre administración de sus bienes».

DG NR, Resolución de 10 de enero de 2012 267

SECCIÓN PRÁCTICA

FECHAS DESDE LAS QUE DEBEN ABONARSE LAS PENSIONES ALIMENTICIAS:
NO TODO ESTÁ RESUELTO CON LA STS DE 14 DE JUNIO DE 2011 273

CASOS PRÁCTICOS 279

TRIBUNA ABIERTA

LA CAPACIDAD DE TESTAR Y SU PROBLEMÁTICA JURÍDICA

Aurelia María Romero Coloma 289

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

DATOS DE INTERÉS 309

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Patria potestad 315

Guarda y custodia 315

Régimen de visitas 316

Vivienda y ajuar familiar 317

Pensión alimenticia 318

Pensión compensatoria 319

Cuestiones procesales 320

Convenio regulador 320

Ejecución de sentencias 321

Regímenes económicos matrimoniales 322

Procedimientos de menores 323

Filiación 323

Uniones de hecho 324

Sucesiones 324

Otras cuestiones 324

Revista de

Derecho de Familia

ARTÍCULOS DOCTRINALES

CONSECUENCIAS NEGATIVAS DE LA RELACIÓN PENSIÓN COMPENSATORIA-PENSIÓN DE VIUEDAD DE SEPARADOS Y DIVORCIADOS

DRA. MARÍA TERESA MARÍN GARCÍA DE LEONARDO

*Catedrática de Derecho civil
Universitat de Valencia*

RESUMEN

Consecuencias negativas de la relación pensión compensatoria-pensión de viudedad de separados y divorciados

A partir del 1 de enero de 2010 la pensión de viudedad de los separados o divorciados tiene una relación de dependencia directa de la pensión compensatoria.

La temporalidad de la pensión compensatoria admitida legalmente tras la reforma del Código civil llevada a cabo por Ley 13/2005, de 8 de julio, provoca que al fallecimiento del causante estas pensiones, en un porcentaje importante, habrán desaparecido.

La pregunta es: ¿tiene sentido esta interrelación entre la pensión de viudedad y la pensión compensatoria?; ¿qué consecuencias prácticas va a producir?

La regulación actual, como se verá, produce un considerable ahorro de las arcas de la Seguridad Social; pero, ¿es correcto hacerlo por este medio?

El estudio de la normativa vigente hace pensar en una desfiguración de la pensión de viudedad y un alejamiento de la finalidad para la que fue creada. Se pretende llevar a cabo un análisis crítico del contenido normativo de la pensión de viudedad en relación con la pensión compensatoria y realizar, en su caso, propuestas de mejora.

Palabras Clave: Pensión compensatoria, pensión de viudedad, temporalidad, separación, divorcio.

ABSTRACT

Negative consequences of the relation compensatory pension-widow's pension of separate and divorced people

From January 1st 2010 widow's pension of separate or divorced people has a direct dependency relation on compensatory pension.

The temporality of those legally granted compensatory pensions further to the Civil Code amendment established by Law 13/2005 of July 8th makes that when the party at fault dies, at an important percentage, these pensions will disappeared.

The question is: does it make sense this interrelation between the widow's pension and the compensatory pension?; what are their consequences?

The current regulation, as it will be seen further, brings about a considerable saving for the Social Security coffers; but, is it correct to make it this way?

The study of the current regulation leads us to think in a disfigurement of the widow's pension and a deviation of the purpose it was created for. The purpose is to carry out a critical analysis of the regulation content of the widow's pension in connection with the compensatory pension and to suggest, where appropriate, improvement proposals.

Key Words: Compensatory pension, widow's pension, temporality, separation, divorce.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. FUNDAMENTO DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD.

III. VISIÓN ACTUAL DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA DE ACUERDO CON LAS DECISIONES JUDICIALES.

IV. DIFERENCIAS ENTRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA Y LA PENSIÓN DE VIUDEDAD: PROBLEMAS DE AJUSTE.

V. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE. VICISITUDES LEGISLATIVAS.

1. Antecedentes legislativos.

2. Régimen Jurídico actual.

- A) Necesidad de que exista una pensión compensatoria en vigor.
 - B) Percepción de otros ingresos del causante por parte del ex cónyuge.
 - C) Pensión de viudedad y violencia de género.
-

I. INTRODUCCIÓN

Los matrimonios separados o divorciados a partir de 1 de enero de 2010 deben poner una especial atención a la pensión compensatoria, porque de ello depende su pensión de viudedad.

La temporalidad de la pensión compensatoria admitida legalmente tras la reforma del Código civil llevada a cabo por Ley 13/2005, de 8 de julio, provoca que al fallecimiento del causante estas pensiones en un porcentaje importante ya no se cubran.

La pregunta es: ¿tiene sentido esta interrelación entre la pensión de viudedad y la pensión compensatoria?; ¿qué consecuencias prácticas va a producir?

La regulación actual, como se verá, produce un considerable ahorro de las arcas de la Seguridad Social; pero surge la siguiente pregunta: ¿es correcto hacerlo por este medio?

El estudio de la normativa vigente hace pensar en una desfiguración de la pensión de viudedad y un alejamiento de la finalidad para la que fue creada.

Se pretende llevar a cabo un análisis crítico del contenido normativo de la pensión de viudedad en relación con la pensión compensatoria, poniendo de relieve los serios inconvenientes que genera en la práctica y realizar, en su caso, propuestas de mejora.

II. FUNDAMENTO DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

En primer lugar hay que plantearse el fundamento de la pensión de viudedad y cuál es la situación que pretende atender. La pensión de viudedad tiene su origen «en la respuesta a una nueva contingencia que los Estados debían cubrir a causa de la desprotección que provoca el fallecimiento del miembro de la familia que sostiene la economía

familiar»⁽¹⁾. Actualmente, como se ha apuntado⁽²⁾, no puede discutirse ya, en este momento, que la dependencia económica, como elemento definidor de la situación de necesidad protegida a través de la pensión de viudedad en España, se halla en tela de juicio. Años atrás, y sobre una base normativa en parte diferente, la jurisprudencia cifraba la razón de ser de las prestaciones por muerte y supervivencia, en general, en el mantenimiento del sostén económico de los familiares dependientes del trabajador fallecido, compensándoles de su pérdida (STS de 2 de diciembre de 1973⁽³⁾). Sin embargo, actualmente las cosas son bien distintas. La relación de dependencia ha perdido su valor definitorio de la situación de necesidad protegida. Actualmente, ello adquiere un valor secundario, puesto que el objetivo fundamental radica en compensar al cónyuge sobreviviente por el daño que produce la pérdida de las rentas que venía generando el causante⁽⁴⁾. No se exige legalmente que el beneficiario esté en una situación de necesidad ni de dependencia respecto del fallecido. Si realmente se quería, y es lo que se debía, atender la situación de necesidad de los cónyuges separados debía haberse pensado en la prestación de alimentos, aunque, como es sabido, ésta no alcanza a los cónyuges divorciados.

En los casos de separación y divorcio se exige ser acreedor de una pensión compensatoria, lo que supone un recorte de derechos. Además, dado que un porcentaje importante de hombres no recibe pensión compensatoria, por esta vía se les priva de una pensión de viudedad a la que antes tenían derecho. Por otra parte, extinguida la pensión compensatoria porque, por ejemplo, se ha establecido con carácter temporal, no cabrá solicitar pensión de viudedad aunque surja una situación de necesidad.

Junto a lo expuesto, no hay que olvidar el carácter contributivo que tiene la pensión de viudedad. El derecho a la pensión de viudedad se concibe como una especie de renta diferida cuyo título de adquisición es la contribución de los cónyuges, bien por toda la vida en común, bien mientras dura el matrimonio, a la ayuda y socorro mutuos y a la actuación en interés de la familia a que les obliga el estado de casados, de acuerdo con los arts. 66 y 67 del Código civil. El matrimonio, por tanto, genera un derecho expectante a una eventual pensión de viudedad que se materializará a la muerte del causante⁽⁵⁾.

También desde el punto de vista del carácter contributivo de la pensión de viudedad, no se tiene en cuenta que puede suceder que se hayan pagado las cotizaciones a la Seguridad Social con dinero ganancial por estar casados bajo dicho régimen y la dependencia de la

(1) VALENCIANO SAL, A., «Una imprescindible reforma en el sistema de pensiones: la pensión de viudedad, su estado de necesidad hacia la dependencia y sus derivados», *Temas Laborales*, núm. 9, año 2011, p. 112.

(2) SASTRE IBARRECHE, R., «Transformaciones sociales y cambio en la pensión de viudedad», *Aranzadi Social*, p. 57.

(3) RJ 1973, núm. 3589. En el mismo sentido se pronuncian BLASCO PELLICER, A., y LÓPEZ TERRADA, E., «Retos y futuro de la pensión de viudedad», trabajo inédito en prensa, p. 17: el matrimonio ha venido generando de manera mecánica un derecho expectante a una eventual pensión de viudedad que se concibe como una especie de renta diferida cuyo título de adquisición es la contribución a la ayuda y socorro mutuos y a la actuación «en interés de la familia» a que les obliga el estado de casados (arts. 67 y 68 CC).

(4) La STC 184/1990, de 15 de noviembre, señala que la finalidad de la pensión de viudedad es compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite, y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia.

(5) En este sentido se pronuncia la STS de 6 de julio de 2010, RJ 2010/2715.

pensión compensatoria impedirá en muchos casos que el ex cónyuge recupere lo que se ha ido pagando a lo largo de muchos años. No hay que olvidar este carácter de la pensión de viudedad, puesto que no se puede hablar de la misma sin tener en cuenta los periodos mínimos de cotización, además de que para la determinación de la base reguladora se tienen en cuenta las bases de cotización de un periodo determinado. Hay que pensar que las cotizaciones que han llevado a cabo constante matrimonio, de alguna manera deberían revertir a los dos, más si el régimen económico matrimonial es el de sociedad de gananciales.

Todo ello hace pensar que la pensión de viudedad «no se encuentra en armonía con el verdadero objetivo, para el cual se creó, ya que dichas pensiones están destinadas a cubrir situaciones de necesidad y no como ocurre en la actualidad, que los verdaderos perceptores son los que se encuentren en un determinado estado civil» y en el caso de los separados o divorciados los que estén percibiendo la pensión compensatoria, «que no necesariamente alberga una situación de necesidad»⁽⁶⁾. Con lo cual el carácter de renta diferida cuyo título de adquisición es la contribución de los cónyuges queda vacío de contenido.

Se ha hecho una regulación beneficiosa para las arcas del Estado y muchas personas que con regímenes jurídicos anteriores cobraban la pensión van a verse privadas de esta prestación —y no se olvide que es social— dependiendo de una pensión, la compensatoria, que como se verá tiene unas características y fundamento diferentes de la de viudedad.

III. VISIÓN ACTUAL DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA DE ACUERDO CON LAS DECISIONES JUDICIALES

Antes de determinar las diferencias con la pensión de viudedad conviene examinar cuál es la actual visión de la pensión compensatoria, para poder pronunciarse sobre la conveniencia o no de la asimilación pensión compensatoria-pensión de viudedad.

Para la concesión de la pensión compensatoria se valora el desequilibrio económico sopesando la posición del otro cónyuge, «pero no sólo su faceta económica, sino también la pérdida de beneficios, influencias, amistades o cualquier otra circunstancia, de forma que la consecuencia sea su empeoramiento respecto de la situación que disfrutaba durante el matrimonio, dado que la enumeración del art. 97 CC no es exhaustiva»⁽⁷⁾.

La pensión compensatoria no es un mecanismo igualatorio de economías dispares, ya que su finalidad es colocar al cónyuge desfavorecido con la ruptura del matrimonio, frente al empleo o medios de procurarse el sustento, en igualdad de condiciones a las que se disfrutaban antes de contraerlo. De tal forma que si las diferencias económicas entre los consortes no dependen de la ruptura sino que se deben a factores ajenos a la coyuntura familiar no cabrá establecer pensión compensatoria. Con independencia de la situación económica personal del posible acreedor de la pensión o del cobro de otras prestaciones⁽⁸⁾, lo que se

(6) VALENCIANO SAL, A., *op. cit.*, p. 113.

(7) STS de 14 de marzo de 2011, Cendoj 1668/2011.

(8) En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2009, Cendoj STS 4718/2010, fija a una esposa una pensión vitalicia pese a tener reconocida una pensión de la Seguridad Social por su situación de

valora es el desequilibrio económico en el momento de la separación o el divorcio⁽⁹⁾, por lo que «el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge» tan sólo constituye uno de los parámetros del art. 97 CC que hay que tener en cuenta. En este sentido, el Tribunal Supremo⁽¹⁰⁾ señala que la pensión compensatoria «no es un derecho de automática concesión a la separación o al divorcio, ni tampoco absoluto, ilimitado en el tiempo o vitalicio, bien al contrario, de la mera lectura del art. 97 del CC, cumple la finalidad de evitar, en la medida relativa que se infiere de las medidas cuantificadoras que tal precepto contempla, que la separación o la disolución por divorcio, del matrimonio, origine a uno de los consortes una situación de desequilibrio que se reputa injusto, en méritos a la concurrencia de dos índices condicionados comparativos, uno temporal en su naturaleza, pues el que postula tal derecho ha de estar en posición de inferioridad económica respecto de la que disfrutaban antes en el matrimonio, y de carácter personal la otra, cuando además es imprescindible que la posición económica del beneficiario en potencia, sea de inferior nivel a la del otro consorte, debiendo influir ambos condicionamientos, y sin que pueda bastar uno solo para el nacimiento del derecho regulado en el respectivo precepto».

Las circunstancias del art. 97.2 CC tienen una doble función: la de actuar como elementos integradores del desequilibrio, fijando si procede o no la pensión compensatoria y, una vez determinada la concurrencia del desequilibrio, la de actuar como elementos que permiten fijar la cuantía de la pensión⁽¹¹⁾. Llama la atención la incidencia que tiene la situación anterior al matrimonio, al igual que el régimen económico-matrimonial, factores que nada tienen que ver con la pensión de viudedad, pese a concebirse como una renta de sustitución.

En la actualidad los tribunales se muestran proclives a la determinación de un término temporal de vigencia de la pensión compensatoria «como elemento incentivador de la actitud de la propia parte beneficiaria en aras a obtener su autonomía tanto personal como laboral»⁽¹²⁾. Es más, el sentir social apoya una solución favorable a la temporalidad de la pensión compensatoria⁽¹³⁾, fundamentalmente ante coyunturas tales como la corta duración del matrimonio, juventud del beneficiario, existencia o no de hijos, expectativas económicas...

Sin embargo, hay que tener en cuenta que actualmente en una situación de crisis económica no es fácil acceder a un empleo, por lo que limitaciones temporales de, por ejemplo, dos años no van a ser suficientes para obtener un trabajo que permita gozar de medios propios para acceder autónomamente. Por otro lado, no hay que perder de vista que la

invalidez reconocida como consecuencia de una minusvalía del 33%, con lo que se demuestra que la pensión compensatoria funciona con esquemas distintos a la pensión de viudedad.

(9) En este sentido puede verse la STS de 9 de febrero de 2010, Cendoj STS 292/2010, cuando señala que el desequilibrio económico que da lugar a la pensión compensatoria debe haberse producido en el momento de la crisis matrimonial; al tiempo de producirse la ruptura es cuando se han de valorar las circunstancias y resolver tanto lo referente a si procede o no reconocer el derecho y en qué cuantía.

(10) STS de 4 de noviembre de 2010, Cendoj STS 7208/2010.

(11) STS de 19 de enero de 2010, Cendoj STS 327/2010.

(12) Auto del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2011, Cendoj 1972/2011.

(13) Auto del TS de 1 de febrero de 2011, Cendoj 737/2011.

limitación temporal de la pensión impide que, una vez concluido el plazo fijado, pueda concederse nuevamente una pensión. Esto, situándolo en relación a la pensión de viudedad, puede dar lugar a situaciones de clara desprotección para el cónyuge beneficiario de la pensión en supuestos, por ejemplo, como los de pérdida de empleo, con lo que no se aprecia cómo se va a resarcir a través de la pensión de viudedad el daño producido, ni tampoco se refleja el carácter de la misma de renta diferida que trae causa en la contribución de los cónyuges por el tiempo que ha durado la convivencia.

Finalmente, conviene destacar que la pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir el cese de la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges, y para ello habrá de tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y, básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges, en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, como ya se ha señalado, la situación anterior al matrimonio, para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación⁽¹⁴⁾. Sin embargo, la actual regulación de la pensión de viudedad combinada con la temporalidad de la pensión compensatoria, en los casos que proceda, en modo alguno cumple la finalidad para la que está prevista y vacía de contenido la contribución que los particulares han llevado a cabo a las arcas del Estado.

IV. DIFERENCIAS ENTRE LA PENSION COMPENSATORIA Y LA PENSIÓN DE VIUEDAD: PROBLEMAS DE AJUSTE

Conviene señalar la distinción entre la pensión compensatoria y la pensión de viudedad para valorar si el legislador ha llegado a una solución justa relacionando ambas pensiones.

La pensión de viudedad es una pensión *mortis causa* mientras que la pensión compensatoria es *inter vivos* y a favor del ex cónyuge separado o divorciado que sufra un desequilibrio económico. El fundamento, por tanto, es el desequilibrio económico, a diferencia de la pensión de viudedad en la que, como ha señalado el Tribunal Supremo⁽¹⁵⁾, está presente la idea de solidaridad: «renta devengada a favor de los cónyuges por la ayuda mutua y la aportación al interés de la familia. Tal derecho a la pensión asimilada a viudedad se concibe así como una especie de renta diferida cuyo título de adquisición es la contribución de los cónyuges, bien por toda la vida en común, bien mientras dura el matrimonio, a la ayuda y socorro mutuos y a la actuación “en interés de la familia” a que los obliga el estado de casados (artículos 67 y 68 del CC), con la única diferencia en relación a la pensión de viudedad propiamente dicha de la proporcionalidad de la pensión al tiempo de convivencia».

La pregunta es: ¿cómo se pretende sustituir una pensión que no tiene un contenido de dependencia, alimenticio o de solidaridad postconyugal sino reparador del desequilibrio económico, por una pensión de carácter contributivo y en la que está inmersa la idea de

(14) En este sentido véase la STS de 19 de enero de 2010, Cendoj STS 327/2010.

(15) STS de 26 de mayo de 2004. La Sentencia completa puede verse en Tol 495710.

compensar la contribución de los cónyuges mientras ha durado el matrimonio a la ayuda y socorro mutuo y a la actuación en interés de la familia?⁽¹⁶⁾

Siguiendo con las diferenciaciones, la pensión compensatoria tiene un cierto carácter de temporalidad, porque se haya fijado con carácter temporal o porque subsiste hasta que cesa la causa que lo motivó. Por el contrario, la pensión de viudedad en principio es vitalicia y no se encuentra para ella una situación homóloga a la que puede motivar «el cese de la causa» de la pensión compensatoria contemplado en el art. 101 CC.

Sin embargo, ambas se extinguen por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona. La pensión compensatoria en virtud del art. 101.1 CC y la pensión de viudedad por disposición del art. 174.4 LGSS, que establece: «en todos los supuestos a los que se refiere el presente artículo, el derecho a pensión de viudedad se extinguirá cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado anterior, sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente».

Con ello se viene a zanjar la discriminación existente en la normativa anterior a la Ley 40/2007 entre beneficiarios de la pensión de viudedad, por razones de estado civil, ya que las causas de extinción antedichas no se aplicaban cuando se trataba del viudo que no se hubiese separado o divorciado⁽¹⁷⁾.

El problema es que, realmente, extinguir la pensión por convivencia *more uxorio* en la actualidad ni tiene sentido desde la naturaleza de la pensión compensatoria, resarcimiento de un daño objetivo, ni tampoco guarda relación con la finalidad de la ley cuando acuerda el establecimiento de una pensión de viudedad. Porque si se está pensando que al contraer nuevo matrimonio o convivir *more uxorio* con otra persona las necesidades estarán cubiertas ¿cómo se compagina esto con que la pensión de viudedad ya no atienda a situaciones de este tipo? La única explicación que puede tener es la nueva expectativa que genera el matrimonio o la convivencia *more uxorio* de una nueva pensión de viudedad en su día. Pero, ¿y el daño producido por la pérdida de rentas hasta ese momento?

Otra consideración que conviene hacer es que la pensión compensatoria, de acuerdo con el art. 101 CC, no se extingue a la muerte del deudor, pero pueden pedir la supresión los herederos de éste si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima. Son los herederos los legitimados para soli-

(16) La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de julio de 2010, AS/2010/1880, señala que la finalidad de la pensión de viudedad es compensar la pérdida del mutuo auxilio implícito en la vida en común, compensación que para el separado o divorciado únicamente puede derivar de que en su momento se convivió y ganó la cualidad que pueda darle derecho al beneficio.

(17) En este sentido puede verse la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de abril de 2010, RTC 2010/22, que señala cómo la diferenciación carecía de una justificación objetiva y razonable entre beneficiarios de la pensión de viudedad, ya que, en el caso de los que hubieran accedido a la pensión en los supuestos de separación y divorcio, la pensión se extingue por pasar a vivir el beneficiario maritalmente con otra persona, no sucediendo lo mismo en el caso del viudo/a no separado/a o divorciado/a. Se añade que en ambos casos se está ante un hecho lícito en el marco de nuestro ordenamiento, como es la convivencia *more uxorio*, de lo que se deduce que existe una discriminación por razón de estado civil: no puede sostenerse que la convivencia a modo de matrimonio con tercera persona enerve o extinga el derecho a percibir la pensión de viudedad que proporcionalmente le corresponda a la primera esposa de quien causó la prestación de que se trate, con la consiguiente declaración de nulidad de la previsión del apartado 3 del art. 174 en la remisión que hace al art. 101 del CC a estos efectos.

citar la supresión de la pensión compensatoria dejando, en consecuencia, en sus manos el que el ex cónyuge vaya o no a cobrar la pensión de viudedad. Pensemos que si la pensión compensatoria es temporal y no ha transcurrido el tiempo, el acreedor no puede renunciar a la misma porque también perdería la pensión de viudedad, y si los herederos no piden la supresión, transcurrido el plazo de percepción de la pensión compensatoria no tendrá derecho a percibir la pensión de viudedad. En definitiva, se aprecian contradicciones entre las causas de extinción de la pensión compensatoria contempladas en el art. 101 del CC con la exigencia de la extinción de la pensión compensatoria al fallecimiento del causante, deudor de la misma, como requisito de la pensión de viudedad.

En otro orden de cosas, si la pensión compensatoria se ha decidido sustituir, como señala el art. 99 CC, por la entrega de un capital en bienes o en dinero o por la constitución de un derecho real de usufructo, el ex cónyuge supérstite no va a poder cobrar la pensión de viudedad. En este sentido, la STSJ de Cataluña de 16 de noviembre de 2010⁽¹⁸⁾ pone de relieve la solución negativa en estos casos porque no cabría alegar la extinción de la pensión compensatoria al fallecimiento del causante en estos casos, al no revertirse como consecuencia del fallecimiento los bienes que la actora había recibido en sustitución, los cuales se habían integrado definitivamente en su patrimonio. Sin embargo, un sector doctrinal aboga por una «lectura flexible de la exigencia de extinción de la pensión compensatoria por fallecimiento del causante en los supuestos de otras fórmulas de indemnización compensatoria, en especial en el caso de prestación única»⁽¹⁹⁾.

Por otro lado, la remisión al art. 97 del Código Civil implica discriminación en la medida de que dicho precepto no es aplicable en todo el territorio español, dado que determinadas Comunidades Autónomas han regulado de forma diversa las consecuencias de las crisis matrimoniales, pero esta circunstancia, a la que nos referíamos al señalar las disfunciones que puede provocar la reforma, no crea discriminación aunque sí problemas de aplicación en algunas Comunidades con derecho civil propio en estas materias, al tener que congeniar su propia legislación, por la vía de la analogía, con lo establecido en el art. 97 del Código Civil, en el ámbito de una normativa como es la de la Seguridad Social, de competencia estatal, y con el mismo alcance en estas prestaciones de muerte y supervivencia en todo el territorio de la nación⁽²⁰⁾.

En definitiva, la solución de remitir la pensión de viudedad a la regulación de la pensión compensatoria entre cónyuges en los casos de separación y divorcio ofrece dificultades de aplicación porque la naturaleza y rasgos específicos de la pensión compensatoria del Código civil se aviene mal con la finalidad y consecuente configuración normativa que han tenido las pensiones de viudedad, ya que tradicionalmente se han devengado de manera automática por el hecho objetivo del fallecimiento, al margen de cualquier circunstancia particular del beneficiario, con una duración vitalicia y en una cuantía prefijada. Como ha señalado la STSJ de Andalucía de 8 de julio de 2010⁽²¹⁾, la existencia de la primera condiciona el derecho a la segunda. Se trata de dos figuras jurídicas diferentes y el esta-

(18) JUR 2011/80328.

(19) LOUSADA AROCHENA, J.F., *op. cit.*, p. 90.

(20) Así lo señala la STSJ de Andalucía de 8 de julio de 2010, JUR 2011/76096.

(21) En este sentido se pronuncia la STSJ de Andalucía de 8 de julio de 2010, JUR 2011/76096.

blecimiento de la primera como condición de la segunda, precisamente por su naturaleza y finalidad distintas, implica la vinculación de la prestación de viudedad a criterios propios de ramas del derecho ajenas a la Seguridad Social y de difícil encaje en el sistema de pensiones, incluso en referencia a conceptos que se utilizan como comunes, cuando no lo son, cuales son la dependencia económica o renta de sustitución.

BOSCH GUERRERO⁽²²⁾, comentando la reforma de la Ley de 40/2007, señalaba las diferencias entre ambas pensiones: «no existe motivo jurídico ni social que aconseje dicha vinculación entre pensión compensatoria y pensión de viudedad que no sea otro que configurar un requisito obstáculo para ahorrar un montante importante de recursos para personas que a fecha de la reforma eran futuros beneficiarios de viudedad pese a la ruptura de su vínculo matrimonial».

Además, como continúa señalando el citado autor, concurren en la pensión compensatoria una serie de datos, algunos conceptuales y otros estadísticos que la optimizan para configurarlo como requisito muro o requisito trampa, que dificulte o anule la posibilidad del devengo de la pensión. Y esto es así porque:

- 1) La actual normativa contempla la posibilidad de establecerla con carácter vitalicio y de ahora en adelante así deberá pactarse en matrimonios que en fase de ruptura quieran que su ex pareja sea acreedora de algún derecho frente a la Seguridad Social.
- 2) La pensión compensatoria sigue siendo estadísticamente un porcentaje mínimo y para rupturas de matrimonios de avanzada edad. Así, la reforma vincula el devengo a una pensión que aparece en un porcentaje mínimo en las nulidades, separaciones y divorcios con el consabido ahorro de prestaciones.
- 3) La compensatoria fundamentalmente se establece a favor de mujeres, alrededor del 95%. Al no existir prácticamente compensatorias a favor del varón, este pierde el derecho a la viudedad que antes tenía. El sistema de esta manera elimina el 50% de los candidatos a la pensión de manera indirecta. Al ser la compensatoria una pensión que no puede ser recíproca (no la pueden recibir ambos cónyuges a la vez) significa que los varones separados o divorciados difícilmente van a ser beneficiarios de viudedad alguna.
- 4) Como es sabido la separación o divorcio produce un empobrecimiento en la unidad familiar, sobre todo en aquella en la que concurren hijos beneficiarios de la pensión de alimentos, de modo que suele ser económicamente inviable para el separado o divorciado saliente el atender dos pensiones y su propia manutención, siendo habitual en estos casos que la pensión de alimentos sea la que absorba la

(22) BOSCH GUERRERO, C., «Sin viudos en los parques. Pensiones de viudedad en separación o divorcio. Nueva regulación», febrero de 2008, <noticiasjuridicas.com>, quien añade: «¿Qué se puede hacer? Desde luego de ahora en adelante esta circunstancia deberá ser tenida muy en cuenta por los cónyuges a la hora de pactar de mutuo acuerdo las condiciones de la ruptura, pero ¿qué sucede para todos aquellos que no tuvieron en cuenta esta circunstancia?; Si hay buena relación con su ex pareja siempre se podría pactar una modificación de medidas que incluyera la compensatoria, pero si la otra parte no está por la labor el tema se enturbia. En el caso de los hombres separados y divorciados ya he expresado que esta modificación supone para ellos la práctica desaparición de la pensión de viudedad. Parece que el sistema considerara que sobrevivir a la ex mujer ya es en sí suficiente, y que ya no hay viudos en los parques».

totalidad de la prestación concurriendo hijos, cuya protección jurídica es mayor frente al obligado al pago.

- 5) El momento temporal de la reforma: a fecha de la reforma miles de convenios reguladores no pactaron la compensatoria por cuanto no sabían que renunciando a ella renunciaban también al resarcimiento de los años de convivencia con la ex pareja (en ocasiones muchos) y que si lo hubieran sabido habrían discutido con más vehemencia dicho derecho.

En resumen, al vincularse el devengo de la pensión de viudedad a la pensión compensatoria **la primera absorbe los condicionantes de la segunda**. Si la compensatoria no se pacta o falla judicialmente no habrá viudedad; si se pacta pero antes de que fallezca el otro se revoca por concurrir inserción laboral, desaparece la pensión de viudedad asimismo; si se ha pactado con carácter temporal y surge una necesidad posterior no se va a cubrir, ni queda reparado el daño; por último, los varones separados o divorciados lo tienen ciertamente difícil, a tenor de lo que muestran las estadísticas.

Finalmente, conviene señalar que la pensión de viudedad viene determinada en la actualidad en función de la cuantía de la compensatoria, no pudiéndola superar en ningún caso, por lo que desaparece el cálculo en función del esfuerzo contributivo del sujeto causante y la idea de compensación alguna por ese esfuerzo.

Con este sistema puede suceder que una persona deje de cobrar pensión compensatoria porque se estableció con carácter temporal; *a posteriori*, por ejemplo, se queda sin trabajo, con lo que no cobrará pensión de viudedad pese a encontrarse en una situación de dependencia económica porque existen hijos menores en el momento de fallecimiento del causante. Se puede alegar que el fundamento no es la necesidad sino el daño producido; pero, ¿acaso se pretende que ese daño lo resarza el particular con una sola cantidad, pese a que obedece a conceptos distintos?

V. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE. VICISITUDES LEGISLATIVAS

1. Antecedentes legislativos

El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, consecuente con la legislación del Código civil relativa a la separación de los cónyuges, en su art. 160.1 sólo concedía la pensión vitalicia de viudedad a la viuda, separada judicialmente, a la que la sentencia firme hubiese declarado inocente. De tal forma que las separadas de hecho y las culpables no tenían derecho a pensión. Respecto del cónyuge viudo se añadía un requisito: que se encontrase al tiempo de fallecimiento de su esposa incapacitado para el trabajo y a su cargo.

Esta norma fue declarada inconstitucional por SSTC de 22 y 23 de noviembre de 1983⁽²³⁾, al resultar discriminatoria por razón de sexo, concediéndose a partir de ese momento la pensión de viudedad en las mismas condiciones tanto si se trataba de esposos como de esposas.

(23) STC núm. 103/1983 y 104/1983.

La Ley 30/1981, de 7 de julio, de reforma del Código civil introduce como es sabido el divorcio incidiendo de forma notable en la pensión de viudedad. En primer lugar desaparecen los criterios de culpabilidad o inocencia como condicionantes de la concesión de la pensión. En segundo lugar, al permitir la ley del divorcio el que una persona contraiga más de un matrimonio, cabía la concurrencia de varios beneficiarios en la percepción de la pensión, distribuyendo su importe proporcionalmente al tiempo de convivencia con el fallecido.

Dentro de este *iter* legislativo es importante destacar que la revisión del Pacto de Toledo de 2003, aunque sin contener referencias expresas a los supuestos de separación y de divorcio, señala cómo el camino seguido por las prestaciones de muerte y supervivencia, atendiendo más a las situaciones reales de necesidad que a la estricta contributividad, era un camino adecuado, lo que «implicaba una apuesta por la asistencialización de la prestación en detrimento de los aspectos contributivos»⁽²⁴⁾. En concreto, «el programa estaba claro y consistía en reformular la prestación de suerte que con ella se atendiesen las necesidades familiares derivadas de la muerte de un componente familiar que venía contribuyendo al sustento de dicho núcleo de convivencia, lo que implicaba potenciar su característica netamente asistencial»⁽²⁵⁾.

Tras la reforma llevada a cabo por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, el art. 174.2 LGSS establece que la pensión de viudedad «corresponderá a quien reuniendo los requisitos en su caso exigibles de acuerdo con el art. 174.1 LGSS sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiese constituido pareja de hecho.

El derecho a la pensión de viudedad *quedará condicionado*⁽²⁶⁾ en las personas separadas o divorciadas judicialmente a que *siendo* acreedoras de la *pensión compensatoria* a que se refiere el art. 97 Código Civil, *ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante*».

Como se ha destacado⁽²⁷⁾, esta reforma introducida en la LGSS, en materia de pensión de viudedad, por la Ley 40/2007, que entró en vigor el 1 de enero de 2008, trae causa y tiene su antecedente inmediato y directo en los Acuerdos Sociales en materia de Seguridad Social suscritos con fecha 13 de julio de 2006 por los denominados Agentes Sociales (las centrales sindicales UGT y CC.OO, por parte de los trabajadores, y las organizaciones patronales CEOE y CEPYME, por parte de los empresarios-empleadores) bajo el patrocinio del Gobierno, con el compromiso de éste de proponer a las Cortes las reformas legales

(24) Seguimos la exposición de BLASCO PELLICER, A., y LÓPEZ TERRADA, E., *op. cit.*, p. 25.

(25) Así lo exponen BLASCO PELLICER, A., y LÓPEZ TERRADA, E., *op. cit.*, p. 26.

(26) La doctrina se pregunta si las personas separadas o divorciadas que renunciaron a la pensión compensatoria o a quienes se les concedió temporalmente percibirán en su día la viudedad de su ex cónyuge al fallecimiento de éste/a; desgraciadamente, afirma, la respuesta es negativa. Al respecto véase GONZÁLEZ DE PUJANA, B., «Aspectos actuales de la pensión de viudedad y su conexión con el Derecho de Familia», *Diario La Ley* núm. 6902, 12 de marzo de 2008, p. 5, quien añade que los profesionales del Derecho de familia y los jueces deben contemplar esta circunstancia y tomar medidas al respecto a la hora de pactar los efectos de la separación o el divorcio en los convenios reguladores o sentencias.

(27) GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., «Pensión compensatoria y pensión de viudedad. Relación entre ambas prestaciones tras la reforma del art. 174 LGSS», *Diario La Ley*, 9 de julio de 2009, núm. 7214, p. 6.

necesarias para adaptar la legislación de Seguridad Social a los citados Acuerdos Sociales. Respecto de la pensión de viudedad señalaban: «teniendo en cuenta la realidad social existente en nuestro país en la actualidad, con la finalidad de mejorar la situación de las familias que dependen de las rentas del fallecido y adecuar la acción protectora del sistema a las nuevas realidades sociales, en el ámbito de la pensión de viudedad se acuerda que la citada pensión debe recuperar su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supervivientes: matrimonio; parejas de hecho, siempre que tuviesen hijos en común con derecho a pensión de orfandad y/o existiese dependencia económica del sobreviviente respecto del causante de la pensión; o personas divorciadas receptoras de las pensiones previstas en el Código Civil».

Según se ha expuesto⁽²⁸⁾, la norma incorpora una medida de política económico-social, no suficientemente explicada, resultando chocante ver incluida esta medida en los denominados Acuerdos sociales, en cuanto constituye un recorte social que supone un ahorro al erario público.

Se pretendió convertir la pensión de viudedad en una renta de sustitución, aunque realmente no recibe este tratamiento⁽²⁹⁾, condicionando el derecho a percibir la misma, para los cónyuges separados o divorciados, a que tengan reconocido derecho a pensión compensatoria en sentencia o convenio en el momento de producirse el fallecimiento del causante y a que la misma se extinga como consecuencia de la muerte del causante. Establece de este modo la prohibición legal de percibir simultáneamente pensión de viudedad y pensión compensatoria, relacionando cuanto menos dos figuras de naturaleza jurídica muy distinta. En este sentido, el TSJ de Madrid en Sentencia de 10 de diciembre de 2010⁽³⁰⁾ señala que «acudiendo a una interpretación finalista la intención del legislador no es otra que hacer depender el derecho prestacional de la situación económica de dependencia que pudiera tener el beneficiario, evitando el perjuicio que por la pérdida de la pensión de la que hasta el momento de fallecimiento se encontrase disfrutando la solicitante de la prestación se le pudiese irrogar, subveniendo con ello a una concreta situación de necesidad, asumiendo la pensión de viudedad en estos casos los caracteres de una verdadera renta de sustitución». Por tanto, «la condición de percibir la pensión compensatoria y perderla por causa de muerte del obligado al pago es lo que permite justificar una cierta dependencia

(28) GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., *op. cit.*, p. 12.

(29) En este sentido, GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., *op. cit.*, p. 13, señala cómo, aunque se habla de renta de sustitución, realmente no recibe este tratamiento, como en el caso de las parejas de hecho, porque, a diferencia de lo que ocurre con éstas, ni se toman como renta sustituida los ingresos reales del causahabiente en el año natural anterior al hecho del causante en su cotejo comparativo con los obtenidos en igual período por el superviviente, ni se introducen elementos correctores de los ingresos reales del superviviente en caso de existir hijos comunes con el causante, ni siquiera se establece un mínimo de ingresos del superviviente a partir del cual éste tenga derecho a pensión con independencia de cualquier otra circunstancia. Por su parte BLASCO PELLICER, A., y LÓPEZ TERRADA, E., *op. cit.*, p. 27, señalan que la prestación de viudedad no ha recuperado su carácter de renta de sustitución y, consecuentemente, no se ha reservado para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía afectivamente al sostenimiento de los familiares supervivientes. Lo que hubiera podido lograrse, sin dificultades técnicas mayores, modificando el régimen de incompatibilidades, básicamente, haciendo la prestación incompatible con pensiones propias del sujeto beneficiario y con el trabajo del sujeto beneficiario, ajustando su percepción, primero, y su cuantía, después, al nivel de rentas del beneficiario.

(30) *Aranzadi Social* 2011/152.

económica del cónyuge separado o del ex cónyuge divorciado respecto del fallecido y es la desaparición o pérdida de este derecho a pensión el motivo que justifica y da ocasión a que se active la protección social a través del mecanismo de pensión de supervivencia, pero si tal pensión no existió o se ha extinguido por su carácter temporal, el derecho a pensión de la Seguridad Social no llega a nacer».

Esta norma ha recibido importantes críticas⁽³¹⁾. En primer lugar, por la exigencia *sine qua non* de que los ex cónyuges supervivientes estuvieran percibiendo al momento del fallecimiento del causante una pensión compensatoria; y, en segundo lugar, porque supone una discriminación respecto a los matrimonios no separados o divorciados, pues mientras, en el caso de los cónyuges, no se configura en modo alguno la pensión de viudedad como renta de sustitución y en el caso de las parejas de hecho se regula como renta parcial de sustitución, en el caso de los cónyuges o ex cónyuges separados o divorciados se le da un tratamiento formal de renta de sustitución, totalmente artificioso, que no tiene en cuenta los ingresos reales del superviviente, cuya carencia o insuficiencia de ingresos viene a paliar la pensión de viudedad, ni los ingresos del causante de la misma, cuya pérdida viene a cubrir —sustituyéndola— la pensión.

Pero lo fundamental es «que constituye un recorte social que supone, sin duda, un importante ahorro para el erario público, y en concreto para las arcas de la Tesorería de la Seguridad Social, al privar de pensión de viudedad a miles de personas separadas o divorciadas que, sin tal medida, tendrían derecho a percibirla a la muerte de quien sea o haya sido su consorte, y sin entrar a valorar el acierto o desacierto ni la bondad o perversidad de tal medida o su orientación social o antisocial, parece que la aplicación práctica de la misma adolece de graves fallos en la forma de articularla jurídicamente como renta de sustitución.

Sin respetar la filosofía de la pensión de viudedad la ley presume, *iuris et de iure*, que el cónyuge o ex cónyuge viudo, separado o divorciado, no precisa pensión de viudedad para su subsistencia cuando al momento de producirse la muerte del causante tenga derecho a percibir una pensión compensatoria, cualquiera que sea la duración y cuantía de ésta. *A contrario sensu*, el art. 174.2 LGSS presume que, si se produce la extinción de la pensión compensatoria por la muerte del deudor conforme a las previsiones del art. 101, párrafo 2.º CC, el cónyuge o ex cónyuge superviviente precisará, como renta de sustitución, la pensión de viudedad»⁽³²⁾.

2. Régimen Jurídico actual

El legislador ha perdido la oportunidad de corregir las deficiencias respecto de la regulación de la pensión de viudedad en la reforma llevada a cabo por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, en la Disposición Final Tercera. Modifica el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

(31) Seguimos el planteamiento de GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., *op. cit.*, p. 16.

(32) En este sentido véase GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., *op. cit.*, p. 12.

En concreto en el párrafo 2 del art. 174 establece la regla general en los siguientes términos:

«En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Asimismo se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última».

Además, a diferencia de la redacción que tenía el precepto de acuerdo con la Ley 40/2007, la Ley 26/2009 introduce dos excepciones importantes:

- 1) Se atribuye en la reforma del art. 174.2 LGSS el derecho a la pensión de viudedad a las mujeres que, aun no siendo acreedoras de una pensión compensatoria, puedan acreditar que fueron víctimas de violencia de género en el momento de la separación o del divorcio: «en todo caso tendrán derecho a pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho»⁽³³⁾.
- 2) Se atribuye, de acuerdo con la Disposición Transitoria 18.^a del TRLGSS (contenido en la Disposición Final 3.^a de la Ley 26/2009)⁽³⁴⁾, el derecho a pensión de viudedad para matrimonios cuya separación o divorcio fuera anterior al 1 de enero de 2008, sin condicionarlo a la pensión compensatoria en los supuestos en que entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concurren en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes:
 - a) la existencia de hijos comunes en el matrimonio;

(33) La STS de 26 de enero de 2011, JUR 2011/60744, resalta cómo es admisible acreditar la situación de violencia de género por cualquier medio de prueba admitido en derecho.

(34) La citada disposición transitoria 18 añade: en cualquier caso, la separación o divorcio debe haberse producido con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Lo dispuesto en esta disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el art. 174.2 de esta Ley. La razón estriba en la tardanza en la regulación de esta disposición transitoria, en concreto dos años después de producida la situación para la que se crea.

- b) que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha de fallecimiento del causante de la pensión.

Finalmente, cabe destacar que se ha perdido la oportunidad de regular esta materia, de forma definitiva y coherente, en el Proyecto de Ley de 1 de abril de 2011 sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social⁽³⁵⁾.

A) Necesidad de que exista una pensión compensatoria en vigor

Respecto de la redacción de 2007, en el actual art. 174.2 LGSS se puede apreciar: la introducción de la mención «asimismo», la sustitución de la mención «siendo» acreedoras por «sean» acreedoras y la rebaja de la cuantía de la pensión de viudedad cuando ésta fuese superior a la pensión compensatoria, disminuyéndose hasta la cuantía de ésta.

Conviene examinar la incidencia de estos cambios y si la Ley 26/2009 viene a imponer la existencia de una pensión compensatoria en vigor o únicamente la incompatibilidad entre la prestación de viudedad y la pensión compensatoria.

Hasta la reforma de 2009, la interpretación que, para salvar las injusticias del precepto, había venido propugnando tanto la doctrina⁽³⁶⁾ como la jurisprudencia menor señalaba que «la única condición exigida por la norma para la percepción de pensión de viudedad por el separado o divorciado que tenga reconocida la misma es la previa extinción de la pensión compensatoria de que el beneficiario sea titular, en caso de que lo fuere, no que constituya requisito para el reconocimiento de la pensión de viudedad ser acreedor de una pensión compensatoria al momento del fallecimiento del causante». En este sentido, la SJS núm. 3 de Barcelona de 9 de enero de 2009⁽³⁷⁾ otorgó pensión de viudedad a una viuda, separada judicialmente de su marido, fallecido en abril de 2008, que había contraído matrimonio con el causante en 1967 y estaba separada del mismo por sentencia dictada en 1989, en la que no se había reconocido pensión compensatoria a la esposa. La sentencia concede la pensión de viudedad basándose en una interpretación literal del art. 174.2 LGSS, pero con un matiz novedoso:

«el artículo 174. 2 LGSS, como primera afirmación, sostiene que las personas separadas o divorciadas tienen derecho a la pensión cuando concurren los requisitos generales, no se haya casado nuevamente o no haya constituido pareja de hecho; después del punto y seguido, es cuando dice, respecto a las personas que hayan sido acreedoras de la pensión

(35) BOCD de 1 de abril de 2011. BLASCO PELLICER, A., y LÓPEZ TERRADA, E. constatan cómo la única referencia a la pensión de viudedad se contiene en la Disposición Adicional Primera, en la que con el título de «reformulación de las prestaciones de muerte y supervivencia» se establece que en las Leyes de Presupuestos Generales de 2012 y ejercicios siguientes se incluirán las previsiones normativas necesarias para cumplimentar las recomendaciones incluidas en el Pacto de Toledo en relación con la protección por muerte y supervivencia. Nuevamente se ha perdido la oportunidad de culminar, de manera definitiva, la reclamada reformulación de las prestaciones de muerte y supervivencia, en especial la pensión de viudedad. En el mismo sentido se pronuncia VALENCIANO DEL RÍO, A., *op. cit.*, p. 130.

(36) Véase GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., *op. cit.*, p. 21 y ss.. También en este sentido se pronuncia la STSJ de Madrid de 10 de diciembre de 2010, *Aranzadi Social* 2011/152.

(37) Ponente Xavier González de Rivera i Serra.

compensatoria, que ésta se extinga por la muerte del causante; es decir, que si no se extinguiera no se tendría derecho a la pensión, lo que pone de manifiesto que, si no se tenía reconocida una pensión compensatoria, dado que no se puede extinguir aquello que no ha nacido, lógicamente no sería un requisito a cumplir».

VÁZQUEZ PRESENCIO, Fiscal de la Sección de lo civil de la Fiscalía de Málaga⁽³⁸⁾, también propugnaba una interpretación en parecido sentido, al amparo de la normativa introducida por la Ley 40/2007. En concreto, se apoyaba en la Sentencia de 28 de julio de 2008 del Juzgado de lo Social núm. 28 de Barcelona⁽³⁹⁾, seguida por otras posteriores, que señala la conveniencia, de acuerdo con el art. 3 CC, de llevar a cabo una interpretación que conduzca a un resultado que se adecue a los principios constitucionales. La condición para acceder a la pensión compensatoria no está referida a la percepción sino a su extinción. En concreto, lo que se exige es que si se está percibiendo la pensión compensatoria ésta se extinga al fallecimiento del causante.

Sin embargo, actualmente el art. 174.2 señala: «así mismo se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante». El legislador emplea el giro gramatical en presente «sean acreedoras», aunque no dice en qué momento, y después sigue haciendo referencia a «quedara» extinguida... en lugar de «quede» extinguida, como coherentemente debería afirmar⁽⁴⁰⁾. Parece que en la actualidad se exige que los separados o divorciados para tener derecho a pensión de viudedad sean acreedores de la pensión compensatoria en el momento de fallecimiento del causante y deberá quedar aquélla extinguida a la muerte del causante; aunque, como ya se ha apuntado, los legitimados para solicitarla serán los herederos del causante. En definitiva, se condiciona el acceso de la prestación a la existencia de una pensión compensatoria.

Con ello, se puede afirmar que la pensión de viudedad ha adoptado el fundamento de la pensión compensatoria: compensar el desequilibrio económico que, en este caso, produce la muerte del cónyuge o ex cónyuge, borrando todo rastro de necesidad⁽⁴¹⁾. Ello hará que proliferen las pensiones denominadas de complacencia en las que se pacta una pensión, sin intención de cobro, con la finalidad de permitir en su momento el acceso a la pensión

(38) VÁZQUEZ PRESENCIO, M.P., «Pensión de viudedad y pensión compensatoria, reforma del art. 174 LGSS», <www.icamalaga.es>.

(39) Ponente Carlos Escribano Vindel, dictada en autos núm. 329/08; en igual sentido, sentencia de 13 de febrero de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Bilbao, Ponente: Mónica González Fernández, lógicamente recurridas por el INSS.

(40) De todas formas, como expone LOUSADA AROCHENA, J.F., «Las pensiones de viudedad de cónyuges históricos tras las Leyes 40/2007, de 4 de diciembre, y 26/2009, de 23 de diciembre», *Aranzadi Social* 2/2010, p. 86, la especificación relativa a «quedara extinguida» delata la existencia de una pensión real, ya que, si ésta no existiese, no podría extinguirse.

(41) En este sentido, LOUSADA AROCHENA, J.F., *op. cit.*, p. 85, señala: «es meridianamente claro, después de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, que, además de los requisitos exigidos en el apartado anterior, que son comunes a la totalidad de las pensiones de viudedad, se establece en el art. 174.2 dos requisitos adicionales: ser acreedor de la pensión compensatoria extinguida por el fallecimiento del causante y no haber contraído nuevas nupcias o no haber constituido pareja de hecho».

de viudedad, salvo que otro cónyuge denuncie la situación amparándose en el art. 6.3 CC por fraude de ley.

Lo que queda claro es la limitación que se establece a la cuantía de la pensión y su carácter sustitutivo, señalando que «en el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última». Ello produce además «un efecto de ahorro importante en aquellos casos en que los beneficiarios no concurren con otros posibles, pudiendo no devengarse la pensión de viudedad en su totalidad, sino que puede que quede un remanente que será el que exceda de la pensión compensatoria»⁽⁴²⁾.

Además, no cabe renunciar a la pensión compensatoria que se está cobrando en el momento que fallezca el causante para percibir la pensión de viudedad, porque entonces la pensión no se extinguiría por fallecimiento del causante sino por renuncia.

Finalmente, se plantea qué sucederá en los supuestos de impago de pensión compensatoria. A mi juicio, esta situación no debe influir, por cuanto el art. 174.2 LGSS requiere la condición de acreedora, que no pierde por el hecho del impago⁽⁴³⁾.

B) Percepción de otros ingresos del causante por parte del ex cónyuge

Un problema que se plantea es si el separado o divorciado cuando fallece su ex cónyuge está percibiendo otros ingresos del causante que, aunque no sean en concepto de pensión compensatoria, podrían considerarse a efectos del reconocimiento de la pensión de viudedad. Porque si la pensión de viudedad se justifica en una situación de dependencia y se produce una ausencia de ingresos por fallecimiento del deudor ¿cabem otros supuestos distintos de la extinción de la pensión compensatoria por fallecimiento del causante?

La primera hipótesis que se puede contemplar es que se haya establecido pensión de alimentos a raíz de la separación judicial y no exista pensión compensatoria. Normalmente en la práctica se otorgan medidas provisionales estableciendo una cantidad mensual en concepto de alimentos, no permitiéndose en esta fase fijar pensión compensatoria. Si las medidas provisionales se elevan a definitivas en la sentencia de separación suele ser la causa de que no se haya fijado pensión compensatoria y sí pensión de alimentos. Lo cierto es que cuando fallece el deudor de la pensión de alimentos existe una situación de dependencia económica del cónyuge separado respecto del fallecido. Ello debería justificar la concesión de la pensión de viudedad y así se ha venido reconociendo por los Tribunales Superiores de Justicia, estimando pertinente «el derecho al percibo de la pensión de viudedad causada por el fallecimiento del esposo de la recurrente que venía percibiendo una

(42) En este sentido véase ARADILLA MARQUÉS, M.J., «Alcance de las últimas reformas en materia de prestaciones de la Seguridad Social (al hijo de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre)», *Actualidad laboral*, núm. 10, quincena 16 a 31 de mayo 2010, Editorial La Ley, 3483/2010.

(43) LOUSADA AROCHENA, J.F., *op. cit.*, pp. 87 y 88, en un sentido diverso, señala que aunque no se puede obligar al acreedor a acreditar el pago puntual de la pensión compensatoria durante toda su vigencia, si se combina la interpretación literal con la interpretación finalista es admisible exigir la concurrencia genérica de efectividad de la pensión compensatoria que no obligaría a acreditar su pago puntual durante toda su vigencia o durante un período temporal extenso anterior al fallecimiento del causante, pero sí excluiría supuestos donde ese pago nunca existió o fue prácticamente inexistente.

cantidad mensual en concepto de pensión de alimentos... porque dentro de las medidas provisionales otorgadas en su día y aprobadas judicialmente no cabe fijar pensión compensatoria, que solo procede en los casos de separación o divorcio; de ahí que posiblemente el hecho de no fijarla y sí establecer una pensión de alimentos pueda deberse a que la sentencia definitiva de separación se limitase a confirmar las medidas provisionales»⁽⁴⁴⁾. En definitiva, se pone de relieve la necesidad de no llevar a cabo una interpretación rigorista. En este sentido, el Auto del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2010⁽⁴⁵⁾ señala que de lo contrario se impediría «el acceso a la pensión de viudedad por no denominarse la pensión reconocida pensión compensatoria, cuando tal situación responde con toda seguridad a la mera ratificación de las medidas provisionales... dándose además la circunstancia de que tal pensión acredita una real situación de necesidad y no un mero desequilibrio económico como puede ocurrir con la pensión compensatoria. Llama la atención la referencia a criterios de necesidad cuando realmente este parámetro en la actualidad tiene un valor secundario⁽⁴⁶⁾. Cuestión distinta es si realmente debería o no tenerlo.

En otras ocasiones puede ocurrir que uno de los cónyuges se reserve el derecho a reclamar la pensión compensatoria en un procedimiento posterior, que lógicamente se tratará del divorcio, reconociéndose derecho de alimentos en la separación. Como señala el Tribunal Supremo⁽⁴⁷⁾, en este caso lo que ocurre es que el pacto sobre alimentos, si tiene lugar, puede ocultar el desequilibrio ya existente, el cual se va a poner de relieve con toda crudeza cuando se extinga dicho derecho. Por tanto, no se trata de que el desequilibrio se produce por la pérdida del derecho a los alimentos, sino que, existiendo ya en el momento de la separación, había quedado oculto por el pacto de alimentos.

Cuestión distinta es si en el convenio de separación o divorcio expresamente se ha renunciado a la pensión compensatoria, porque en estos casos no cabrá solicitar pensión de viudedad, salvo que la renuncia traiga causa en una situación de violencia de género, que se examinará seguidamente.

Otro supuesto que cabe plantearse es que se produzca un desequilibrio económico como consecuencia de la separación o el divorcio, pero que se solucione a través de medidas distintas de la pensión compensatoria. En estos casos los Tribunales en ocasiones han aceptado la concesión de la pensión de viudedad cuando la percepción de las cantidades que compensan el desequilibrio económico suponen una ayuda equivalente a la pensión compensatoria. Tal es el supuesto que resuelve el Auto del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2010⁽⁴⁸⁾ en el que se estima pertinente la concesión de una pensión de viudedad reclamada por el fallecimiento del cónyuge. Ambos cónyuges se habían separado en su día,

(44) En este sentido puede verse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, de 19 de febrero de 2009, R. 7/2009, la Sentencia del mismo Tribunal de 10 de marzo de 2010, R. 162/2010, y los Autos del Tribunal Supremo, ambos de 7 de octubre de 2010, Cendoj ATS 13124/2010 y ATS 14188/2010.

(45) Cendoj, ATS 1873/2010.

(46) Sin embargo, el Auto del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2010, Cendoj ATS 14445/2010, señala la intención de paliar mediante la pensión de viudedad la ausencia de ingresos que conlleva para el supérstite el fallecimiento del causante, finalidad que se cumple en mayor medida cuando se ha reconocido pensión de alimentos, que implica que el beneficiario está claramente necesitado.

(47) STS de 9 de febrero de 2010, Cendoj STS 292/2010.

(48) Cendoj, ATS 6110/2010.

estableciéndose en el convenio regulador que el uso del domicilio conyugal se atribuía a la esposa, si bien el marido se hacía cargo de todos los gastos de la vivienda, pudiendo continuar bajo el mismo techo hasta que encontrase otra vivienda. Cuando el marido fallece, seguía empadronado en el mismo domicilio, sin que pudiera determinarse un cambio de residencia por el mero hecho de que falleciera en un centro geriátrico. El Tribunal considera el abono de estos gastos como equivalente a la pensión compensatoria, teniendo en cuenta que la percepción de dicha cantidad se extinguió en el momento del fallecimiento del causante y reconoció a la actora la pensión de viudedad.

Lo que no se ha admitido como asimilable a la pensión compensatoria es la percepción de cantidades en concepto de «levantamiento de cargas familiares», rechazándose, en consecuencia, la concesión de una pensión de viudedad⁽⁴⁹⁾. Lo mismo sucede en los supuestos de concesión de pensiones de alimentos a los hijos menores o mayores de edad en las circunstancias del art. 93.2 CC⁽⁵⁰⁾. La razón estriba en la no existencia de pensión compensatoria, lo que puede llevar a resultados injustos. Téngase en cuenta que, en estos casos, se otorga además a la pensión compensatoria el valor de renta de sustitución de los ingresos que aportaba el fallecido para el sostenimiento de los hijos comunes, teniendo en cuenta que pueden existir hijos menores y que el ex cónyuge puede carecer de cualquier otro ingreso en el momento de la muerte del ex marido, porque no se valora si el solicitante tiene o no otros ingresos. En consecuencia, no se valora la incidencia que la muerte tiene en la pérdida de unos ingresos que podían percibir los hijos menores de edad en concepto de alimentos. La pensión compensatoria no tiene nada que ver con los alimentos de los hijos menores y, sin embargo, se plantea como renta de sustitución de los alimentos que aportaba el causante que, a partir del fallecimiento, serán de cargo del superviviente.

C) Pensión de viudedad y violencia de género

La Ley 26/2009 incorpora la cuestión de la violencia de género al régimen de viudedad «adecuando la norma a una realidad de conflicto entre agresor y víctima, en la que la mayor parte de las veces, esta última renuncia a mantener tras el divorcio, cualquier nexo o vínculo con el agresor»⁽⁵¹⁾.

Respecto de la pensión de viudedad que se otorga a las mujeres víctimas de violencia de género se han venido planteando diversas interpretaciones del texto en su aplicación práctica.

Una primera corriente estima que la pensión de viudedad en estos casos se otorga aunque no haya pensión compensatoria porque existe una presunción de renuncia a la misma por parte de la mujer maltratada. Se considera que para que sea beneficiaria de la pensión de viudedad no ha de haber sido nunca acreedora de la pensión compensatoria. De tal manera que si se fijó en su momento una pensión compensatoria y posteriormente se extinguió por cualquier causa no cabría pedir una pensión de viudedad. Así, la STSJ de Asturias, en

(49) Véase en este sentido el Auto del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2010, Cendoj ATS 1361/2010.

(50) En este sentido se manifiestan los Autos del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2010, Cendoj ATS 1873/2010, y de 23 de septiembre de 2010, Cendoj ATS 13082/2010.

(51) ARADILLA MARQUÉS, M.J., *op. cit.*, p. 8.

Sentencia de 11 de febrero de 2011⁽⁵²⁾, señala en un supuesto de violencia de género que «si la pensión compensatoria se extinguió por convivir maritalmente con otra persona, no tiene derecho a pensión de viudedad, porque la finalidad del precepto es conceder la pensión de viudedad a aquellas personas que no tengan concedida la pensión compensatoria porque hayan renunciado a la misma para poner fin a un matrimonio conflictivo».

Sin embargo, parece más correcta una segunda interpretación partiendo de que el precepto hace referencia a «en todo caso», de tal manera que, con independencia de la existencia de la pensión compensatoria, si se dan los requisitos legalmente establecidos, la mujer que ha sido víctima de violencia de género en el momento de la separación o el divorcio tiene derecho a una pensión de viudedad, aunque se hubiera fijado en su momento una pensión compensatoria y percibido posteriormente hasta su extinción por alguna de las causas establecidas legalmente. La norma no establece ninguna presunción de renuncia sino tan sólo el presupuesto de que «en todo caso» se tiene derecho a pensión de viudedad, y ello con independencia de la cuantía de la pensión compensatoria, dada la intrascendencia para la fijación del derecho. Incluso, aunque hipotéticamente fuera deudora de la pensión compensatoria.

Finalmente, cabe destacar que los criterios que la norma exige para acreditar la situación de violencia de género son muy amplios:

- a) sentencia firme o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento;
- b) orden de protección dictada a favor de la mujer o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género;
- c) cualquier otro medio de prueba admitido en derecho. Esta última cláusula «permite que, en el juicio social de viudedad, se pueda acreditar la situación de violencia de género al margen de la existencia de actuaciones penales sin que, dada la aceptación legal expresa de la posibilidad, se pueda objetar un retardo en la denuncia de la situación»⁽⁵³⁾.

(52) JUR 2011/115561.

(53) Así lo expone LOUSADA AROCHENA, J.F., *op. cit.*, p. 87. También puede verse la STS de 21 de diciembre de 2010, Cendoj STS 7628/2010, en la que se aportan las subvenciones a la empresa que facilitó la inserción sociolaboral de una mujer víctima de violencia de género y la incorporación de la misma al programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

EL DERECHO DE LOS NIETOS A MANTENER RELACIONES PERSONALES CON SUS ABUELOS (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE OCTUBRE DE 2011)*

CRISTINA GUILARTE MARTÍN-CALERO

*Profesora Titular de Derecho civil
Coordinadora del Grupo de Investigación Protección Jurídica de la Familia
Universidad de Valladolid*

RESUMEN

El derecho de los nietos a mantener relaciones personales con sus abuelos (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011)

En los últimos años, se han multiplicado las demandas entabladas por los abuelos solicitando, en aplicación del artículo 160 del Código civil, el establecimiento de un régimen de comunicación y estancia que les permita relacionarse con sus nietos, ante la oposición de los padres, que dificultan o impiden los contactos de éstos con aquéllos. Todas las situaciones tienen un denominador común, un conflicto personal intenso, persistente y, en apariencia, irresoluble que determina la falta de relación abuelos/nietos, variando las circunstancias propias de cada caso, y siendo la más frecuente el fallecimiento de uno de los progenitores, seguida de los desencuentros padres/hijos y, por último, las rupturas de la convivencia. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones al respecto y en la última, el 20 de octubre de 2011, se mantiene la línea jurisprudencial que no considera la existencia de un conflicto familiar intenso y persistente justa causa para impedir aquellas relaciones que se presumen favorables para el menor, cuyo interés es el criterio rector de la decisión judicial.

ABSTRACT

The right of grandchildren to keep personal relationships with their grandparents (concerning the Sentence of the High Court of October 20th 2011)

In the last years, the lawsuits started by grandparents have increased significantly, in application of the article 160 of the Civil Code, the establishment of a communication and stay regime that allows them to maintain good contact with their grandchildren, against their parents position, who either hinder or prevent them from contacting those. All the situations have a common denominator, an intense, persistent and, apparently, non solvable personal conflict that determines the lack of relationship grandparents / grandchildren, where the circumstances of each case vary, being the most frequent the death of one of the progenitors, followed by the misunderstanding parents / children and, lastly, the breaking up of living together. The High Court has declared in several occasions on the matter and the last one, October 20th 2011, they maintain the jurisprudential line in which they consider that an intense and persistent family conflict is not a fair cause to impede those relationships that are considered to be favourable for the minor, whose interest is the rector approach of the judicial decision.

* El presente trabajo, que se ha realizado en el marco de los proyectos de investigación financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación *Propuestas de Reforma del Derecho de Familia español* (Der 2009-09159) y *Tutela jurisdiccional de la víctima de la violencia de género: análisis y propuestas* (Der 2009-10749), se corresponde, parcialmente, con mi intervención en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho de Familia, *The solidarities between the generations*, celebrado en Lyon, Francia, los días 19 a 23 de julio de 2011.

Palabras Clave: Abuelos, nietos, justa causa, interés del menor, régimen de comunicación y estancia.

Key Words: Grandparents, grandchildren, fair lawsuit, the minor's interest, communication and stay regime.

SUMARIO

- I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS.
 - II. EL ORIGEN DEL CONFLICTO: LA OPOSICIÓN Y LA JUSTA CAUSA.
 - III. LA EXTENSIÓN Y LOS LÍMITES DEL DERECHO DE RELACIÓN PERSONAL DE LOS ABUELOS CON SUS NIETOS.
 - IV. CONCLUSIÓN FINAL.
 - V. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.
-

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS

Cuando no existe conflicto familiar o, aun existiendo, si éste no afecta al mantenimiento de las relaciones entre sus distintos miembros, la participación de los abuelos en la vida de sus nietos se canaliza a través de sus propios hijos, que son los que deciden en qué forma y con qué alcance los ascendientes participan en la dinámica familiar. Un reciente estudio publicado en nuestro país pone de relieve la labor palpable y directa de los abuelos en el cuidado de sus nietos y cómo este apoyo, que repercute en las condiciones materiales y económicas de las familias, se ha incrementado en los últimos años, a la luz de los nuevos modelos familiares y de las dificultades para conciliar la vida familiar y laboral de los padres y, sobre todo, de las madres, en un país en el que el empleo parcial es menos frecuente que en el resto de la Unión Europea; los abuelos, por tanto, participan, y mucho, en el desenvolvimiento diario de las familias con hijos menores y una vez más la causa determinante del cambio sociológico familiar es la incorporación de la mujer al mercado laboral⁽¹⁾. Con frecuencia, las sentencias de nulidad, separación y divorcio se hacen eco de esta realidad y en sus fallos reconocen el apoyo «logístico» de los abuelos en la dinámica diaria de la familia afectada por la ruptura⁽²⁾.

(1) Vid. MEGÍAS QUIRÓS/BALLESTEROS GUERRA, *Abuelos y Abuelas... para todo: percepciones en torno a la educación y el cuidado de los nietos*, FAD, 2011, p. 27.

(2) Son numerosas las sentencias de separación y divorcio que reconocen a los abuelos un papel fundamental en la organización diaria de la vida de los menores postruypura [SAP Coruña (5.ª), de 19 de julio de 2011; SAP Gijón (7.ª), de 19 de julio de 2011; SAP Madrid (24.ª), 30 de junio de 2011; SAP Granada (5.ª), de 17 de junio de 2011; SAP Santa Cruz de Tenerife (1.ª), de 6 de junio de 2011; SAP Madrid (22.ª), de 24 de mayo de 2011; SAP Ourense (1.ª), de 23 de febrero de 2011]; particularmente, se les faculta para recoger y entregar a los menores en los cambios del régimen de comunicación y estancia [SAP Barcelona (12.ª) de 5 de junio de 2009; SAP Murcia (5.ª) de 18 de octubre de 2011; SAP Madrid (22.ª) de 23 de septiembre de 2011; SAP Almería (2.ª) de 4 de julio 2011; SAP Coruña (5.ª) de 22

Ahora bien, en caso de disfunciones producidas por una conflictiva ruptura convivencial de los progenitores, por el fallecimiento de alguno de ellos o, simplemente, por el incumplimiento pertinaz de las obligaciones paterno-filiales, la intervención de los abuelos en la vida de sus nietos puede venir determinada por la autoridad judicial. En este sentido, el Código civil recoge, entre las medidas que puede adoptar el juez una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, la atribución de la guarda y cuidado de los menores a sus abuelos, en situaciones excepcionales, tales como incapacidad o imposibilidad de los dos progenitores (art. 103.1.^a Cc, art. 234.5.^o Cc) y expresamente, en el segundo párrafo del artículo 160 Cc, reconoce el derecho del hijo a mantener relaciones personales con sus abuelos, que no podrá impedirse *sin justa causa*.

Este derecho se introduce por vez primera y con carácter general para los parientes en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio que establecía, de forma parecida a la Ley francesa de 4 de mayo de 1970, en el antiguo artículo 161 Cc, el derecho del hijo a mantener relaciones personales «con otros parientes o allegados», sin aludir, pues, a los abuelos, cuya figura no se consagra expresamente hasta la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. Hasta este momento, en el Derecho español, se reconocía, por tanto, con carácter general, el derecho de los parientes y allegados a mantener relaciones personales con el menor y, aun sin ser expresamente aludidos, es forzoso reconocer que los abuelos han sido quienes han hecho uso de este precepto cuando el titular de la patria potestad único, por fallecimiento del otro progenitor, obstaculizaba o impedía las relaciones de aquéllos con sus nietos (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994, 11 de junio de 1996, 28 de junio de 2004).

El legislador de 2003 consideró exigua e insuficiente esta alusión genérica a los parientes y allegados que no pone de manifiesto la importancia de las relaciones de los abuelos con sus nietos ni su papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en familia. En este sentido, esta ley perseguía, según recoge su Exposición de Motivos, un doble objetivo:

- a) Singularizar de forma explícita y reforzada el régimen de relaciones entre los abuelos y los nietos (ruptura familiar o fallecimiento/ausencia), dando nueva redacción al segundo y tercer párrafo del artículo 160 del Código civil:

de noviembre de 2011; SAP Madrid (22.^a) de 30 de enero de 2012; SAP Zaragoza (2.^a) de 14 de febrero de 2012; SAP Rioja (1.^a) de 12 de abril de 2012; SAP Madrid (22.^a) de 16 de abril de 2012], labor encomendada con carácter principal y de manera expresa, en los casos más conflictivos, aquéllos en los que existe violencia de género y se ha dictado una medida de protección que prohíbe al padre comunicar o acercarse a la madre [SAP Madrid (24.^a) de 11 de enero de 2007; SAP Madrid (24.^a) de 5 de marzo de 2007]. En todo caso, y aunque no haya pronunciamiento judicial, tal y como establece la SAP Zamora (1.^a) de 10 de noviembre de 2011, «la finalidad tuitiva derivada del deber de velar por los hijos comprendido entre los enumerados en el artículo 154 de Código Civil no se ve infringido por el hecho de que uno de los titulares —en este caso el padre— delegue en su madre o en otro familiar para actos puntuales como recoger a la niña, si por razones justificadas pudiera realizar tal tarea. La vida cotidiana está llena de ejemplos en los que cuando la madre o el padre no pueden llevar o recoger al o los menores de centros escolares, deportivos etc. delegan con carácter habitual en terceras personas para realizar esos trabajos, sin que ello suponga una dejación de los deberes derivados de la patria potestad. Ciertamente, si esa sustitución fuera habitual y además a ella se añadiera que el padre tampoco tuviera consigo a la menor sino que la dejara a cargo de la abuela, estaríamos en presencia de un incumplimiento del deber de custodia que no sería permisible».

«No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no facultan la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores».

- b) Atribuir una función relevante a los abuelos en el caso de dejación de los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad, de manera que, entre las medidas que el juez puede adoptar en el procedimiento de nulidad, separación y divorcio, se encuentra, como ya se ha visto, la posibilidad de encomendar, con carácter excepcional, a los abuelos la custodia del menor⁽³⁾.

Además, la Ley 42/2003 introduce la posibilidad, duramente criticada por la doctrina, de fijar un régimen de comunicación y estancia para los abuelos en el convenio regulador en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio de mutuo acuerdo [art. 90.b) del Código civil] y por la autoridad judicial en las sentencias de nulidad, separación y divorcio (art. 94 del Código civil), al presumir el legislador que los abuelos podrán contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno, neutralizando los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis [SAP Madrid (22.^a) de 27 de mayo de 2011].

Dejando a un lado la posibilidad de articular y concretar este derecho de los menores a mantener relaciones personales con sus ascendientes en un régimen de comunicación y estancia fijado en un procedimiento convencional (artículo 90 Cc) o contencioso (artículo 94 Cc) de separación o divorcio, poco habitual⁽⁴⁾ e incluso improcedente⁽⁵⁾, es obligado detenerse en la vertiente sustantiva y procesal más frecuente, cual es la reclamación de los abuelos frente a los dos titulares de la patria potestad, en caso de conflicto personal entre unos y otros, y la reclamación de los abuelos frente al titular único de la patria potestad, en caso de fallecimiento del descendiente de los demandantes. En los dos casos, existen pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo español que establecen, con claridad, criterios interpretativos de la cláusula abierta «sin justa causa» utilizada en el artículo 160 Cc, que, en el Derecho francés, ha sido sustituida, acertadamente, por el principio general del interés del menor, de manera que hoy el Code funda las relaciones personales de los nietos con sus abuelos en la presunción *iuris tantum* de ser favorable para aquéllos mantener relaciones personales con éstos⁽⁶⁾; igualmente, la justa causa del

(3) La novedad radica en el procedimiento en el que puede adoptarse la medida (nulidad, separación o divorcio) y no en la medida misma, que ya podía ser acordada a tenor de lo dispuesto en el artículo 234 del Código civil.

(4) Existen pronunciamientos aislados, así en SAP Girona (1.^a) de 26 de enero de 2010 se atribuye, en medidas provisionales, la guarda y custodia a los abuelos paternos.

(5) No se puede fijar un régimen de comunicación y estancia a favor de los abuelos en un procedimiento de modificación de medidas (SAP Asturias, de 5 de marzo de 2009; SAP Madrid (24.^a), 17 de febrero de 2011); tampoco en un juicio sobre guarda, custodia, alimentos y régimen de visitas (SAP Las Palmas de Gran Canaria de 11 de julio de 2007).

(6) *Vid. ampliamente*, GOUTTENNOIRE, A., «Le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents», *A.J.Famille*, núm. 4, 2008, p. 138.

artículo 160 del Código civil deberá analizarse, sin duda alguna, a la luz del principio del interés del menor.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en varias ocasiones y siempre ha sido favorable al establecimiento de un régimen de comunicación y estancia a favor de los abuelos en los supuestos de fallecimiento de su descendiente, titular de la patria potestad⁽⁷⁾. La sentencia dictada por el Alto Tribunal el 20 de octubre de 2011 mantiene la línea favorable al reconocimiento de este derecho de los nietos, si bien, en este caso, el origen del conflicto no radica en el fallecimiento del titular de la patria potestad, sino en su deliberada voluntad de impedir las relaciones personales de sus hijos con sus padres, en este caso, su madre; además, debe tenerse muy presente que, el 11 de mayo de este mismo año, el Tribunal Supremo fija los criterios que deben guiar la decisión judicial a la hora de establecer la extensión y los límites de este derecho a mantener relaciones personales de los menores con sus abuelos y otros parientes y allegados reconocido en el artículo 160 del Código civil.

Existen dos aspectos relevantes a la hora de reconocer el derecho del menor a mantener relaciones con sus abuelos y otros parientes y allegados: a) el origen del conflicto: la oposición y la causa justa para su denegación, y b) la extensión y límites del derecho de relación personal abuelos-nietos.

II. EL ORIGEN DEL CONFLICTO: LA OPOSICIÓN Y LA JUSTA CAUSA

Si los abuelos participan en la vida de sus nietos en situaciones de armonía familiar, sobrevenida la ruptura cada progenitor deberá canalizar las relaciones personales de la prole con los abuelos en los tiempos y en la forma compatible con su propio régimen de comunicación y estancia y/o custodia⁽⁸⁾. No parece adecuado recurrir a los expedientes previstos por la ley en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio (convenio regulador o sentencia) para reconocer el derecho del menor a relacionarse con sus abuelos y concretar un régimen de comunicación entre ellos y, sin embargo, el legislador de 2003 puso especial énfasis en regular esta posibilidad que no responde a una especial demanda social y que, sin duda, complica la ya difícil y conflictiva cuestión de las decisiones relativas a los hijos menores en situaciones de ruptura. Es, a mi entender, más adecuada la propuesta legal que ventila a través del juicio verbal la demanda «que pretenda la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código civil» (art. 250.13.º LEC). En estos casos el juicio verbal se sustanciará con las peculiaridades dispuestas en el Capítulo I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (art. 748 y ss. LEC) y, únicamente, se ejercerá si existe una obstaculización, impedimento o dificultad por parte de uno o de ambos progenitores,

(7) E incluso en la reciente STS de 10 de febrero de 2012 se desestima el recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (22.ª) que atribuye la guarda a los abuelos de la madre fallecida y establece un régimen de comunicación y estancia progresivo para el padre hasta la completa normalización de las relaciones de éste con su hija.

(8) Así lo recoge expresamente la SAP Madrid (22.ª) de 20 de enero de 2012.

al mantenimiento de las relaciones personales de los hijos menores con sus abuelos ⁽⁹⁾. En este sentido, debe recordarse que la intención del legislador es establecer un régimen de comunicación y estancia de los nietos con sus abuelos en aquellos casos en los que éstos no puedan relacionarse con aquéllos a través de los progenitores, pero en ningún caso se ha previsto que cada uno de sus abuelos o parientes o allegados mantenga un régimen de visitas distinto y paralelo al de los propios progenitores cuando las relaciones familiares aparecen plenamente normalizadas [SAP Málaga (6.^a) de 3 de febrero de 2011; SAP Cádiz (5.^a) de 23 de marzo de 2011].

Pues bien, se acoge en el artículo 160 la convicción profunda de que las relaciones del menor con sus abuelos son beneficiosas y quienes sostienen que no lo son —los titulares de la patria potestad— deberán probar la existencia de una causa o motivo gravemente perjudicial para el desarrollo equilibrado del menor. Fundada sobre el parentesco (SSTS de 11 de junio de 1996 y de 27 de julio de 2009)⁽¹⁰⁾, la relación personal de los abuelos con sus nietos es gratificante y «enriquecedora» (STS de 20 de septiembre de 2002), «inserta beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo» (STS de 11 de junio de 1996) y, además, no debe olvidarse «el legítimo derecho de los abuelos a tener un estrecho contacto personal con quien les une una relación de parentesco tan próximo que justifica un especial afecto» (STS de 27 de julio de 2009). Así las cosas, se puede intuir con facilidad que la controversia tendrá siempre su origen en un conflicto grave entre los titulares de la patria potestad y los titulares del derecho reconocido en el artículo 160, manifestado en una falta de relaciones personales entre ellos que conduce inexorablemente a la exclusión de los abuelos de la vida de sus nietos; por tanto, y a la vista de las decisiones jurisprudenciales recaídas en esta materia, esta falta de relación puede obedecer a:

- a) La voluntad expresa de los dos titulares de la patria potestad de impedir cualquier relación de sus hijos con sus abuelos maternos o paternos; existe, pues, un conflicto familiar no resuelto entre los abuelos y su hijo/a titular de la patria potestad.
- b) La voluntad expresa del titular único de la patria potestad de impedir las relaciones de sus hijos menores con los padres del progenitor fallecido, privado de la patria potestad o del régimen de comunicación y estancia.

Los titulares de la patria potestad no pueden impedir las relaciones personales de los menores con sus abuelos, salvo si consideran que existe una justa causa que, interpretada

(9) En la SAP Lugo (2.^a) de 11 de abril de 2012 no existe un conflicto entre titulares de la patria potestad y abuelos, parientes o allegados que abra la vía del art. 160.2 Cc sino una decisión administrativa acordando la suspensión del derecho de los padres a relacionarse con sus hijos y la prohibición de cualquier otra relación entre los menores y otros parientes y allegados; la Audiencia, sin embargo, reconoce el derecho de la tía a relacionarse con sus sobrinos pero considera contrario al interés de los menores el establecimiento de un régimen de comunicación y estancia que pondría en serio peligro la integración de los menores en su familia preadoptiva, al estar plenamente probada la inaptitud de los padres biológicos para ejercer la patria potestad. A mi juicio, falta el presupuesto para el ejercicio de la acción, cual es una oposición de los titulares de la patria potestad a las relaciones personales de sus hijos con la familia extensa; aquí el impedimento lo constituye una Resolución administrativa que veda el establecimiento de relaciones personales de los menores con su familia de origen.

(10) La SAP Málaga (6.^a) de 1 de diciembre de 2011 reconoce como titular del régimen de visitas fijado en beneficio de la abuela al marido de ésta por considerarle allegado con cierto grado de vínculo afectivo con el menor y ante la imposibilidad, dada su situación en la familia, de fijarle un régimen distinto.

con arreglo al principio del interés del menor, aconseje la exclusión de los abuelos de la dinámica familiar. En este sentido, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011 advierte la obligación de analizar la justa causa desde esta perspectiva y de no atender a otros intereses:

«Esta Sala no puede entrar a determinar si la prueba ha sido o no bien valorada, ya que solo se ha formulado recurso de casación; sin embargo, sí puede valorar si la causa justificadora de la negativa al reconocimiento del derecho de visitas a la abuela recurrente es constitutiva o no de justa causa para eliminar este derecho. Y a la vista de ello, debe concluirse que en la valoración de los hechos probados, la sentencia recurrida ha tenido en cuenta, no el interés del menor, sino el del padre de los menores. Para llegar a esta conclusión debe utilizarse nuestra jurisprudencia más reciente. Así, por ejemplo, la STS 576/2009 decía “Que las relaciones entre el padre y los parientes de su mujer no deben influir en la concesión del régimen de visitas (S. 20 de septiembre de 2002 , núm. 858)”; la STS 858/2002, de 20 septiembre consideró que no constituía justa causa para la denegación de las visitas de los abuelos a los nietos la animadversión del padre hacia la familia de la madre ya fallecida, ni la influencia hipotética que los abuelos pudieran tener sobre sus nietos. Por todo lo anterior, hay que concluir que en la sentencia recurrida no se ha tenido en cuenta lo que constituye el verdadero núcleo de la cuestión, es decir, el interés del menor, porque la causa alegada solo de manera indirecta e hipotética puede afectar a los menores. Procede, en consecuencia, reconocer el derecho del nieto a relacionarse con su abuela, ahora recurrente».

Extremo en el que ya insistía la importante sentencia de 27 de julio de 2009 al fijar que «rige en esta materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor»; criterio prevalente sobre el que descansa la concesión o denegación del régimen relacional de los abuelos con sus descendientes.

En todas las decisiones jurisprudenciales consultadas⁽¹¹⁾ existe un denominador común, un conflicto personal intenso, persistente y, en apariencia, irresoluble que determina la falta de relación abuelos/nietos, variando las circunstancias propias de cada caso y siendo la más frecuente el fallecimiento de uno de los progenitores, seguida de los desencuentros padres/hijos y, por último, las rupturas de la convivencia; a este respecto, es conveniente volver a insistir en que el legislador reconoce este derecho de relación de forma autónoma o con sustantividad propia sólo para aquellos supuestos en los que existe una dificultad, obstaculización o impedimento por parte de los titulares de la patria potestad, de manera que, *ab initio*, deberá probarse este extremo y no deberá fijarse un régimen de comunicación y estancia a los abuelos si, en situaciones de crisis convivencial, la intensidad de los contactos con los descendientes disminuye, no por una actitud rebelde en los titulares de la patria potestad, sino como consecuencia de la nueva organización familiar tras la ruptura (atribución de custodia y régimen de comunicación y estancia). El Código civil es muy claro cuando establece que «en caso de oposición» el juez, a petición del menor o de los abuelos, «resolverá atendidas las circunstancias». Por tanto, sólo cuando se impidan las

(11) Sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en 2010, 2011 y parte de 2012.

relaciones personales y afectivas de los menores con sus ascendientes procederá el juez a fijar un régimen de comunicación y estancia⁽¹²⁾.

Otra cuestión que se suscita en relación con la negación del derecho a mantener relaciones personales de los menores con sus abuelos es la posibilidad de que la actitud obstaculizadora provenga de los abuelos y sean los titulares de la patria potestad quienes pretendan, en representación de su hijo, fijar un régimen de comunicación y estancia; posibilidad admitida en la doctrina española⁽¹³⁾ y que, a mi juicio, es inviable, pues en nada beneficiaría al menor el mantenimiento obligado de una relación personal impuesta. Esta es la posición del Código civil cuando reconoce como legitimados para instar la acción al propio menor, a los abuelos, a los parientes o a los allegados. No hay duda de que la oposición sólo puede venir de los titulares de la patria potestad o de los representantes legales de los menores que, en el ejercicio de las funciones parentales o tutelares, deciden restringir o suprimir las relaciones de los menores con su familia extensa; actuación que sólo será refrendada por la autoridad judicial si existe un motivo o causa grave que aconseje, en interés del menor, aquella restricción o supresión.

Constatada, entonces, la existencia de oposición por parte de los titulares de la patria potestad o por quienes, en su caso, ostenten la representación legal de los menores, la autoridad judicial debe valorar, desde el prisma del interés del menor, si los motivos que fundan la oposición constituyen justa causa o no. Como ya se señaló, es causa prácticamente común a todos los litigios la existencia de un conflicto intrafamiliar que determina la ausencia o la tensión en las relaciones personales entre los miembros y en aquel conflicto fundan la oposición y lo elevan a justa causa. La jurisprudencia ha perfilado algunos criterios de interpretación del principio del interés del menor en estos supuestos que resultan de mucha utilidad, si bien el interés del menor exige su correcta ponderación y adecuación a las circunstancias del caso concreto.

Así, tal y como sintetiza la ya citada Sentencia de 20 de octubre de 2011, «la complejidad de las relaciones entre familiares se evidencia en los asuntos referidos a las relaciones entre parientes más alejados que los progenitores, que pueden verse impedidos de una normal relación con sus descendientes o ascendientes. Esta Sala ha tenido que manifestarse a favor de estas relaciones en sentencias en las que se pone de relieve la necesidad de

(12) Considera el Juzgador que no existe oposición del titular de la patria potestad y, en consecuencia, desestima la demanda de los abuelos la SAP Almería (2.ª) de 4 de julio de 2011; en este caso, los abuelos paternos participan activamente en la vida de sus nietos a través del régimen de comunicación y estancia señalado al padre de los nietos. Tampoco considera que existe oposición, y sí ausencia de vínculo afectivo entre la menor y, en este caso, su tía, la SAP Burgos (2.ª) de 30 de junio de 2011. Existen, sin embargo, pronunciamientos en sentido contrario al mantenido en el texto que reconocen un régimen de comunicación y estancia a los abuelos a pesar de no existir una oposición de los titulares de la patria potestad y la posibilidad de relacionarse con sus nietos en los periodos fijados en la sentencia para el progenitor-hijo del abuelo demandante; concretamente, la SAP León (1.ª) de 1 de junio de 2011 sostiene que «la jurisprudencia existente sobre la materia no condiciona el derecho de visitas de los abuelos a ningún requisito especial» y confirma la sentencia apelada que reconocía el derecho de la abuela a relacionarse con su nieta de forma autónoma e independiente del régimen de comunicación y estancia fijado a favor del padre y sin que existiera, por tanto, oposición de ninguno de los titulares de la patria potestad [en el mismo sentido, SAP Baleares (4.ª) de 20 de septiembre de 2011; SAP Cádiz (5.ª) de 11 de julio de 2011].

(13) *Vid.*, por todos, G. GARCÍA CANTERO, *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2004, p. 132.

este tipo de contactos. Así, por ejemplo, la STS 858/2002, de 20 septiembre, recoge una parte del informe del Ministerio fiscal que dice que “[...]en esta clase de reclamaciones, resulta de todo punto improcedente, en aras al carácter de las relaciones familiares y la naturaleza predominantemente ético de las instituciones del Derecho de familia, donde debe primar el interés social sobre el individual” (asimismo, STS 576/2009, de 27 julio). Esta norma y la interpretación jurisprudencial derivan de lo establecido en el Art. 8.1 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, que establece que “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos [...] las relaciones familiares de conformidad con la ley [...]”. De acuerdo con ello, esta Sala en su jurisprudencia, parte de la regla de que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores, sea porque se hayan separado, sea porque, como ocurre en el presente caso, las relaciones sea inexistentes aunque se mantienen los vínculos entre los progenitores. Esta es la línea que preside la resolución de los casos planteados en las SSTS 576/2009, de 27 julio, 632/2004, de 28 junio; 904/2005, de 11 noviembre, y 858/2002 de 20 septiembre».

Por tanto, y en principio, el conflicto familiar que enfrenta a los titulares de la patria potestad con sus ascendientes no constituye *per se* justa causa; será preciso, entonces, analizar las consecuencias que sobre el menor puede tener el mantenimiento de una relación contraria a la voluntad de sus progenitores, posible origen de desencuentros, de tensiones y de conflicto de lealtades. En definitiva, si es obligación de los titulares de la patria potestad ejercer la patria potestad «en beneficio de los hijos» (artículo 154 Cc) y si la relación con la familia extensa, y más concretamente con sus abuelos, se considera beneficiosa para el menor, deberán los padres probar por qué en este caso concreto no lo es.

La posición de la jurisprudencia en esta materia puede calificarse de prudente y, si bien es cierto que, en principio, la falta de relación o la relación tensa e incluso hostil no determinan la negativa del juzgador, la realidad demuestra que el grado de conflicto o las razones para la falta de relación influyen decisivamente en la decisión última que niega el derecho a relacionarse con los abuelos o que adapta el régimen de comunicación a una situación de conflicto entre las partes, tal y como ocurre en los litigios de guarda y custodia (art. 94 Cc). Debe distinguirse:

a) En supuestos de fallecimiento o suspensión del régimen de comunicación y estancia de uno de los titulares de la patria potestad:

En estos casos, puede apreciarse una línea favorable al mantenimiento de la relación personal de los abuelos con sus nietos en todos aquellos supuestos en los que ésta no puede tener lugar a través del padre/madre, bien porque ha fallecido o bien porque ha sido suspendido el correspondiente régimen de comunicación y estancia o es de imposible cumplimiento (progenitor en régimen de privación de libertad o «ausente» en su relación paterno-filial). Así se ha mantenido, desde sus primeros pronunciamientos (STS de 7 de abril de 1994, 11 de junio de 1996, 28 de junio de 2004), por el Tribunal Supremo que, en Sentencia de 27 de julio de 2009, sintetiza con claridad la posición del Alto Tribunal:

«La jurisprudencia actual (e incluso ya existente al tiempo de formularse el recurso) tiene declarado:

- a) Que las relaciones entre el padre y los parientes de su mujer no deben influir en la concesión del régimen de visitas (S. 20 de septiembre de 2002, núm. 858).
- b) “Los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular y, sin perjuicio de tener en cuenta las circunstancias específicas del supuesto que determinan que aquélla pueda presentarse con múltiples aspectos y matices, en principio no cabe reducir la relación personal a un mero contacto durante un breve tiempo como pretende la parte recurrente, y nada impide que pueda comprender «pernoctar en casa o pasar una temporada con los mismos..., sin que en absoluto se perturbe el ejercicio de la patria potestad con el establecimiento de breves periodos regulares de convivencia de los nietos con los abuelos” (S. 28 de junio de 2004, núm. 632).
- c) Rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor (S. 28 de junio de 2004), sin que en el supuesto que se enjuició se aprecien circunstancias que justifiquen una reducción del régimen de visitas en el sentido pretendido por el padre. Además, si la relación del nieto con los abuelos es siempre enriquecedora (S. 20 de septiembre de 2002), por otro lado no cabe desconocer el legítimo derecho de los abuelos a tener un estrecho contacto personal con quien les une una relación de parentesco tan próximo que justifica un especial afecto. Y todo ello debe entenderse sin perjuicio de tomar en cuenta la voluntad del menor que deberá ser oído al respecto, y que habrán de hacerse en su caso los apercibimientos oportunos con posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas, como señala la Sentencia de 20 de septiembre de 2002, cuando se advierte en los abuelos una influencia sobre el nieto de animadversión hacia la persona del padre».

Esta línea favorable se mantiene en las decisiones de los tribunales de instancia que, en la práctica totalidad de las decisiones consultadas, han reconocido mayoritariamente el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos en los casos de fallecimiento de uno de los titulares de la patria potestad⁽¹⁴⁾, denegándolo, únicamente, en los casos en los que el grado de conflictividad trasciende los límites razonables, roza la violencia y afecta negativamente al menor que se opone a mantener relaciones personales con sus abuelos⁽¹⁵⁾.

Misma línea se mantiene en los casos de suspensión del régimen de comunicación y estancia al progenitor, hijo de los demandantes, que posibilita la fijación para los abuelos de un régimen relacional autónomo y con sustantividad propia⁽¹⁶⁾; en estos casos, el juez debe establecer las cautelas precisas para evitar que este espacio de relación abuelos-nietos permita eludir la suspensión del régimen de comunicación y estancia del progenitor afec-

(14) Cfr. SAP Pontevedra (3.ª) de 25 de octubre de 2011; SAP Madrid (24.ª) de 24 de junio de 2011; SAP Santa Cruz de Tenerife (1.ª) de 5 de mayo de 2011.

(15) SAP Cádiz (5.ª) de 22 de septiembre de 2011; SAP Alicante (6.ª) de 28 de junio de 2011. La SAP Alicante (6.ª) de 11 de enero de 2012 pone fin al régimen establecido en una resolución judicial previa, al considerar justa causa la voluntad consciente y formada del nieto de 14 años que manifiesta su oposición a la continuación del régimen de comunicación y estancia con su abuela, cumplido puntualmente desde los 10 años hasta la fecha.

(16) En distintos pronunciamientos en los que se suspende al progenitor el régimen de comunicación y estancia con sus hijos menores, advierte el juzgador a los abuelos del derecho a mantener relaciones personales con sus nietos reconocido en el artículo 160 Cc [SAP Coruña (5.ª) de 1 de julio de 2011; SAP Logroño (1.ª) de 30 de junio 2011].

tado⁽¹⁷⁾. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos de violencia de género; si existe una orden de alejamiento y una prohibición de comunicar con la madre y los hijos, se habrá optado, asimismo, por suspender el ejercicio de la patria potestad y el régimen de comunicación y estancia⁽¹⁸⁾; prohibición que se hará extensiva a los momentos en los que sus hijos se encuentren con sus abuelos, pues de lo contrario podrá el juez suspender o limitar, igualmente, el régimen reconocido a los abuelos. Así lo establece con claridad el último inciso del artículo 160 al imponer al juez la obligación de asegurar que las medidas adoptadas «no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores».

b) Conflicto entre los abuelos y ambos titulares de la patria potestad:

Cuestión más controvertida es la decisión firme de los titulares de la patria potestad de impedir las relaciones personales de sus hijos con sus abuelos como consecuencia de un conflicto que los mantiene enfrentados entre sí; en estos casos, las decisiones varían en función del origen del conflicto, de la intensidad del mismo y de su incidencia en el menor, aunque puede concluirse que mayoritariamente se inclinan por un reconocimiento del derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, si bien limitado en cuanto al tiempo, el lugar, y supervisado por especialistas.

Es práctica habitual en situaciones de conflicto familiar fijar un régimen progresivo de comunicación y estancia que permita la normalización de las relaciones parentales bajo supervisión de especialistas y la fiscalización del juez. Se trata de una medida preventiva que permite decretar, en función del resultado del seguimiento técnico y si el interés del menor lo exige, la fijación de un régimen más amplio o, por el contrario, la suspensión radical de todo contacto de los abuelos con el menor⁽¹⁹⁾. En otros casos, los menos, se considera justa causa la oposición de los titulares de la patria potestad a la relación personal con los abuelos si el conflicto es debido a una falta de relación imputable al abuelo demandante⁽²⁰⁾ o si el conflicto pone en grave riesgo la estabilidad emocional del menor⁽²¹⁾.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en la ya citada sentencia de 20 de octubre de 2011, en un caso de conflicto entre la abuela y los dos titulares de la patria potestad, concluye que, en la decisión de la instancia, se ha atendido a elementos ajenos a la relación abuelos-nietos y se ha tenido en cuenta, para la denegación, no el interés del menor, sino el de su padre y, en consecuencia, casa la sentencia y reconoce el derecho de la abuela a mantener relaciones personales con sus nietos, de acuerdo con el régimen fijado en la propia sen-

(17) En la SAP Alicante (6.ª) de 28 de junio de 2011 se conjura el peligro de infracción por el padre de la resolución judicial que suspende su régimen de comunicación y estancia estableciendo un régimen de relación exiguo (una hora cada 15 días) y bajo supervisión en el Punto de Encuentro Familiar.

(18) *Cfr.* los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género.

(19) Se establece un régimen progresivo: SAP Madrid (24.ª) de 29 de septiembre de 2011; SAP Santa Cruz de Tenerife (1.ª) de 21 de julio de 2011; SAP Valencia (10.ª) de 15 de junio de 2011; SAP Vitoria (1.ª) de 9 de mayo de 2011; SAP Alicante (6.ª) de 24 de junio de 2011; SAP Pontevedra (1.ª) de 19 de mayo de 2011; SAP Coruña (3.ª) de 7 de febrero de 2011; SAP Santa Cruz de Tenerife (1.ª) de 9 de enero de 2012.

(20) SAP Barcelona (18.ª) de 15 de julio de 2011; SAP Madrid (22.ª) de 7 de junio de 2011.

(21) SAP Almería (2.ª) de 9 de mayo de 2011; SAP La Coruña (5.ª) de 26 de abril de 2012.

tencia, que ni siquiera se establece con carácter progresivo, como es recomendable en los casos de conflicto familiar persistente e intenso. No parece, pues, acertada la decisión del Alto Tribunal, ya que si bien es cierto que el conflicto familiar no es suficiente para justificar la oposición al mantenimiento de relaciones personales, en este caso, el origen del conflicto es antiguo, se remonta a la separación conyugal de los abuelos, su intensidad es de tal magnitud que afecta a la salud del padre, lo que, sin duda, sumirá al menor en un conflicto de lealtades, incidirá en su estabilidad emocional y condicionará su infancia. Por ello, se desaconsejaba su reconocimiento en los distintos informes periciales que sí tuvieron en cuenta las sentencias del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Liria de 13 de mayo de 2008 y de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de febrero de 2009. La protección del interés del menor exige que no se comprometa su estabilidad emocional y que se le preserve, en la medida de lo posible, de conflictos, enemistades y tensiones, estableciendo un régimen progresivo y supervisado por profesionales que permita comprobar la adaptación del menor a su nuevo entorno y los efectos beneficiosos que pretendían las medidas acordadas por la autoridad judicial.

III. LA EXTENSIÓN Y LOS LÍMITES DEL DERECHO DE RELACIÓN PERSONAL DE LOS ABUELOS CON SUS NIETOS

Probada la oposición y no consideradas justas causas las razones o motivos alegados por los titulares de la patria potestad, el juez reconocerá el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos y arbitrará un régimen de comunicación y estancia que permita el ejercicio de aquel derecho, así como los límites o las cautelas que considere precisos para asegurar su adecuado desarrollo.

Por lo que se refiere al régimen de comunicación y estancia, el Tribunal Supremo ha establecido, de una parte, que la relación personal de los abuelos con sus nietos no puede limitarse a un contacto esporádico, «a un mero contacto durante un breve tiempo» (Sentencia de 28 de junio de 2004) y, de otra, que, en ningún caso, debe equipararse el régimen fijado a favor de los abuelos con el establecido a favor del titular de la patria potestad en un procedimiento matrimonial o de guarda y custodia de hijos no matrimoniales; necesariamente éste será más amplio que aquél, pues no sólo se pretende fomentar la corriente afectiva de los menores con sus progenitores, sino facilitar a éstos el adecuado ejercicio de la función parental que les corresponde de acuerdo con el artículo 154 del Código civil (Sentencia de 11 de junio de 1996).

Reconoce asimismo el Tribunal que, al no establecer el artículo 160 del Código civil ni la extensión ni la intensidad de los periodos en los que el menor puede relacionarse con sus abuelos o allegados, la cuestión deberá ser decidida por el juez atendiendo a la situación personal del menor y de la persona con quien desea relacionarse; a las conclusiones de los diferentes informes psicológicos que se hayan pedido; a la intensidad de las relaciones anteriores; a la no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guarda y custodia y, en general, todas aquéllas que sean convenientes para el menor (Sentencia de 12 de mayo de 2011). Ofrece, por tanto, el Tribunal Supremo un elenco de criterios a los que atender a la hora de fijar la extensión del régimen de comunicación y estancia.

A la vista de estas afirmaciones, puede fácilmente colegirse que las decisiones judiciales son muy variadas y que, atendidas las circunstancias del caso, unas veces se inclinan por un régimen reducido, un día por semana o un día al mes en caso de intenso conflicto, y, en otras, establecen un amplio régimen que incluye pernocta y periodos vacacionales, de forma similar a los supuestos de crisis convivencial de los progenitores. Este régimen más extenso acaso debiera fijarse en los supuestos de fallecimiento de uno de los progenitores y sólo limitarlo en los supuestos de intenso conflicto y enconada oposición de los titulares de la patria potestad. Se reconoce asimismo el derecho a comunicar con los nietos vía telefónica.

Por lo que se refiere a las cautelas que puede adoptar el juez, éstas estarán orientadas a prevenir, de acuerdo con el artículo 160 del Código civil, la infracción de aquellas resoluciones judiciales que limiten o suspendan las relaciones del menor con sus progenitores y se tratará de evitar que se utilice el espacio de relación abuelos-nietos para reanudar o intensificar las relaciones parentales suspendidas o limitadas por decisión judicial. Para estos casos, el juez deberá advertir a los abuelos de esta circunstancia y, si lo considera preciso, podrá fijar un lugar neutral para el desarrollo de las visitas, así, por ejemplo, a través del punto de encuentro familiar. En todo caso, y como ya se apuntó, el juez podrá someter a la supervisión de especialistas el régimen de comunicación y estancia prefijado y, en función de las conclusiones del seguimiento, ampliarlo, limitarlo o incluso suspenderlo.

IV. CONCLUSIÓN FINAL

A modo de conclusión, puede señalarse que, en el Código civil español, el derecho a mantener relaciones personales entre los nietos y sus abuelos se configura como un derecho con sustantividad propia que, reclamado judicialmente, tiende a reconocerse mayoritariamente en los Tribunales, que no consideran la existencia de un conflicto familiar intenso y persistente justa causa para impedir aquéllas relaciones que se presumen favorables para el menor en el artículo 160 del Código civil y, por ello, su reconocimiento o denegación sólo debe atender a la protección del interés del menor.

V. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos*, Aranzadi Thomson, Cizur Menor, 2005.
- GAYA SICILIA, R., «El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos», *ADC*, 2002 (1), pp. 91-114.
- DÍAZ ALABART, S., «El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados», *RDP*, 2003 (3), pp. 345-371.
- GARCÍA CANTERO, G., *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, Cuadernos Civitas, Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- YÁÑEZ RIVERO, F., «El derecho del menor a relacionarse con sus abuelos en situaciones de ruptura y desamparo», en *Los derechos de la infancia y la adolescencia*, coord. Ravetllat y Villagrasa, 2006, pp. 171-190.

Revista de

Derecho de Familia

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

FILIACIÓN

La acción del artículo 140 del CC impugna la filiación paterna y la del artículo 141 del CC impugna el reconocimiento, siendo encuadrable en la primera de las acciones la impugnación de la filiación paterna de un reconocimiento de complacencia.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de julio de 2011

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Luis Francisco interpuso demanda de juicio ordinario sobre impugnación de la filiación extramatrimonial determinada por reconocimiento, contra la menor D.ª Florencia y su madre D.ª Sonsoles, en la que alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación. En el suplico solicitó: «[...] se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del reconocimiento, ordenándose la supresión del apellido paterno, que figura en la inscripción del Registro Civil. En cuanto a las costas procesales, se deja al arbitrio del Juzgado la decisión que considere oportuna sobre su imputación, a la vista de las alegaciones, de las pruebas y de la conducta de los litigantes durante el proceso».

El Ministerio Fiscal contestó a la demanda y, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, suplicó al Juzgado que dictase sentencia «con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas».

D.ª Sonsoles, quien actuaba en su propio nombre y en el de su hija menor D.ª Florencia, contestó a la demanda, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación y solicitó al Juzgado que dictase sentencia «declarando lo procedente respecto a la nulidad del reconocimiento».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alzira dictó sentencia el 13 de octubre de 2005 desestimando la demanda.

En grado de apelación la Sec. 10.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 7 de noviembre desestimando el recurso interpuesto por el actor.

D. Luis Francisco interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, quien dejó sin efecto la filiación paterna. El Magistrado Excmo. Sr. O'Callaghan Muñoz formuló voto particular.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En la demanda se alegó que la filiación de la menor como hija del demandante había quedado determinada por reconocimiento del demandante —de los llamados reconocimiento de complacencia— efectuado ante el encargado del Registro Civil el 7 de noviembre de 2002, y se solicitó la nulidad del reconocimiento y que se ordenara la supresión del apellido paterno que figura en la inscripción del Registro Civil. Como fundamento de la demanda se invocó el artículo 140 CC. Se expuso que el demandado reconoció a la menor para complacer a la madre de esta, con la que convivía, e influido por las presiones sociales y familiares, y que la demanda se interponía después de cesada la unión de hecho que había mantenido con la madre de la menor.

La madre de la menor compareció el 10 de junio de 2004 en un acta de manifestaciones ante notario, en la que hizo constar que el demandante no es el padre biológico de la menor. El acta se acompañó como documento incorporado a la demanda. La madre de la menor admitió los hechos expuestos en la demanda e interesó que se dictara sentencia por la que se declarara lo precedente respecto a la nulidad del reconocimiento.

El Ministerio Fiscal solicitó que se dictara sentencia con arreglo al resultado que ofrecieran las pruebas practicadas y solicitó la práctica de la prueba biológica. La prueba biológica se practicó y esta prueba confirmó la exclusión de la paternidad biológica del demandante.

A) La *quaestio iuris* [cuestión jurídica] que se plantea en el recurso es si el reconocimiento de complacencia, realizado con plena conciencia y voluntad —que, por tanto, no puede ser impugnado al amparo del artículo 141 CC— puede ser revocado al cabo de un tiempo por medio de la acción de impugnación de la filiación extramatrimonial declarada e inscrita en el Registro civil. Esta situación se produce, por lo general, cuando se rompen las relaciones del hombre que ha efectuado el reconocimiento con la mujer que es la madre biológica del reconocido como hijo. La posición de las sentencias de primera y segunda instancias ha sido negar esta posibilidad y han desestimado la demanda.

El recurso de casación se basa en la aplicación del artículo 140 CC y en la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, y se alega en apoyo de la pretensión del recurrente la doctrina contenida en las SSTC que cita.

El Ministerio Fiscal, que no impugnó las sentencias de primera y segunda instancias, se ha pronunciado en sentido favorable a la estimación del recurso de casación.

B) El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre esta cuestión jurídica. Las SSTC que cita el recurrente no son aplicables al caso. La STC 7/1994, de 17 de enero, contempla un supuesto en el que se produjo la negativa del padre demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad y, basándose «en que se dejan sin tutela judicial los derechos del menor reconocidos en el artículo 39.1 de la Constitución Española» anula la sentencia del Tribunal Supremo que había desestimado la demanda y otorga el amparo, en una acción interpuesta por la madre sobre reclamación de la paternidad extramatrimonial, la llamada acción de investigación de la paternidad. La STC 273/2005, de 27 de octubre, trata de la constitucionalidad del artículo 133.I CC y toma en consideración el principio de igualdad, el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio constitucional de protección a la familia y la protección integral de los hijos.

C) La doctrina de esta Sala viene aceptando la viabilidad de la acción de impugnación derivada del artículo 140 CC, pese a que la filiación extramatrimonial haya sido determinada por un reconocimiento voluntario y consciente, no viciado, llamado de complacencia, porque quien reconoce lo hace a sabiendas de que no es el padre biológico del reconocido. Se ha admitido la acción de impugnación de la filiación extramatrimonial del artículo 140 del Código Civil en las SSTs de 27 de mayo de 2004, RC núm. 2002/98, 12 de julio de 2004, RC núm. 1670/2000, 29 de octubre de 2008, RC núm. 1414/2003, 5 de diciembre de 2008, RC núm. 1763/2004, y también en las SSTs de 14 de julio

de 2004, RC núm. 2576/2000 y 29 de noviembre de 2010, RC núm. 1064/2007. Estas sentencias, declarando la viabilidad de la acción en estos supuestos, apreciaron su caducidad por haberse ejercitado fuera del plazo establecido para ello.

D) La posición contraria a la viabilidad de esta acción de impugnación en los casos de reconocimiento de complacencia, mantenida por las sentencias de ambas instancias y por el Ministerio Fiscal en las instancias, se basa, en lo sustancial, en la irrevocabilidad del reconocimiento —artículo 741 CC— y en el carácter indisponible del estado civil.

Partiendo de la línea jurisprudencial marcada por las sentencias que han quedado citadas, esta Sala declara que:

1. El reconocimiento de hijo extramatrimonial, prescindiendo de que sea un reconocimiento de complacencia, está sometido a la normativa general de todo reconocimiento, como medio de determinación de la filiación extramatrimonial (artículo 120. 1.º CC), y dentro del mismo, a la acción de impugnación que contempla el artículo 140 CC.

2. Esta acción es distinta de la que contempla el artículo 141 CC, que es la acción de impugnación, no de la filiación en sí misma considerada, sino del reconocimiento, que lleva consigo necesariamente la de la filiación, y se ejerce con fundamento en la existencia de un vicio de la voluntad: error, violencia e intimidación —sin que se mencione el dolo el precepto, aunque este no es otra cosa que el error provocado— con la breve caducidad de un año.

3. La acción de impugnación derivada del artículo 141 CC no tiene como fin poner en entredicho determinadas situaciones que, por el transcurso del tiempo, pueden entenderse como situaciones sociales o familiares consolidadas, por haber alcanzado permanencia y general reconocimiento, en las que debe prevalecer el principio de seguridad jurídica y el carácter indisponible del estado civil. Sin embargo, nada obsta al ejercicio de la acción de impugnación durante el plazo de caducidad de cuatro años establecido con carácter general para la impugnación de la filiación ordinaria. En este sentido se pronunció la STS de 29 de noviembre de 2010, RC núm.

1064/2007, la cual, partiendo de la posibilidad de utilizar la vía del artículo 140 CC para la impugnación de la filiación paterna extramatrimonial, determinada por un reconocimiento de complacencia, apreció la caducidad de la acción por el transcurso del plazo de cuatro años.

Atendiendo a lo expuesto, esta Sala fija la siguiente doctrina: la acción de impugnación de la filiación extramatrimonial, determinada por un reconocimiento de complacencia, puede ejercitarse por quien ha efectuado dicho reconocimiento, al amparo del artículo 140 CC, dentro de los cuatro años siguientes a la fecha del reconocimiento.

En el recurso, la filiación de la menor, como hija no matrimonial del recurrente, quedó determinada por el reconocimiento de complacencia efectuado por el recurrente ante el encargado del Registro Civil, el 7 de noviembre de 2002. La demanda fue presentada el 24 de junio de 2004, es decir antes del transcurso de los cuatro años siguientes a dicho reconocimiento. Las partes litigantes y el Ministerio Fiscal no discuten el carácter de reconocimiento de complacencia, ni el resultado de las pruebas biológicas, y el Ministerio Fiscal no se ha opuesto al recurso.

En consecuencia, la aplicación de la doctrina fijada en esta sentencia implica que debe estimarse el recurso de casación con las consecuencias que se dirán.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR.
D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ AL AMPARO
DE LO PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 260
DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL
Y 205 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Quedan aceptados los antecedentes de hecho de la sentencia en su integridad, haciendo constar nuestro máximo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala.

Se ha dicho en la doctrina que el Derecho avanza, en muchos casos, a través de los votos particulares. Esto se pretende en el presente caso. Tenemos una reiterada jurisprudencia que estimo equivocada y, peor aún, contraria al sentido jurídico, a la realidad social y al ordenamiento vigente. En palabras llanas y en síntesis,

el caso lo resolvemos en forma verdaderamente sangrante: un hombre se enamora de una mujer soltera que tiene un hijo reconocido sólo por ella, de una relación anterior; él, en el calor de su enamoramiento reconoce a aquel hijo como suyo, a sabiendas que no lo es; más tarde, se extingue aquel amor y rompe, como si fuera un simple papel, aquel reconocimiento y, con ello, el estado civil de aquel niño (o ya chico o ya hombre). En otras palabras, su reconocimiento depende exclusivamente de la voluntad del reconocedor; cuando el reconocedor se pelea con la mujer, se separa y se termina la posesión de estado con el reconocido. ¿Se aplica realmente el párrafo primero del artículo 140 del Código civil alegando el reconocedor que no es padre (lo que es cierto), prescindiendo que lo sabía y aceptaba cuando reconoció (lo que también es cierto)? La realidad social y el ordenamiento entiendo que no lo admiten y espero que la Sala —más pronto o más tarde— cambie el criterio que ahora ha mantenido en el pleno e impida este desaguizado. Amén.

Estoy conforme con los ANTECEDENTES DE HECHO. No con los FUNDAMENTOS DE DERECHO que propongo, con el respeto a la mayoría, los siguientes:

Primero.—Se ha ejercitado en el presente caso, la acción de impugnación de la filiación extramatrimonial, la cual había sido determinada por un reconocimiento llamado «de complacencia». La base jurídica que se expresa como tal en la demanda es el artículo 140 del Código Civil sin distinguir el párrafo, aunque de la misma se desprende la aplicación del primero ya que en el momento de ejercicio de la acción faltaba la posesión de estado.

La *quaestio iuris* que se plantea es si el reconocimiento de complacencia, es decir, el que ha sido realizado con plena conciencia y voluntad (sin que pueda aplicarse al artículo 141 del Código Civil) y al cabo de un tiempo (normalmente, cuando se rompen las relaciones con la mujer, madre biológica) decide eliminar (quizá la palabra adecuada puede ser «revocar») aquel reconocimiento por medio de la acción de impugnación de la filiación declarada e inscrita en el Registro civil. La posición de las sentencias de instancia ha sido negar esta posibilidad,

desestimando la demanda. La de la doctrina jurisprudencial es permitirla. La del Ministerio Fiscal en la instancia ha sido la primera; en el recurso de casación, la segunda.

La *quaestio facti* es clara, sin discusión en la instancia. La demandada (teóricamente, ya que no se opuso a la demanda ni al recurso de casación) D.^a Sonsoles tenía una hija extramatrimonial llamada María Inés nacida el 16 de diciembre de 2000. Inicia una convivencia con el demandante D. Luis Francisco, tienen un hijo nacido el 29 de septiembre de 2002 llamado Ruperto y aquél reconoce como hija extramatrimonial a María Inés a sabiendas de que no es el padre y con el consentimiento de la madre, en fecha 7 de noviembre de 2002, practicándose en el Registro civil la inscripción marginal en la de nacimiento el siguiente día 26 inscribiendo el nuevo nombre de Florencia. La relación de unión de hecho entre demandante y demandada se extingue y tras ella, esta última comparece ante notario y en acta de manifestaciones que éste levanta, declara que no existe paternidad biológica en el padre, «a pesar de dicho reconocimiento de complacencia».

Éste formula demanda interesando que se declare la nulidad del reconocimiento, ordenándose la supresión del apellido paterno que figura en la inscripción del Registro Civil. La demandada admitió los hechos e interesó se dictase sentencia «declarando lo procedente respecto a la nulidad del reconocimiento» (*sic*) e igualmente el Ministerio Fiscal pidió se dictara sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas; interesó la prueba biológica de paternidad.

Ésta se practicó con el resultado de excluir la paternidad del demandante D. Luis Francisco. Las sentencias de instancia desestimaron la demanda apartándose de la doctrina jurisprudencial. La de primera instancia, del Juzgado núm. 3 de Alzira de 13 de octubre de 2005 no fue apelada por el Ministerio Fiscal. La de la Audiencia Provincial, Sección 10.^a, de Valencia, de 7 de noviembre de 2006, que confirmó la anterior tampoco fue recurrida en casación por el Ministerio Fiscal y sí por el demandante, cuyo motivo único ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal y se concreta a la aplicación literal del

artículo 140 del Código Civil prescindiendo de que medie un anterior reconocimiento de hijo extramatrimonial.

Segundo.—La doctrina favorable a la aplicación de la acción de impugnación del artículo 140 del Código Civil pese a que la filiación extramatrimonial haya sido determinada por un reconocimiento voluntario y consciente, no viciado, llamado «de complacencia» porque se ha hecho a sabiendas de que el reconocedor no es el padre biológico del reconocido, se mantiene por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Ante todo, conviene precisar que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre este extremo. La sentencia 7/1994, de 17 de enero, contempla el caso de la negativa del padre demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad y, basándose «en que se dejan sin tutela judicial los derechos del menor reconocidos en el artículo 39.1 de la Constitución Española...» anula la sentencia del Tribunal Supremo que había desestimado la demanda y otorga el amparo; todo en una acción interpuesta por la madre de reclamación de la paternidad extramatrimonial, la llamada acción de investigación de la paternidad. Lo contrario, pues, de la acción que aquí se ha ejercitado. Tampoco la sentencia del Tribunal Constitucional, también citada en el recurso, 273/2005, de 27 de octubre, tiene que ver con este tema, ya que trata de la constitucionalidad del párrafo primero del artículo 133 del Código Civil y considera el principio de igualdad, el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio constitucional de protección a la familia, la protección integral de los hijos. Lo contrario, también, de lo que el demandante y recurrente pretende.

El Tribunal Supremo sí ha mantenido reiteradamente la prevalencia de la verdad biológica en los reconocimientos de complacencia, estimando la acción de impugnación de la filiación extramatrimonial del artículo 140 del Código Civil: sentencias de 27 de mayo de 2004 (recurso 2002/98), 12 de julio de 2004 (recurso 1670/2000), 14 de julio de 2004 (recurso 2576/2000), esta última apreció caducidad de la acción. También las de 29 de octubre de 2008 (recurso 1414/2003) y 5 de diciembre de 2008

(recurso 1763/2004). En todas ellas se declara la absoluta prioridad de la verdad biológica.

Igualmente, la sentencia de 29 de noviembre de 2010 (recurso 1064/2007) que, aceptando la impugnación, cuya acción contempla el artículo 140 del Código civil, la rechaza por razón de la caducidad.

La posición contraria, consistente en desestimar la acción de impugnación en los casos de reconocimiento de complacencia es la mantenida por las sentencias del Juzgado, de la Audiencia Provincial y por el Ministerio Fiscal en la instancia y se basan en sólidos argumentos tales como la irrevocabilidad del reconocimiento (artículo 741 del Código civil) y la indisponibilidad del estado civil, así como que el Código civil no mantiene siempre como principio la prioridad de la verdad biológica en la filiación (caducidad de acciones, adopción, reproducción asistida).

Tercero.—Se contempla en el Código civil y se confunden a veces, dos acciones de impugnación: la del artículo 140 del Código civil que es una verdadera acción de impugnación de la filiación extramatrimonial y la del artículo 141 que es una acción de impugnación de reconocimiento por vicio de la voluntad (ya lo decía la sentencia de 4 de junio de 2004). Nada tiene que ver con la impugnación de la filiación matrimonial, aunque se ha mantenido (en la sentencia de 14 de julio de 2004) que si la filiación habida fuera de matrimonio se determinó por el reconocimiento otorgado el mismo día del matrimonio, tal filiación es matrimonial y no se aplican aquellos artículos.

A su vez, el artículo 140 distingue dos situaciones. Si no hay posesión de estado entre el impugnante y el presunto hijo; o si la hay. Es distinto, en uno y otro caso, la legitimación activa y la caducidad. En el primer caso tienen aquella, ampliamente, aquellos a quienes les perjudique, SIN plazo de caducidad. En el segundo caso, la legitimación está restringida y concretada como *numerus clausus* y el plazo de caducidad es de cuatro años.

En todos aquellos casos, como el presente, en que hubo reconocimiento de complacencia y más tarde se rompió la relación con la madre, faltará la posesión de estado cuando se formula

la demanda y se aplicará el primer párrafo de aquel artículo.

Cuarto.—Partiendo de las premisas anteriores, procede entrar en el recurso de casación, fundado en un motivo único, por infracción del artículo 140 del Código civil y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

El motivo se desestima porque entiendo que las sentencias de instancia no han infringido el artículo 140, párrafo primero (en el presente caso, el reconocedor ya no tenía posesión de estado al interponer la demanda) porque carece de motivo de impugnación, por la razón de que reconoció a sabiendas, libre y conscientemente de que no era el padre y ahora no puede revocar unilateralmente, simplemente porque rompió su relación con la madre. Las razones son las siguientes.

Primera. Constitucionalmente, el artículo 39.2 de la Constitución Española permite la investigación de la paternidad, lo que nadie discute, lo cual no se plantea en el presente caso en que se impugna una paternidad libre y conscientemente reconocida. Al tiempo, esta misma norma constitucional proclama la protección integral de los hijos y nada más contrario a dicho principio el que un reconocimiento quede al arbitrio de un reconocedor y de que mantenga las buenas relaciones con la madre de un hijo biológico de ella y reconocido por él.

Segunda. Jurisprudencialmente, la doctrina del Tribunal Supremo no es fuente del Derecho, sino que está sometida al imperio de la ley únicamente, como dice el artículo 117.1 de la Constitución Española complementando el ordenamiento jurídico, como proclama el artículo 1.6 del Código civil. Pero cuando yerra en la aplicación de una norma, como entiendo que es el presente caso, puede corregirse y enmendar la doctrina, como ha ocurrido con cierta frecuencia y éste es el caso presente, en que la que admite la revocabilidad unilateral de un reconocimiento de complacencia, es un auténtico error de bulto.

Tercera. El ordenamiento jurídico vigente no declara que el presupuesto esencial del reconocimiento, como determinante de la filiación extramatrimonial, sea que el reconocedor sea padre verdadero, biológico, del reconocido. An-

tes al contrario, contempla otras situaciones en las cuales la normativa permiten la filiación no biológica: casos de adopción y de la procedente de la llamada reproducción asistida.

Cuarta. La doctrina de los actos propios, sin que sea preciso entrar aquí en el análisis de la misma, por harto conocida y tratada en doctrina y jurisprudencia, no permite que un acto jurídico como el reconocimiento voluntario, libre, consciente, pueda ser objeto de revocación arbitraria, simplemente porque el sujeto activo ha roto su relación con la madre.

Quinta. Irrevocabilidad. El reconocimiento, como declaración de afirmación y como creador de un estado civil, no puede ser revocado; admitir su revocabilidad implicaría atentar contra la seguridad del estado civil de la persona y provocaría una alteración de efectos no otorgados por el que reconoce, sino por la ley que los prevé por la declaración de paternidad (recuérdese que el reconocimiento es un acto jurídico). Esta irrevocabilidad se da incluso cuando se plasma el reconocimiento en un acto externo esencialmente revocable como el testamento (artículo 741 del Código civil).

Sexta. A mayor abundamiento, el reconocimiento es un acto puro. No admite estipulaciones accesorias de la voluntad: la condición, el término y el modo se tienen por no puestos; su fundamento es que el estado civil de la persona —a la que se da lugar un reconocimiento— no admite limitación alguna, se da o no se da, pero no se puede dar limitadamente; mucho menos, un trámite consistente en el cambio de voluntad del reconocedor.

Séptima. El estado civil, del que forma parte la filiación de una persona, se considera un atributo esencial de la misma, de orden público sometido a normas imperativas e indisponibles por los interesados, quedando fuera de la autonomía de la voluntad. Por lo que mal puede el reconocedor, por sus cambios de humor (o de amor) disponga del estado civil de filiación que el mismo ha reconocido conscientemente.

Octava. El primer párrafo del artículo 140 del Código civil no admite plazo de caducidad, por lo que si se admite la posición que sustenta la sentencia de la que respetuosamente disiento,

el reconecedor tiene toda la vida, o un hermanastro, u otro «a quien perjudique» para eliminar una filiación que simplemente le molesta. Mantener que al párrafo primero se le aplica la caducidad del segundo, es ir contra ley, lo que ni el sentido jurídico, ni el principio constitucional de seguridad jurídica permiten: no puede la jurisprudencia, aunque quiera, poner una caducidad,

donde no la hay en el Código civil y la doctrina es unánime en afirmar su imprescribibilidad.

Por todo ello, el FALLO debe ser desestimatorio del recurso de casación y confirmatorio de las sentencias de instancia que desestimaron la demanda de impugnación del reconocimiento que había sido prestado de forma consciente y voluntaria por el demandante.

Un resultado del 94,45% de probabilidad, unido a lo manifestado por la madre de la actora, es suficiente para declarar la paternidad no matrimonial. Cuestionándose la valoración de la prueba pericial debió interponerse un recurso por infracción procesal y no un recurso de casación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de octubre de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Visitación interpuso una demanda de impugnación de la paternidad matrimonial atribuida a D. Marcelino y de reclamación de filiación extramatrimonial contra D. Felicísimo. Con la demanda se acompañó una declaración jurada de la madre de la actora, D.ª Eva María, en la que declaraba que su hija demandante no era hija de su marido, sino de D. Felicísimo, «un sacerdote amigo de la familia».

En el transcurso del procedimiento se practicó prueba biológica de la filiación, en la que se excluía con una certeza del 100%, que la demandante D.ª Visitación fuese hija biológica del marido de su madre, D. Marcelino, y la probabilidad del 94,45% de que fuese hija del demandado, D. Felicísimo.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Málaga dictó Sentencia el 14 de enero de 2005 estimando la demanda por considerar que «no solo ha quedado acreditada la impugnación de la filiación paterna registral de la demandante, de forma contundente a través de la prueba biológica llevada a cabo y de las propias declaraciones de la madre biológica y quien aparece como padre registral, conocedores del hecho; sino que los resultados de la referida prueba biológica determinan, con un mínimo margen de error que el codemandado Sr. Felicísimo es el padre biológico de la actora, lo que unido a las declaraciones de la propia hija y de la madre biológica hacen que deba establecerse dicha paternidad, Art. 120 CC, a través de la presente sentencia».

El demandado falleció durante el procedimiento, siendo sustituido procesalmente por sus herederos.

En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Málaga dictó Sentencia el 29 de abril de 2009 confirmando la del Juzgado. En sus fundamentos jurídicos se dice: a) que se han observado todas las prescripciones legales; b) la prueba biológica arrojaba dos conclusiones: a) que se excluye con una certeza del 100% que el marido de la madre sea el padre bio-

lógico de la demandante, y b) que la probabilidad de paternidad del Sr. Felicísimo es del 94,45%, lo «que daría una pequeña posibilidad de que el padre pudiera ser otro, pero nunca el que ha venido apareciendo como padre de la actora, y por supuesto la compatibilidad con el Sr. Felicísimo es total»; c) que de acuerdo con la STS de 4 de mayo de 1999, propuesta la prueba por la parte actora y aceptada por el demandado se sometió a ella, lo que revela una intención de aceptar sus resultados «y no solamente si resultaban favorables», y d) que en el caso concreto en que se han estudiado los antígenos de madre, hija y posibles procreadores, la prueba arroja resultados de muy alta fiabilidad, lo que «[...] unido a la total exclusión de la filiación matrimonial y de la manifestación de la madre», lleva a declarar probada la filiación reclamada.

Los herederos de D. Felicísimo presentaron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se formula el recurso de casación, por interés casacional, basado en oposición de la sentencia recurrida a la doctrina de esta Sala. Se entiende que la sentencia recurrida ha vulnerado los arts. 767 LEC y 127 y 135 CC.

En la denominada «Fundamentación del recurso», los recurrentes dicen que el único hecho probado es la prueba biológica de paternidad practicada a D. Felicísimo, que dio un resultado del 94,45% de probabilidad de que fuera el padre biológico de D.^a Visitación. La sentencia recurrida se opone a las SSTS de 3 de febrero de 2006, 2 de febrero de 2006, porque no han sido aplicados de forma correcta los predicados de K. Hummel y colaboradores, ya que al resultado obtenido no le corresponde una declaración de paternidad prácticamente probada, sino solo un pronunciamiento de paternidad probable, ya que de acuerdo con los predicados de referencia, para que se considerara una paternidad probada, el resultado debería haber sido igual o mayor al 99,73%.

En un segundo apartado, el recurso examina las SSTS de 30 de junio de 1989, 2 de enero de 1991, 17 de junio de 1992, 28 de mayo de 1997, 19 de septiembre de 1998, 18 de mayo de 2000, 4 de febrero y 11 de julio de 1991, que compara

con los fundamentos de la sentencia recurrida, porque la recurrida no respeta estos predicados y declara probada una paternidad que solo puede ser considerada como probable.

El motivo se desestima.

El recurso se formula por entender los recurrentes que existe interés casacional, pero en el planteamiento del recurso se observa que en realidad no concurre dicho interés por las siguientes razones:

- 1.º Los recurrentes plantean en realidad un problema de valoración de la prueba. La SAP que se recurre valoró los resultados de las pruebas biológicas y tuvo en cuenta otros elementos como la absoluta exclusión de la paternidad matrimonial, que descartó al 100%, la declaración de la madre y las pruebas de antígenos, entre otras.
- 2.º Al tratarse de un planteamiento relacionado en exclusiva con la valoración de la prueba, debería haberse planteado en un recurso extraordinario por infracción procesal y no en un recurso de casación por interés casacional, que se utiliza de forma artificiosa a los fines de la exclusión de la paternidad, que se ha considerado probada.

GUARDA Y CUSTODIA

Se anula por segunda vez, por falta de motivación, la sentencia de la Audiencia Provincial que denegó la custodia compartida, acordando el Tribunal Supremo confirmar la sentencia del Juzgado que estableció este modelo de custodia, señalando que la redacción del artículo 92 del CC no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, debería considerarse la más normal.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de julio de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Argimiro y D.ª Sofía tenían tres hijos, de edades entre 6 años y dos meses, cuando se separaron en el año 2004.

D.ª Sofía demandó a su compañero D. Argimiro y pidió que se le otorgara la guarda y custodia de los tres hijos, así como otras cuestiones que, al no ser objeto del presente recurso, no se reproducen. Se dictaron medidas provisionales, en las que se acordó la guarda y custodia compartida de los hijos menores Ana M.ª del Pilar, Peter Christian y Diego por periodos semanales, pudiendo visitar a los menores el progenitor que no los tuviera bajo su guarda.

En la contestación a la demanda, el padre demandado D. Argimiro alegó que debido a la profesión de ambos convivientes, se habían trasladado a vivir a Bruselas y que los respectivos domicilios estaban cercanos. Por ello pidió que se estableciera con carácter definitivo el sistema de custodia compartida que se había acordado con carácter cautelar en las medidas provisionales.

El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 10 de Alicante dictó sentencia el 15 de noviembre de 2005, acordando respecto a la custodia: «Los hijos menores de ambas partes, Ana María Del Pilar, Peter Christian y Diego, sometidos a la patria potestad de ambos progenitores, quedarán bajo la guardia y custodia COMPARTIDA de ambos progenitores, alternándose los tiempos de estancia con cada progenitor por períodos semanales, produciéndose la entrega de uno al otro los domingos a las 20 horas. Hasta que el menor, Diego, cumpla los tres años, el progenitor con el que los menores no se encuentren esa semana, podrá visitarlos a diario entre semana, durante una hora. A partir de que el menor, Diego, cumpla un año, las vacaciones escolares de los menores se repartirán por mitad entre ambos progenitores».

En grado de apelación la Sec. 6.ª de la AP de Alicante dictó sentencia el 8 de mayo de 2006, estimando en parte el recurso interpuesto por D.ª Sofía y declarando: «Los hijos menores de ambas partes, Ana María del Pilar, Peter Christian y Diego, quedarán bajo la guarda y custodia de la madre Doña Sofía, siendo la patria potestad compartida. Se establece como régimen de visitas del padre Don Argimiro para con los menores el de los fines de semana alternos, desde las 17 horas del viernes hasta las 20 horas de los domingos, y la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano. Correspondiendo la primera mitad al padre en los años pares y la segunda mitad en los años impares».

D. Argimiro interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien acordó anular la sentencia recurrida y reponer las actuaciones de segunda instancia al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia, para que vuelva a dictarse sentencia que en cualquier caso argumente sobre el interés de los menores en relación a la guarda y custodia compartida pedida, con arreglo a los hechos que considere probados según el planteamiento del litigio y la prueba practicada.

La sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Alicante dictó nueva sentencia el 22 de marzo de 2010, en la que se desestimó el recurso presentado por D. Argimiro contra la sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia, partiendo de los siguientes argumentos: a) «La figura de la custodia compartida es de interpretación restrictiva y de aplicación excepcional» (FJ 5.º *in fine*); b) a pesar de que el 9 de junio de 2005 se había dictado ya un auto de medidas provisionales en el que se acordaba la custodia compartida, y que del informe de los servicios psicosociales resultaba el alto nivel de satisfacción de la única hija examinada, los otros dos hijos no pudieron ser examinados debido a su corta edad; c) en autos constaban otros dos informes contradictorios con el anterior aportados en primera instancia por D.^a Tarsila; d) concluyó la sentencia recurrida que «lo manifestado nos conduce a no estimar adecuado el establecimiento del sistema de custodia compartida, no ya en relación de la menor Daniela para la que no existiría inconveniente dado el grado de adaptación que manifiesta a uno u otro de los progenitores, sino en la de los otros hijos Carlos y Doroteo, dada la corta edad de los mismos que precisan de un hogar más permanente, aunque ambos progenitores vivan actualmente en la ciudad de Bruselas y tengan domicilios próximos, lo que entra de lleno en el último inciso del apartado 5 del Art. 92, que el Juez no debe separar a los hermanos, a lo que se llegaría inexorablemente de acordarse la de aquélla y no la de éstos». La sentencia fue objeto de aclaración por auto de 14 abril 2010.

D. Argimiro interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del art. 469.1 LEC, dividido en ocho motivos, y recurso de casación por presentar el asunto interés casacional al existir jurisprudencia contradictoria de las audiencias y referirse a una norma que lleva menos de cinco años en vigor. Los recursos fueron estimados por el Tribunal Supremo que casó la sentencia y confirmó la custodia compartida acordada por el Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

I. Recurso extraordinario por infracción procesal.

1. Competencia de los Tribunales españoles según el art. 15 del Reglamento 2201/2003 del Consejo.

El primer motivo denuncia la infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva y funcional según el art. 469.1.1.º LEC. Entiende el recurrente que se ha vulnerado el art. 15 del Reglamento 2201/2003 del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de

resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, porque entiende que dado el largo tiempo transcurrido desde que empezó el procedimiento y dado también que los menores viven en Bruselas, sería más conveniente suspender el conocimiento del asunto e invitar a las partes a someter una demanda ante el órgano jurisdiccional de Bruselas, dado que el art. 15 del Reglamento citado permite tomar esta decisión en beneficio de los menores.

El motivo no se estima. El art. 15 del reglamento mencionado dice lo siguiente: «1. Ex-

cepcionalmente, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto, podrán, si consideran que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, y cuando ello responda al interés superior del menor: a) suspender el conocimiento del asunto», invitando a las partes a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional del estado miembro con el que el niño tenga esta especial relación, o bien solicitarle que ejerza su competencia. Ello se aplicará bien de oficio, bien a instancia de parte, pero siempre será necesario el consentimiento de una de las partes.

Esta disposición es calificada por el Reglamento como excepcional, porque según el art. 14 del propio Reglamento, «[...] la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado».

Este Tribunal, como efectuó también en su día la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida, considera que no concurre la excepcionalidad exigida en la norma comunitaria para que los Tribunales españoles procedan a suspender el conocimiento del asunto. Esta suspensión sería contraria al interés de los menores de ver resuelta la forma de atribución de la guarda y custodia lo más rápidamente posible, dada su edad, y de la forma más adecuada a sus intereses. Por esta razón, esta Sala mantiene su competencia y pasa a examinar el contenido del recurso presentado.

2. *La falta de motivación.*

El segundo motivo denuncia la infracción del art. 218.2 LEC, por falta de motivación de la sentencia recurrida. Se dice que la no adopción de la medida pedida está fundada en la ausencia de un hogar permanente y ello afecta a los niños de corta edad y alega que ya no se da esta circunstancia, porque el más pequeño tenía más de cinco años en la fecha de la sentencia recurrida.

El Ministerio Fiscal apoya este motivo del recurso, porque entiende que las razones para la denegación de la guarda y custodia compartida son las mismas que habían sido desechadas en la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 octubre 2009, que anuló la de la Audiencia Provincial

por falta de motivación y porque no se ha tenido en cuenta la edad actual de los niños. Además, la nueva decisión se basa en dos dictámenes de psicólogos que no han examinado a nadie y que afirmaron no tener gran experiencia en esta institución. Por ello concluye el Ministerio Fiscal que «no cabe duda que carece de fundamentación y la expuesta no es la adecuada para garantizar el interés superior de los menores». La parte recurrida entiende que no se ha producido tal violación, dados los argumentos expuestos en la sentencia.

El motivo se estima. La anterior sentencia de esta Sala, 623/2009, de 8 octubre, recaída en el mismo litigio, contenía el siguiente razonamiento, que ahora se reproduce y se incorpora a esta sentencia:

«La motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el Art. 120.3 CE. Desde el punto de vista constitucional, el deber de motivación es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la razonabilidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (STS 14 abril 1999). La respuesta a las peticiones formuladas en la demanda no debe ser ni extensa ni pormenorizada, pero sí debe estar argumentada en derecho, puesto que el juez no puede decidir según su leal saber y entender, sino mediante el recurso al sistema de fuentes establecido, tal como dispone el Art. 1.7 CC, lo que deriva de la sumisión de los jueces a la ley, establecida en el Art. 117.1 CE. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que “la motivación [...] ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la ratio decidendi de las resoluciones [...]” (STC 77/2000, así como las SSTS 69/1998, 39/1997, 109/1992, entre muchas otras). Esta Sala ha aplicado esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión

adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (SSTS 5 noviembre 1992, 20 febrero 1993, 26 julio 2002 y 18 noviembre 2003, entre muchas otras). La obligación de motivación de las sentencias está recogida en el Art. 218 LEC, cuyo párrafo 2 establece que “las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho” y todo ello, “ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”. La falta de motivación de la sentencia constituye un motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, tal como aparece en el art. 469.1.2.º LEC, y su concurrencia da lugar a la nulidad, con reposición de actuaciones (art. 476.2.4 LEC)».

Aplicando estos argumentos, la anterior sentencia concluía que se había producido una falta de motivación en la decisión del Tribunal de apelación, que vuelve a repetirse en la ahora recurrida.

En efecto, la sentencia de la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, de 22 marzo 2010, incluye los argumentos alegados en la anterior y recogidos de su decisión de 29 diciembre 2004, para que pueda procederse a acordar la guarda y custodia compartida que se limita a reproducir, pero que no aplica en la resolución del caso objeto del recurso. La decisión actualmente recurrida añade a este razonamiento otra resolución de la propia sección 6.ª, de 10 enero 2006, de acuerdo con la cual «la figura de la custodia compartida es de interpretación restrictiva y de aplicación excepcional».

Esta motivación no es suficiente para justificar la negativa a la revocación de la guarda y custodia compartida acordada en la sentencia de primera instancia y ello por las siguientes razones: a) porque no se expresa de forma clara cuáles son las circunstancias que llevan a revocar la adopción de esta medida para los dos hijos pequeños de la pareja. Solo se refiere a las relativas a su edad, que, por otra parte, ha impedido el examen de los niños; b) porque el domicilio de los progenitores es conocido y, además, está

próximo; c) porque la propia sentencia reconoce que la guarda y custodia compartida proporciona «un alto nivel de satisfacción de la menor cuando está con cada uno de sus progenitores, sintiéndose feliz en cada uno de los contextos familiares» y aunque no constan pruebas directas en relación a los otros hermanos, dado que los informes se efectuaron sin haber examinado a dichos menores, no es comprensible que la guarda y custodia compartida fuera conveniente únicamente para uno de los hijos y no para los demás. De aquí que el argumento acerca de la conveniencia de no separar a los hermanos resulta absolutamente reversible, ya que parte de una base inexistente, la de la diferente conveniencia de la medida para cada uno de los niños, que no se conoce al no haberse efectuado un examen de los mismos en el momento de dictarse la segunda sentencia.

La estimación del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, al apreciarse la falta de motivación de la sentencia recurrida, produce los siguientes efectos:

- 1.º La exención del examen de los demás motivos del recurso.
- 2.º La anulación de la sentencia recurrida.
- 3.º Si bien de acuerdo con lo dispuesto en el art. 476.2.4 LEC, esta Sala debería ordenar que se repusieran las actuaciones al estado y momento en que se incurrió en la vulneración, dado que se ha producido la misma infracción que en la sentencia originaria, es decir, la falta de motivación, esta Sala entiende que debe aplicar lo dispuesto en la Disposición final 16.7.ª LEC, al haberse recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo de lo dispuesto en el art. 469.2 LEC, por lo que debe dictar nueva sentencia, teniendo en cuenta lo alegado en el recurso de casación.

II. Recurso de casación.

El recurso de casación se interpone por presentar el asunto interés casacional y se estructura en dos motivos: el primero, por existir jurisprudencia contradictoria dictada por las Audiencias Provinciales sobre el establecimiento de un sistema de guarda y custodia compartida en el caso en que no haya acuerdo entre los progenitores.

El segundo, por ser el art. 92 CC una norma con menos de cinco años de vigencia en el momento de presentarse el recurso de casación.

El primer motivo debe desestimarse. El recurrente no puede pretender que se dicte una sentencia unificando una doctrina que en sí misma no resulta contradictoria, sino que se adapta a las distintas situaciones en que pueden encontrarse los menores de edad cuando se ha producido la crisis sentimental de sus progenitores. El único criterio unificador para la solución de cada uno de los casos presentados se encuentra en la necesidad de respetar e implementar el interés del menor y esta exigencia se encuentra ya establecida en las diversas leyes que se ocupan de regular estas situaciones, entre ellas, el propio art. 92.4 CC. Cosa distinta son los criterios en que el interés del menor se concreta y que las diversas decisiones de las Audiencias Provinciales se encargan de concretar en cada caso.

En cambio, debe estimarse el segundo motivo, basado en la necesidad de interpretar una norma, el art. 92 CC, con menos de cinco años de vigencia, dada la reforma que dicho artículo experimentó en 2005.

Esta Sala ha venido ya recogiendo una serie de criterios relativos a la interpretación de lo que significa «el interés del menor», que deben tenerse en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia compartida.

La STS 623/2009, que anuló la anterior de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.ª, decía que del examen del derecho comparado se deducía que se utilizaban «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; 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 se utilizan también en las SSTs de 10 y 11 marzo 2010.

Por ello la interpretación del art. 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios antes explicitados y que la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

La sentencia recurrida explícita, como ya había hecho la sentencia anulada, las que denomina «condiciones que se requieren para una exitosa guarda compartida», que son: «muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores; buena comunicación y cooperación entre ellos; residencias cercanas o geográficamente compatibles; rasgos de la personalidad y carácter de los hijos y los padres compatibles, estilos educativos de los progenitores similares o compatibles; edad de los menores y número de hermanos que permitan su adaptación; cumplimiento por los progenitores de sus obligaciones económicas; respeto mutuo por ambos progenitores; que no haya excesiva judicialización de la separación o divorcio; existencia de un vínculo afectivo de los niños con ambos padres y que acepten este tipo de custodia y que ambos progenitores estén de acuerdo con la alternativa de la custodia compartida. En definitiva, características de los progenitores como madurez personal y capacidad para separar el plano de pareja de sus roles como padres». Algunos de estos criterios vienen a coincidir con los enumerados en la STS 623/2009; algún otro, como el acuerdo de los progenitores en este sistema de guarda, es contrario a lo establecido a lo establecido en el art. 92 CC, que permite acordarla aun cuando ambos progenitores no coincidan en ello, con las cautelas exigidas en el propio art. 92 CC. Pero en cualquier caso, debe entenderse que la sentencia recurrida efectúa esta relación, repetimos, coincidente con la anulada, con la finalidad de utilizar estos criterios en un conjunto, sin primar uno con exclusión de los demás.

Pues bien, la conclusión a que llega a partir de esta enumeración resulta inconexa con el propio razonamiento. En efecto:

- 1.º Se admite que la guarda compartida resulta beneficiosa para la hermana mayor, por lo que «no existiría inconveniente dado el grado de adaptación que manifiesta a uno u otro de los progenitores».
- 2.º A continuación, afirma que los hermanos Carlos y Doroteo, dada «su corta edad», requieren un «hogar más permanente», y ello aunque ambos progenitores vivan en Bruselas «y tengamos domicilios próximos». Los criterios que se manejan, se utilizan para evitar la guarda compartida, debiendo recordarse que la STS de esta Sala de 11 marzo 2010 rechazó el criterio de la «deslocalización» de los niños para no aplicar la guarda y custodia compartidas, por ser los cambios de domicilio una consecuencia inherente a este tipo de guarda, que hay que decidir precisamente cuando los padres han acordado no vivir juntos.
- 3.º A partir de lo anterior, la sentencia recurrida aplica el criterio de no separar a los hermanos, cuando la Audiencia no ha comprobado si este tipo de guarda era o no beneficioso para los hermanos Carlos y Doroteo, de modo que para proteger el hipotético interés de estos dos niños, se perjudica el de la hermana mayor, sin una base para ello.

- 4.º En el procedimiento figuran tres informes: el de la psicóloga adscrita al Juzgado de Familia de Alicante, en relación a las medidas provisionales, y que es favorable a la guarda y custodia compartidas; un segundo, firmado por el Dr. Cosme, con abundantes citas doctrinales, que es contrario a este tipo de guarda, y un tercero, de otro psicólogo, relativo a una serie de crisis sufridas por D.^a Tarsila. Asimismo figura el informe del Ministerio Fiscal, de 28 octubre 2005, que considera beneficioso para el interés de los hijos menores de edad la adopción de la medida de la guarda y custodia compartida. Debe recordarse que en la sentencia recurrida solo se han tenido en cuenta los informes presentados a instancia de parte y ni tan solo se ha valorado el contenido del presentado por el psicólogo del Juzgado de familia.

La estimación del motivo segundo del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Argimiro contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.^a, de fecha 22 marzo 2010, determina en parte la de su recurso.

Procede anular y casar la sentencia recurrida y reponer la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a instancia n.º 10 de Alicante, de fecha 15 noviembre 2005, cuyo fallo atribuyó la guarda y custodia compartida de los niños Daniela, Carlos y Doroteo a ambos progenitores.

Las Sentencias de las Audiencias Provinciales que se alegan para fundamentar el recurso de casación y solicitar que se acuerde la custodia compartida han decidido sobre una forma u otra de guarda teniendo en cuenta los informes periciales contenidos en el procedimiento, y, por tanto, no pueden servir como sentencias de contraste para asegurar que existe doctrina contradictoria entre ellas.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 21 de julio de 2011

Ponente: Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

D.^a Camila y D. Ramón contrajeron matrimonio el 8 de julio de 1994. Tuvieron dos hijos que, en el momento de presentarse la demanda de divorcio, tenían 5 y 3 años respectivamente.

Previamente a la demanda, se habían dictado medidas provisionales, en las que se acordó la guarda y custodia compartida. Estas medidas fueron declaradas nulas, dictándose un nuevo auto en el que se otorgaba la guarda y custodia al padre D. Ramón.

D.^a Camila interpuso contra D. Ramón demanda de divorcio solicitando se dictase sentencia dando lugar a la disolución del matrimonio por causa de divorcio, determinándose como medidas o efectos derivados de la misma los siguientes: «1.º La disolución del matrimonio por causa de divorcio de los cónyuges doña Camila y D. Ramón. 2.º Guarda y custodia de los menores deberá otorgarse a doña Camila, quedando la patria potestad compartida entre los cónyuges. 3.º Régimen de visitas a favor de don Ramón: a) visitas, el padre podrá visitar y tener en su compañía a sus hijos menores en fines de semana alternos desde las 20 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo. b) Estancias: al menos el padre podrá disfrutar de la compañía de sus hijos en los siguientes períodos: las vacaciones de Navidad se dividen en dos períodos, uno que va desde el día siguiente a las vacaciones escolares y que se prolongará hasta las diecisiete horas del día 31 de diciembre y otro que irá desde dicha fecha hasta el día anterior al comienzo de las clases escolares, eligiendo período la madre los años pares y el padre los impares. Semana Santa se divide en dos períodos de la misma duración. El primer período se iniciará a las 18 horas del día en que comiencen las vacaciones escolares, mientras que el segundo período se iniciará a la finalización del anterior y durará hasta el día de la incorporación al colegio de los menores, eligiendo período la madre los años pares y el padre los impares. Respecto a las vacaciones de verano, se dividirán en dos períodos, el primer período durará todo el mes de julio, mientras que el segundo durará el mes de agosto, eligiendo período la madre los años pares y el padre los años impares. 4.º Que se adjudique a doña Camila e hijos el uso de la vivienda familiar, mobiliario y ajuar doméstico. 5.º Pensión de alimentos que don Ramón deberá abonar en concepto de pensión alimenticia para cada uno de sus hijos la cantidad de 350 euros al mes (700 euros mensuales) pagaderos por anticipado durante doce mensualidades al año, cantidad que se actualizará anualmente en función de la variación del IPC. 6.º Pago de préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar y su vehículo familiar. Que el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar abonado al 50% por los cónyuges asignándose a la madre, hasta la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales, el uso del vehículo familiar. Y con condena en costas a la parte demandada, si concurrieren las circunstancias previstas en el artículo 394 de la LEC».

Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de D. Ramón los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: «... se venga dictar sentencia por la que: 1.º Se decrete la disolución matrimonial por causa de divorcio del matrimonio formado por Ramón y Camila. 2.º Se atribuya la guarda y custodia compartida de los menores a favor de los dos progenitores o subsidiariamente se establezca a favor del padre, D. Ramón. 3.º Teniendo en cuenta la edad de los hijos y atendiendo en todo momento al interés de los mismos, se establece en períodos alternos de dos semanas que comenzarán a partir de las 20 horas de los domingos y concluirán a las 20 horas del domingo de la segunda semana siguiente, por lo que deberá entregar a los niños con los elementos y cosas necesarias para su atención. 4.º Se establezca que exista un régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no tenga a los mismos durante el período en el que los niños estén con el otro progenitor, y respecto de períodos vacacionales: Dos días a la semana, martes y jueves de 17 a 20 horas. Se con-

sidera conveniente no establecer pacto alguno respecto de estancias sin fines de semana, puesto que el régimen de guarda y custodia compartida garantiza dicha estancia. En los períodos vacacionales de verano no se considera necesario por idénticos términos. En cuanto a las vacaciones de Navidad y Semana Santa, con independencia de que a cada cónyuge le corresponda la guarda y custodia, comporta la suspensión del mismo, estableciéndose dos períodos que comprenderían, el primero desde el inicio de las vacaciones de los menores hasta las 20 horas del día 30 de diciembre de dicho año, y el segundo desde dicho momento al domingo siguiente a Reyes a las 20 horas, reiniciándose así el período ordinario, conforme a lo establecido anteriormente. Respecto de las vacaciones de Semana Santa, con independencia de que a cada cónyuge le corresponda la guarda y custodia, comportará de igual forma la suspensión estableciéndose por dos períodos que comprenderán, el primero la semana en la que encuentren incluidos los días festivos de Semana Santa propiamente dichos hasta las 20 horas del domingo y el segundo la otra semana vacacional de los niños la cual podrá ser anterior o posterior al primer período en función del calendario escolar, debiendo entregar a los niños a las 20 horas del domingo. 5.º Alimentos a favor de los hijos del matrimonio. Teniendo en cuenta el establecimiento de una custodia compartida, y que ambos cónyuges tienen sueldos similares, no se considera necesario un establecimiento de cantidad alguna. SUBSIDIARIAMENTE, y en el supuesto de que S.S.^a no considerara adecuada la guarda y custodia compartida a favor de ambos progenitores, se interesa se dicte Sentencia por la que se establezca la guarda y custodia de ambos hijos a favor del padre, D. Ramón, estableciendo a favor de la madre un régimen de visitas, atendiendo a los informes periciales, al deseo de los menores, e incluso a las propias manifestaciones de la propia actora en los escritos, donde manifiesta la excelentísima relación del padre con los menores y que sería beneficioso para los niños, acordando la pensión alimenticia a satisfacer por la madre en la cuantía que S.S.^a considerara ajustada a derecho y los demás pronunciamientos favorables a favor de los hijos, incluida la atribución a los mismos del uso de la vivienda familiar, junto con los demás pronunciamientos legales oportunos».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Miranda de Ebro dictó Sentencia con fecha 25 de octubre de 2007 y con la siguiente parte dispositiva: «FALLO: Estimo en parte la demanda formulada por el Procurador Sr. Yela Ruiz en nombre y representación de doña Camila contra don Ramón representado por la Procuradora Sra. Romero Villacián, y declaro haber lugar a la disolución por divorcio del matrimonio que celebraron ambos litigantes en Burgos el 8 de julio de 1994, rigiendo entre ambos las siguientes medidas definitivas: 1) La atribución del uso del domicilio familiar a la demandante doña Camila, en tanto que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales. 2) El establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida entre ambos progenitores. – Se establece en períodos de estancias de cuatro semanas, que comenzarán a partir de las 20 horas de los domingos y concluirán a las 20 horas del domingo de la cuarta semana. El intercambio de los menores se realizará alternativamente en una y otra vivienda debiendo ser el progenitor que inicia la estancia el que los recoja. – El progenitor que no tenga consigo a los menores durante ese período podrá verles los miércoles desde la salida del colegio hasta las 20.00 horas, y en dos fines de semana de los cuatro correspondientes a la estancia, concretamente el primer y tercer fin de semana de cada período, desde las 18.00 horas del viernes hasta las 20.00 horas del domingo. – En cuanto al período de Navidad, considerando que se trata de unas fechas en que resulta conveniente que los menores puedan estar con ambas partes, se

suspenderán las estancias ordinarias, y se fijarán dos períodos a disfrutar por cada uno de los progenitores que comprenderán desde el inicio de las vacaciones escolares hasta el día 31 de diciembre a las 20.00 horas y desde éste hasta el día en que se reanude la actividad escolar. Cada año le corresponderá a un progenitor elegir el período, y en caso de desacuerdo, elegirá la madre los años pares y el padre los años impares. – En cuanto a las vacaciones de Semana Santa se establecerán igualmente dos períodos correspondiendo cada uno de ellos a cada progenitor, eligiendo en caso de desacuerdo la madre los años pares y el padre los impares. – En igual sentido se dividirán las vacaciones de verano. En los períodos de vacaciones se suspenderán las estancias ordinarias y las visitas de los miércoles y fines de semana, reanudándose las mismas tras las vacaciones. La recogida de los menores por el progenitor que corresponda, se realizará en el domicilio en que se encuentren al finalizar cada período. En el caso de las visitas de fin de semana la entrega y recogida de los menores se hará en el domicilio en que encuentren éstos en cada momento. 3) Cada parte deberá abonar los gastos ocasionados por la vivienda en la que residen. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas».

En grado de apelación, la Sección 2.^a de la AP de Burgos dictó sentencia que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: «Estimar parcialmente el Recurso de Apelación interpuesto por el Procurador D. Andrés Jalón Pereda en representación de D.^a Camila, contra la sentencia de fecha 25 de Octubre de 2007 dictada por la Sra. Juez de Primera Instancia n.º 1 de Miranda de Ebro y, en su consecuencia, se acuerdan los siguientes pronunciamientos: 1.^a Se atribuye la guarda y custodia de los hijos menores a la madre: D.^a Camila, manteniendo ambos progenitores su plena patria potestad y fijando a favor del padre D. Ramón el siguiente régimen de visitas y relaciones parentales: – En fines de semana alternos desde la salida del colegio del viernes en función del horario escolar hasta el domingo a las 19 horas. En el caso de que el viernes o el lunes fuera uno o ambos festivos, la recogida se hará el anterior al festivo a la salida del colegio y la entrega se hará el referido festivo posterior a las 19 horas. – Las vacaciones de Navidad se dividen en dos períodos, uno que corresponderá desde las 19 horas del día del inicio de las vacaciones escolares y que se prolongará hasta las 19 horas del día 31 de Diciembre y otro que irá desde dicha fecha hasta las 19 horas del día anterior al comienzo de las clases escolares, eligiendo período la madre los años pares y el padre los impares. – La Semana Santa, se divide en dos períodos de la misma duración. El primer período se iniciará a las 19 horas del día en que comiencen las vacaciones escolares y concluirá a las 19 horas del día en que se computen la mitad de las vacaciones escolares, mientras que el segundo período se iniciará a la finalización del anterior y durará hasta las 19 horas del día anterior a la incorporación al colegio de los menores, eligiendo el período la madre los años pares y el padre los impares. – Respecto a las vacaciones de verano, se dividirán en dos períodos; el primer período durará todo el mes de Julio, mientras que el segundo período durará el mes de Agosto, eligiendo período la madre los años pares y el padre los impares, siendo los días de entrega las 19 horas de día del inicio de cada período establecido y la entrega a las 19 horas del día de su finalización. – Asimismo, el padre podrá tener en su compañía a sus hijos todos los miércoles de la semana en la que no haya tenido a sus hijos durante el fin de semana anterior desde la salida del colegio hasta las 20 horas. Asimismo, tendrá a sus hijos el día del cumpleaños de los niños los años pares el padre y los impares la madre y todos los años el día del cumpleaños de los padres, salvo que en ambos casos coincida con las visitas establecidas anteriormente.

– La madre deberá entregar a los hijos en la hora y días señalados al padre o a la persona de su familia que de forma expresa designe, en el caso de que por razones laborales no pueda recoger a los menores, con plena colaboración y con los enseres y vestuario necesario de los niños. 2.^a La vivienda familiar y los muebles y enseres de uso ordinario se atribuyen a los hijos y a la madre custodia. 3.^a El préstamo hipotecario sobre la vivienda familiar se abonará en la forma que viene acordada en la Sentencia de instancia y Auto aclaratorio. 4.^a Como contribución del cónyuge no custodio a las necesidades alimenticias de los hijos se fija la cantidad de 250 euros por hijo (500 euros) mensuales en 12 pagos que se realizarán en la cuenta bancaria que designe la madre y en los tres primeros días de cada mes contados de fecha a fecha desde el día siguiente a la fecha de firmeza de esta resolución que se actualizarán anualmente en función de la variación del IPC. Asimismo el progenitor no custodio abonará la mitad de los gastos extraordinarios de los menores, en particular, los gastos médicos no cubiertos por la seguridad social, gastos extraordinarios de formación y educación de los menores. 5.^a Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada en lo que no queden afectados por esta resolución; y todo ello sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias del proceso».

D. Ramón interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Sentencia del Juzgado estableció la guarda y custodia compartida fundamentándola en que la prueba practicada demostraba: a) que ambos progenitores habían participado hasta aquel momento en el desarrollo de los menores, que se habían encargado por igual de su cuidado; que la relación entre ellos era buena y que ambos estaban plenamente capacitados para continuar con los cuidados diarios a sus hijos y que los horarios de ambos eran flexibles, por lo que podían adaptar sus propias profesiones a las necesidades de los menores; b) el informe psicosocial mostraba que los niños deseaban seguir viviendo con ambos progenitores, que las viviendas estaban próximas y que aun cuando las relaciones actuales no eran buenas, el escollo podía ser superado, pues se refería básicamente a la liquidación de la sociedad de gananciales. Por ello se estableció una guarda y custodia compartida, con una distribución de los tiempos.

Tras la interposición del recurso de apelación la AP de Burgos atribuyó la guarda y custodia a la madre. Entre los argumentos utilizados por la Audiencia Provincial para revocar la anterior resolución, se encuentran los siguientes: a) el informe desfavorable del ministerio Fiscal, que solicitó de forma expresa que se atribuyese

la guarda y custodia a la madre; b) no concurría interés del menor porque: 1.º de la prueba practicada se deducía una mala relación entre los padres desde 2005, con procesos y denuncias penales; 2.º aunque existían algunos elementos favorables en el informe psicosocial, el Ministerio Fiscal puso de relieve que dada la edad de los hijos era una «grandísima equivocación llevar a los niños a ser oídos en primera instancia», porque a su edad solo grandes expertos pueden llegar a obtener en este caso «un testimonio susceptible de consideración»; 3.º no podía desvirtuarse todo ello con el informe pericial porque la perito no había entrevistado a la madre, no había analizado las circunstancias de la coparentalidad, ni las económicas, laborales ni de otro tipo de la familia. Concluyó la sentencia que la guarda y custodia debía ser atribuida a la madre, «pues dada la edad de los menores cuando se inicia el presente divorcio y en la actualidad es lo más adecuado para su estabilidad y para fijar parámetros convivenciales más estables y sólidos», porque además concurrían dos circunstancias de las que se deducía que no se podían aceptar con plenitud la atribución de la guarda compartida: 1.ª «que los niños no permanecieran en el domicilio familiar donde nacieron y tuvieran que

rotar y cambiarse entre el domicilio familiar y el nuevo domicilio del padre»; 2.ª que se privó a la madre de algún tipo de custodia con sus hijos sin haber sido oída»; a lo que debe unirse una 3.ª circunstancia como es que «el beneficio del menor no se consigue residiendo fuera de su casa y con un cambio y trasiego domiciliario mensual, contrario a su adecuada estabilidad como medio necesario para favorecer su desarrollo personal y educativo». Añadió la sentencia que «[...] los niños debieron de estar en régimen de custodia con la madre y en su casa, y debe reponerse esta situación para que residan de forma estable en su domicilio».

D. Ramón alegó en el recurso la infracción por aplicación indebida, del art. 92.8 y 9 CC, y al propio tiempo, existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, sobre la atribución de la guarda y custodia compartida. Citó unas sentencias favorables a la atribución de la guarda compartida y otras contrarias. Analizó los informes periciales que constan en los autos y el del Ministerio Fiscal en primera instancia de acuerdo con sus propios planteamientos, llegando a concluir que las relaciones entre los progenitores son buenas, que es un derecho de todos los niños lo que denomina «coparentalidad» y que de hecho, los padres se han alternado en este tipo de guarda y custodia.

El primer motivo no se estima. Se procede al análisis de las sentencias aportadas por el recurrente para justificar la discrepancia de las Audiencias Provinciales.

A favor de la aceptación de la guarda y custodia compartida, aporta las siguientes sentencias: SAP de Toledo n.º 200/2008, sección 1, de 16 mayo. En ella se dice se establece dicho sistema de guarda «atendiendo al análisis y la valoración de la pericia psicológica de ambos progenitores, en sí mismos considerados y en relación con el menor». SAP de A Coruña, n.º 160/2008, sección 5.ª, de 17 abril. Se reconoce la guarda porque la hija que tiene 14 años, tiene suficiente capacidad para decidir. SAP de Valencia, n.º 190/2008, sección 10 de 9 abril. Se otorga «a la vista del informe emitido por el Gabinete Psicotécnico adscrito a los Juzgados de familia». SAP de A Coruña, n.º 351/2007, sección 6.ª, de 10 octubre. Se limita a enumerar los hechos del

caso. SAP de Barcelona, n.º 102/2007, sección 18, de 20 febrero. Se enuncian los beneficios de la guarda y custodia compartida y la admite «máxime cuando ya se ha llevado a término una alternancia en la guarda de éstos, al haberla ostentado el padre durante 13 meses consecutivos». STSJC, n.º 31/2008, de 5 septiembre.

En contra, se aportan las siguientes: SAP de Baleares, en Maó, n.º 278/2008, sección 4.ª, de 8 julio. Se dice que no existe constancia de que su instauración actual y de futuro sea la «única» forma de proteger los intereses del menor, porque la relación con el padre también puede conseguirse con un adecuado régimen de visitas. SAP de Madrid, n.º 482/2007, sección 24, de 11 abril. Concede la guarda y custodia a favor del padre de acuerdo con la opinión del informe pericial psicológico.

El estudio de las sentencias aportadas no permite llegar a la conclusión que pretende el recurrente. En todos los casos examinados, excepto en la STSJC 31/2008, las Audiencias Provinciales 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 al contrario, 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 aporta son un pretexto para poder presentar el recurso, ya que cada una decide según las circunstancias de los casos planteados, teniendo en cuenta un argumento común para resolver la situación de hecho.

Eliminado el interés casacional que no concurre con el planteamiento realizado, el recurso contiene un análisis de la prueba discrepante de la sentencia recurrida, como se demuestra en los argumentos del propio recurso. No denuncia que se haya aplicado un criterio u otro, o que el aplicado no sea un criterio objetivo, sino que se limite a valorar de una forma subjetiva el supuesto planteado y de acuerdo con sus propias tesis e insiste en que se ha valorado la prueba en su contra. Esta Sala solo puede entrar a examinar si el criterio aplicado para acordar o no la guarda compartida es un criterio jurídico (STS

614/2009, de 28 septiembre). En este caso, la resolución resulta amparada por los informes psicosociales en los que la Sala no puede entrar, porque se trata de una cuestión de hecho, que no puede ser revisada en casación. En la STS 252/2011, de 7 abril, se dijo que «En la apreciación de los elementos que van a permitir al juez adoptar la medida de la guarda y custodia compartida, cuando no exista acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que el Juez puede pedir de acuerdo con lo que dispone el art. 92.9 CC. En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor, como ha venido recordando esta Sala en sentencias de 1 y 8 octubre y 11 marzo 2010 y 28 septiembre 2009», argumentación que debe ser aplicada al presente recurso.

Los criterios utilizados por la sentencia recurrida responden a las valoraciones efectuadas en los informes que se emitieron al haberse pedido que se acordase la medida de la guarda compartida. El recurrente pretende que se valore de nuevo esta prueba, cuando quien debe efectuarlo es el juzgador de instancia y solo tendrán acceso

a este Tribunal por medio del recurso extraordinario por infracción procesal. Lo que pretende el recurrente cae de lleno en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión y se desvía, por tanto, del interés casacional, que llega a interpretar como «interés propio».

De todos modos, es conveniente recordar que en esta materia, las decisiones judiciales pueden ser modificadas mediante el procedimiento de modificación de medidas, siempre que las nuevas circunstancias sean favorables al interés del menor.

En el motivo segundo del recurso de casación se alega que se aplica una norma con vigencia inferior a los cinco años antes de la presentación del recurso y dado que en el momento en que se interpone, no hay jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sigue insistiendo el recurrente en la valoración de los informes periciales; que el criterio del Ministerio Fiscal ha sido confuso y que el informe desfavorable del Fiscal no puede ser determinante de la negativa a la guarda y custodia compartida.

El motivo se desestima. Debe entenderse incorporado en la argumentación de este motivo lo dicho anteriormente.

Al afectar al interés de los hijos las malas relaciones de los progenitores no se acuerda la custodia compartida.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 22 de julio de 2011

Ponente: Excmo. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

D. Cándido y D.^a María Cristina se casaron en 2002. Tienen dos hijos.

D. Cándido interpuso demanda de divorcio contra D.^a María Cristina solicitando que se dictase sentencia acordando: 1.º La disolución del matrimonio por divorcio; 2.º Las siguientes medidas definitivas en relación con los hijos: a) La titularidad compartida del ejercicio de la patria potestad. b) La disolución del régimen económico de gananciales que rige el matrimonio entre los cónyuges. c) La Guarda y custodia de los hijos se otorga a ambos progenitores en periodos mensuales alternos. El demandante fijará su residencia en la localidad de Allariz, mismo lugar de residencia que en la actualidad tiene el matrimonio,

comprometiéndose a no trasladar el mismo a otro lugar, para actuar así en interés de sus hijos menores y favorecer con la continuación de la misma vida escolar y familiar que en la actualidad poseen. En los periodos vacacionales inferiores a un mes se establece que corresponde a cada progenitor el disfrute en compañía de los hijos de la mitad de los días de dichos periodos, correspondiendo los años pares su elección a la madre y en los impares al padre. d) Régimen de visitas para el progenitor en periodos de no custodia. Dos fines de semana para el progenitor en el mes en el que no le corresponda la custodia, desde la salida del colegio o guardería (entre tanto no asiste desde las 18 horas del viernes) a las 10 horas del lunes, siendo obligación del mismo llevarlo al colegio o guardería el día de retorno. e) Atribución del uso de la vivienda familiar. No procede su atribución a ninguno de los cónyuges toda vez que la guarda y custodia de los hijos será compartida. f) Pensión alimenticia para los hijos. Procede el establecimiento de una pensión alimenticia de 300 euros mensuales para cada uno de los hijos a cargo de cada progenitor. g) Pensión compensatoria a favor del cónyuge. No procede el establecimiento de pensión compensatoria a favor del cónyuge. 3.º Condenar en costas a la parte demandada si se opusiera injustificadamente a la presente demanda. 4.º La inscripción de la sentencia dictada en el Registro Civil de Allariz (Ourense)».

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de D.^a María Cristina los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... Ley se dicte sentencia por la que se declare: 1. Disolución del vínculo matrimonial mediante el divorcio. 2. La titularidad y ejercicio de la patria potestad sea compartida. 3. La guarda y custodia de los hijos se atribuirá a la madre. 4. La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar a la esposa, debiendo seguir abonando como hasta ahora el crédito hipotecario que la grava por mitad e iguales partes. 5. Se establecerá un régimen de visitas de fines de semana alternos a favor del padre, desde la salida del colegio el viernes hasta el domingo a las ocho de la noche, al objeto de que en función de las circunstancias en que lleguen a casa se les pueda organizar la jornada del día siguiente. Las vacaciones de Navidad y Semana Santa se dividirán por mitad, correspondiendo la primera parte a la madre los años pares y la segunda al padre los años impares. Pudiendo variarse de forma flexible si existe acuerdo entre los padres, por razones laborales o de otra índole. Las vacaciones de verano seguirán el mismo régimen en cuanto a atribución a uno u otro progenitor, debiendo dividirse los meses en 15 días cada uno a fin de que estén con los dos ambos meses. 6. Se fijará una pensión compensatoria de 1.500 euros en favor de los hijos, que supondrá la posibilidad de seguir manteniendo el mismo nivel de vida y educacional del que venían gozando, lo que supondrá 18.000 euros al año, quedando al padre la cantidad conocida aproximada de 42.000 euros. Dicha prestación será actualizada anualmente conforme al Índice Oficial de Precios al Consumo, que el padre deberá hacer efectiva dentro de los cinco primeros días de cada mes, procediendo a su ingreso en la cuenta bancaria [...] de la Entidad Caixa Nova de Allariz (Ourense), de la que es titular la esposa. 7. No se solicita pensión alguna en favor del cónyuge, pues aunque la variación del régimen matrimonial le supone un perjuicio constatable, no desea representar ningún factor de lamentación para el marido. 8. También sufragará el padre el 50% de los gastos extraordinarios que se produzcan en relación a los dos hijos, Estibaliz y Miguel, que se reputen necesarios para la adecuada educación o salud de los menores».

El Ministerio Fiscal presentó escrito personándose y contestando la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: «... se dicte sentencia por la que se declare la improcedencia de la separación solicitada si en el curso de la sustanciación del procedimiento no se prueba lo alegado en la demanda».

El Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Ourense dictó Sentencia el 20 de mayo de 2008 con la siguiente parte dispositiva: «FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sra. Valdiras, se decreta la disolución del matrimonio por DIVORCIO de los cónyuges D. Cándido y D.ª María Cristina. Se decreta la suspensión de la vida en común entre los mismos y cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro en el ejercicio de la potestad doméstica. Se decreta la disolución del régimen económico matrimonial de gananciales. Se atribuye la guardia y custodia de los hijos menores a su madre D.ª María Cristina, permaneciendo conjunta la patria potestad y estableciendo el mismo régimen de visitas acordado en auto de medidas provisionales previas de 27-12-06. Se impone como pensión de alimentos a favor de los hijos menores y a cargo de D. Cándido la cantidad de 650 euros mensuales, cantidad que será ingresada en la cuenta que designe D.ª María Cristina y que se verá modificada anualmente con las variaciones que experimente el IPC que publique el INE u organismo que lo sustituya, de forma automática. Se decreta el pago de los gastos extraordinarios que en atención a los hijos menores se produzcan de un 60% de los mismos a cargo de D. Cándido y un 40% de los mismos a cargo de D.ª María Cristina. No ha lugar a expresa condena en costas, debiendo abonar cada cónyuge las causadas a su instancia y las comunes por mitad».

En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Ourense dictó Sentencia el 20 de febrero de 2009 con el siguiente fallo: «Con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.ª María Cristina y rechazo de los formulados por el Ministerio Fiscal y rechazo de los formulados por el Ministerio Fiscal y Don Cándido se modifica la sentencia apelada dictada el 20 de mayo de 2008, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Ourense, en autos de juicio de Divorcio n.º 291/07, rollo de sala 627/08, en el único extremo de sustituir el régimen de visitas en ella establecido a favor del padre los martes y jueves de modo que éste podrá comunicar con sus hijos y tenerlos en su compañía los mismos días desde la salida del colegio hasta la 20 horas en que los reintegrará al domicilio materno. No se efectúa expresa imposición de las costas de la alzada».

D. Cándido interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El objeto del recurso se centra en la custodia de los hijos. En las medidas previas, se atribuyó la guarda y custodia a la madre por auto de 27 diciembre 2006.

La sentencia del Juzgado de 1.ª instancia n.º 4 Ourense, de 20 mayo 2008, atribuyó la guarda y custodia a la madre, con base a los siguientes argumentos: a) el régimen de la guarda y custodia compartida es excepcional; b) «debe

existir una muy buena disposición de la ex pareja a la comunicación entre ambos para que el menor o los menores no sufran»; c) en el caso concreto, la imposición de este régimen obliga a los cónyuges a ponerse de acuerdo forzosamente y como carecen de comunicación, «esta no puede ser impuesta a golpe de autoridad»; d) «la situación de D. Cándido y de D.ª María Cristina demuestra que priorizan sus propios

intereses sobre los de los menores; no es normal mantener una relación ante los menores a base de notas escritas y otras cuestiones», por lo que «hablar de estilos educativos similares o no como presupuesto de la custodia compartida es absolutamente secundario, cuando falta lo principal, así como también es secundario que se den los otros presupuestos», y e) «a pesar de que consideramos, tanto como las partes y el equipo técnico, que la solución actual no es la más adecuada, sí es la que permite la fórmula más cercana a la custodia compartida, y al hecho de que los menores tengan un referente paterno y materno similar» y a pesar de que ambos se hallan capacitados y que los niños respetan por igual a su padre y a su madre, «en las actuales circunstancias pensar que su imposición es beneficiosa para los menores porque obligaría a las partes a llegar a acuerdos es mero voluntarismo».

Apelaron ambos progenitores y también el Ministerio Fiscal. La sentencia de la Audiencia Provincial, sección 1.ª, de Ourense, de 20 febrero 2009, mantuvo la guarda materna, por las razones que se resumen a continuación: a) las malas relaciones entre los progenitores, «indiscutibles e indiscutidas hasta el punto de que la comunicación entre ellos se limita al intercambio de notas [...]»; b) el resultado del informe pericial, que desaconsejó abiertamente la custodia compartida por ser incompatible con la situación actual; c) la inestabilidad de los menores resultante de estas diferencias, «especialmente de la pernocta en días laborables en diferentes domicilios, como vienen haciendo en la actualidad», como se pone de relieve en el propio informe; d) la inestabilidad puesta de relieve por la cuidadora de los menores que manifestó que «los niños se encuentran desubicados, que las normas son distintas en cada casa, que en una obedecen y en otra no y que los niños no se acaban de estabilizar». Añade la sentencia que «no se trata de determinar en abstracto cuál de los sistemas posibles es el más idóneo, como parece entender el recurrente aludiendo a las ventajas del que propugna (sin duda el mejor desde un punto de vista ideal cuando su adopción sea factible), sino de determinar el más favorable valorando las circunstancias concurrentes».

En el recurso de casación se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 92.8 CC, por aplicación indebida del mismo, así como por derivación de los arts. 93, 94 y 96 CC, por cuanto existe una íntima relación de estos con el resto de las medidas adoptadas en la sentencia, respecto a la atribución del domicilio conyugal, la limitación temporal del mismo y la cuantía de los alimentos. Dice el recurrente que se niega la guarda y custodia compartida porque entre los progenitores existe una mala relación y que a juicio del recurrente resulta excepcionada por la norma alegada, que queda vacía de contenido. La Audiencia Provincial concluye que la mala relación entre los cónyuges excluye la posibilidad de guarda y custodia compartida, con lo que está excluyendo la aplicación del art. 92.8 CC. 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».

En este caso, la decisión de la Audiencia Provincial es correcta: ha examinado si el problema del desacuerdo afecta a los menores. Ha valorado las pruebas aportadas de una forma adecuada y ha concluido que la actual situación no permite acordar la guarda y custodia compartida, porque los niños están inadaptados con la guarda acordada y el derecho de visitas amplio de que gozan. En definitiva, que no conviene al interés primordial de los menores que se tome la medida de acordar la guarda y custodia compartida (SSTs de 1 octubre 2010, 11 febrero y 12 mayo 2011).

La custodia compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, y será el juez el que debe decidir cuál será el mejor régimen de protección, según sus circunstancias y las de sus progenitores. La Audiencia dejó sin efecto la custodia compartida acordada por el Juzgado porque el niño no puede estar cambiando de ciudades, aunque solo estén separadas 10 km.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Luis María y D.ª Patricia contrajeron matrimonio en Castellón el 17 de julio de 1999. Tuvieron un hijo, que en el momento de solicitarse el divorcio tenía tres años de edad. Obtuvieron la separación legal en 2004. En el convenio regulador, aprobado judicialmente, se atribuyó la custodia del menor a la madre, así como el uso del domicilio familiar, propiedad del marido y se estableció el régimen de visitas.

D. Luis María presentó demanda de divorcio y pidió que se confirmaran las medidas acordadas en la sentencia de separación, excepto la referida a la custodia del hijo, que se solicita se atribuyera de forma exclusiva a él, por no estar la madre en situación de atender al menor, debido a su trabajo, ya que en muchas ocasiones, y como consecuencia de trabajar en horario nocturno, había tenido que pedir ayuda a la abuela paterna. En el caso de que no se acordase la guarda exclusiva al padre, solicitaba la compartida. La demandada no se opuso a la demanda de divorcio, sino únicamente a la medida relativa a la guarda y custodia.

El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Castellón dictó sentencia el 30 de mayo de 2006, declaró disuelto el matrimonio por divorcio y modificó únicamente la medida referida a la guarda y custodia del hijo, atribuyéndola de forma compartida, por las siguientes razones: a) la aptitud de ambos progenitores para la crianza del hijo; b) que ha habido una guarda compartida *de facto*; c) Que la madre carece de apoyo familiar en Castellón, viéndose obligada a contratar a terceras personas para que cuiden el niño cuando ella está trabajando, mientras que el padre cuenta con un núcleo familiar estable no sólo con sus padres, conviviendo con la familia extensa (hermanos, sobrinos,...) con los que el hijo se encuentra perfectamente integrado; d) la proximidad de las viviendas, y e) el informe favorable del Ministerio Fiscal.

En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Castellón dictó sentencia el 7 de marzo de 2007, estimó la apelación, declarando aplicables las medidas acordadas en la sentencia de 1.ª instancia, entre ellas la atribución de la guarda y custodia exclusiva a la madre apelante, por las razones que se resumen: a) de acuerdo con los hechos probados, los cónyuges habían acordado en el convenio regulador de la separación, que en el caso que ambos progenitores fuesen igualmente aptos para la guarda y custodia, fuera la madre la que la desempeñara y que solo por razones transitorias de carácter laboral y por consenso, contando con la colaboración de los abuelos paternos, se acordó que el niño pernoctara en el domicilio de éstos; habiendo ya finalizado el contrato laboral, había recobrado el régimen normal, horario que tenía la madre en el momento de dictarse la sentencia recurrida;

b) no se ajustaba a la realidad que la madre hubiera dejado al niño por desidia, sino que «está en las mismas condiciones de aptitud y disponibilidad que presentaba en el momento de concertarse en el pleito de separación que se haría cargo de la custodia y de la guarda»; c) de la ayuda nocturna para la pernocta del hijo mientras duraba el horario nocturno, «se ha pasado a la custodia por turnos de estancia de cinco meses con cada progenitor, con el consiguiente cambio de domicilio, que implica cambio de localidad del niño, aunque ambas poblaciones estén solo separadas en 10 Kms», por lo que «a nuestro modo de ver este último régimen no es mejor para Arcadio que el que tenía antes» y que el niño esté cambiando de localidades, «probablemente afectará a un entorno normalizado, a la iniciación/consolidación de amistades fuera del horario escolar, trastorno en la continuidad deseada en las actividades extraescolares que se contratan por cursos, etc.», y d) «por lo expuesto, entendemos que es procedente dar estabilidad a Arcadio dentro de un entorno consolidable y no cambiante que, a nuestro juicio, quedaría afectado por esos cambios cíclicos previstos en la solución apelada».

D. Luis María presenta recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso se encuentra dividido formalmente en siete motivos. En el mismo no se cita ninguna norma infringida, más que el principio del *favor filii* que se supone debe referirse más correctamente al del interés del menor. La admisión a trámite de este recurso, por tanto, debe considerarse referida a la vulneración del principio del interés del menor.

Hay que recordar antes de iniciar el examen concreto de este recurso, que esta Sala ha venido repitiendo que en los casos de guarda compartida solo puede examinarse si el Juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (SSTS 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio). En definitiva, el recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos.

Motivo primero. Infracción del principio del *favor filii*, contenido en la ley 15/2005. Alega el recurrente la exposición de motivos de dicha ley. Ambos padres han manifestado que el otro es idóneo para la convivencia con el menor, así como que ambos son necesarios para el correcto desarrollo del menor. El trabajo nocturno de la madre sería según la SAP, una circunstancia coyuntural que no debe afectar el régimen

de visitas ni ser utilizada para la modificación de los parámetros de custodia del hijo. Motivo segundo. En el convenio, se otorgó a la madre la guarda y custodia del menor en exclusiva. La madre decide que el hijo debe quedar bajo los cuidados de una persona contratada, sustituyendo al padre, momento en el que hace de peor condición ante la ley al progenitor no custodio. El *favor filii* no puede quedar malentendido (*sic*) como el mantenimiento de unos derechos adquiridos para la madre, disfrazados en la defensa de la estabilidad domiciliaria del menor. Motivo tercero. Existe una cierta prevención general en contra de la guarda compartida. En aras del principio de igualdad que debe quedar supeditado al interés del menor, la atribución de este tipo de guarda no tiene carácter sancionador. Motivo cuarto. La sentencia ha tratado de proteger a la madre, sin tener en cuenta que no son los afectos de los padres los que deben presidir la decisión judicial, sino «los derechos traducidos en afectos y los vínculos de estabilidad y bienestar que el menor desarrolla» con ambos progenitores en la nueva situación, con la presencia de los dos. Motivo quinto. La madre se ha amparado en el convenio regulador cuando no existía la situación que generó la solicitud de custodia compartida, para arbitrar de manera unilateral «el alcance que debe tener el principio de igualdad

entre los cónyuges, salvadas todas las posibles objeciones a la estabilidad del menor entre ellos por el hecho de mantener la pernocta y cuidados diarios últimamente acordados». No puede aceptar una manipulación del convenio por razones afectivas, haciendo de mejor condición a la madre por tener un documento escrito cuando los afectos del padre, su apego y la relación continuada con el menor debe ser considerado al mismo nivel de importancia familiar que el de la madre. Motivo sexto. La SAP objeta cuestiones de inestabilidad material del menor en la alternancia de domicilios. El recurrente no comparte el argumento porque no deja de ser un tópico que resuelve de manera genérica supuestos de hecho diversos y distintos del presente. Motivo séptimo. La SAP ha dado plenitud de facultades a la madre para decidir cuándo volverá a dejar al niño con el padre y cuando la Ley 15/2005 establece los mismos derechos para los cónyuges una vez constatada la recíproca idoneidad y demostrada la conveniencia de que dicho régimen sea el más adecuado para el desarrollo de la personalidad del menor y su óptima relación con ambos, «no cabe hacer alegaciones de traición “desconfianza” y deducir aprovechamiento de la situación».

Los siete motivos del recurso de casación se desestiman.

Son diversas las razones que llevan a la desestimación del presente recurso.

1.^a El presente recurso no debería haberse admitido a trámite porque no se trata de un auténtico recurso de casación. En él no se cita ninguna norma infringida, porque la Exposición de motivos de una ley es solo un canon interpretativo pero no una norma que permita la alegación como infringida en casación. De todos modos, la alegación del principio del interés del menor convierte en admisible este recurso.

2.^a La fundamentación del recurso en el art. 477.2.3 LEC, por tratarse de una norma de menos de cinco años de vigencia no se corresponde con el principio que se declarada infringido, puesto que la protección del menor, como norma protectora que debe aplicarse en los casos que tienen como sujetos a menores de edad está ya en vigor desde la entrada en vigor de la Cons-

titución en 1979. Sin embargo, se examina atendiendo precisamente al interés de dicho menor, y dado que el recurso ha sido admitido a trámite. Por ello se entra en el estudio del mismo, con las reservas efectuadas.

3.^a El recurrente se limita a cuestionar los razonamientos de la sentencia recurrida, oponiendo sus propios argumentos sobre la conveniencia general o no de la guarda y custodia compartida, sin hacer más referencias al caso concreto que las relativas a la prueba, de lo que nos ocuparemos a continuación. Por ello debe concluirse que el recurrente está incurriendo en el vicio casacional consistente en hacer supuesto de la cuestión, puesto que este Tribunal no puede decidir sobre la conveniencia general o no de esta forma de protección del hijo en los casos de separación de los padres, sino de si ello es conveniente para aquel menor en el concreto momento y todo teniendo en cuenta que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando han cambiado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas.

4.^a En realidad, el recurrente está impugnando la valoración de la prueba llevada a cabo por la sentencia recurrida, incurriendo, además, en contradicciones con los hechos declarados probados. Así se refiere a la cuestión del horario del trabajo de la madre, y sus alegaciones no coinciden con lo que se afirma en la SAP, que considera probado que la madre ya no tiene el horario nocturno que le impedía el vigilancia del menor.

5.^a No es cierto que la sentencia recurrida dé plenitud de facultades a la madre, porque establece un sistema de visitas, que la madre debe cumplir y que permite las relaciones del padre con el hijo.

6.^a La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el art. 39.2 CE, cuyo párrafo tercero, al mismo tiempo, impone a los progenitores la

obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, con independencia de si están o no casados y de si conviven o no con el menor. 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.

El clima de enfrentamientos entre los progenitores impide la custodia compartida, ratificando el Tribunal Supremo la interpretación de la expresión «excepcionalmente» utilizada en el artículo 92.8 del CC.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de octubre de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Irene y D. Cayetano contrajeron matrimonio el 18 noviembre 2000. Tuvieron un único hijo, Florentino, el 27 de agosto de 2001.

En febrero de 2003 se acordó la separación judicial de ambos cónyuges y el 22 de julio de 2005 se dictó un auto en procedimiento de modificación de medidas en el que se acordaron medidas provisionales, en las que se atribuyó la guarda y custodia a la madre. El padre D. Cayetano fue destinado a León, como funcionario de prisiones, mientras que la madre seguía viviendo en Alcalá de Henares.

D.ª Irene interpuso demanda de divorcio y pidió que se confirmaran las medidas acordadas en lo relativo a la guarda y custodia de su hijo; respecto al régimen de visitas pidió que no se acordara la pernocta del hijo en la casa del padre hasta que no se acreditara la idoneidad del lugar, medio y condiciones donde tenían lugar las visitas, así como la capacidad y aptitud del demandado.

D. Cayetano contestó a la demanda y formuló demanda reconventional solicitando que se le atribuyera la guarda y custodia exclusiva y, subsidiariamente, la guarda compartida por periodos del año escolar.

Los informes psicosociales de la psicóloga adscrita al TSJ de Madrid mantienen que la familia constituye un núcleo familiar desestructurado, que es conveniente que el menor conviva con la madre debido a su corta edad y que ambos progenitores deberían acudir a un centro de mediación familiar. El Fiscal informó pidiendo que se atribuyera la guarda y custodia a la madre.

El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Alcalá de Henares dictó sentencia el 15 de mayo de 2008 acordando el divorcio, la guarda y custodia a favor de la madre y un amplio régimen de visitas a favor del padre. Las razones para atribuir la guarda a la madre, son: a) el informe psicosocial elaborado por el equipo de los juzgados en 20 de diciembre de 2007 señaló que «no existe comunicación entre los progenitores más allá de las continuas denuncias que ambos formulan; las decisiones importantes sobre la educación de Florentino son tomadas unilateralmente por la madre, y los padres no se ponen de acuerdo ni siquiera en el

tema de las actividades extraescolares de Florentino, hasta el punto que el padre no le lleva a dichas actividades cuando lo tiene en su compañía, porque al no haber tomado parte en la decisión de llevar al niño a las mismas no les da suficiente importancia; Florentino está escolarizado desde el comienzo de su vida escolar en el mismo colegio; está habituado a mentir y manipular, que a su vez ha sido manipulado y utilizado como mensajero por ambos progenitores». El informe acababa sin pronunciarse a favor de ninguno de los padres; b) El Fiscal había pedido que se atribuyera la guarda a la madre; c) se consideraba no adecuado establecer un régimen de custodia compartida ni por años escolares ni por periodos más cortos, «en atención a las pésimas relaciones existentes entre los progenitores y al modo como éstas influyen en la personalidad del hijo»; d) se consideraba más favorable un régimen de estabilidad de vivienda, colegio y entorno, puesto que el propuesto por el padre «implicaría, como su propio informe pericial afirma, un factor de riesgo para Florentino»; además el horario laboral del padre obligaría al hijo a pasar más tiempo con terceras personas, lo cual no es aconsejable aun cuando pudiera tratarse de familiares [...].

En grado de apelación, la Sec. 22.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 21 de julio de 2009 desestimando el recurso interpuesto por el padre.

D. Cayetano interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación que fueron desestimaos por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los argumentos de la sentencia de la Audiencia Provincial para mantener la custodia en la madre se fundan en los informes que figuran en el procedimiento, concretamente, uno del año 2003, otro de 2005 y finalmente, otro de 2007. La SAP fija los criterios en que debe basarse la sentencia para acordar o no la guarda compartida. Dice: a) «[...] la resolución judicial ha de atender para la adopción de la medida debatida a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de los menores, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos y relaciones con ellos en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y capacidad de autoabas-

terarse, etc.»; b) «En efecto, cabe paliar, compensar o desvirtuar, la disfunción o alteración del marco vital del menor, que supone la alterancia periódica de entornos, hábitos, horarios o detalles mínimos y cotidianos de la vida doméstica, en aquellos supuestos de responsabilidad máxima de los padres que proyectando de acuerdo y conjuntamente el desenvolvimiento de la vida del hijo en común, se relacionan en condiciones tales de confianza y entendimiento, que permiten un marco referencial de afinidad, para el hijo, presupuesto básico inexistente, en el conflicto y relación contradictoria resuelta en la contienda judicial, lo que hace decaer la pretensión apelante, en los términos solicitados, al pretenderse en la contestación a la demanda períodos alternativos de cursos escolares, lo que determina en este punto la confirmación de la sentencia recurrida», y c) finalmente, «Es claro que tal clima de enfrentamiento impide establecer en los términos señalados una custodia compartida tal y como se propugna, no existiendo por otra parte razones que aconsejen un cambio en la medida solicitada, habida cuenta los antecedentes del caso, la propia sentencia de mu-

tuo acuerdo establecido por las partes en el que se otorgaba la custodia a la madre, y valorando especialmente, que en modo alguno ha quedado acreditado, en los términos que exige el artículo 217 de la LEC que custodia paterna sea una opción más beneficiosa o favorable para el desarrollo armónico y estable del menor, razones todas que en su conjunta valoración conducen a confirmar la sentencia recurrida y a desestimar este motivo de apelación».

1. Recurso extraordinario por infracción procesal.

El recurso se halla dividido en tres motivos: El primero atribuye a la sentencia recurrida la falta de motivación de la desestimación de la guarda y custodia compartida, porque no se fundamenta en preceptos legales y los argumentos son incompletos, inapropiados y se oponen a la jurisprudencia dictada en supuestos similares. El segundo le imputa una errónea valoración de la prueba, porque se otorga importancia a informes psicosociales anteriores al año 2009 y estos tenían vigencia en el momento de emitirse, pero no en años posteriores y no se hace referencia a informes periciales posteriores a 2005. Y el tercero repite que la SAP de 21 julio 2009 no está correctamente motivada.

Los tres motivos del recurso extraordinario por infracción judicial se desestiman.

Los argumentos para la desestimación son los siguientes:

El principal error que se atribuye a la sentencia recurrida consiste en la falta de motivación. Ante todo, debe decirse que la STS 623/2009, de 8 octubre contenía el siguiente razonamiento, que ahora se reproduce y se incorpora a esta sentencia: «La motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el Art. 120.3 CE. Desde el punto de vista constitucional, el deber de motivación es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la razonabilidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (STS 14 abril 1999). La respuesta a las peticiones formu-

ladas en la demanda no debe ser ni extensa ni pormenorizada, pero sí debe estar argumentada en derecho, puesto que el juez no puede decidir según su leal saber y entender, sino mediante el recurso al sistema de fuentes establecido, tal como dispone el Art. 1.7 CC, lo que deriva de la sumisión de los jueces a la ley, establecida en el Art. 117.1 CE. (Asimismo STC 7/2000, y las SSTS 69/1998, 39/1997, 109/1992, entre muchas otras). Esta Sala ha aplicado esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (SSTS 5 noviembre 1992, 20 febrero 1993, 26 julio 2002 y 18 noviembre 2003, entre muchas otras). La obligación de motivación de las sentencias está recogida en el Art. 218 LEC, cuyo párrafo 2 establece que «las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho» y todo ello, «ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón».

Aplicando estos argumentos al presente recurso, debe concluirse que la sentencia recurrida contiene una motivación que va más allá de la mera argumentación, porque contiene una valoración de la prueba, que adapta a las circunstancias del supuesto planteado, como puede comprobarse del extracto de los razonamientos resumidos en el FJ 1.º de esta sentencia. Se analiza el supuesto de hecho, de acuerdo con la norma aplicable que aunque no se cite directamente, el recurrente conoce, y establece expresamente las causas que concurren y que impiden acceder a la petición del recurrente respecto a la guarda y custodia compartida. Con esta argumentación se da respuesta a los motivos primero y tercero del recurso por infracción procesal.

Respecto a la acusación referente a la errónea valoración de la prueba, una lectura atenta del recurso lleva a concluir que en realidad el recurrente está confundiendo este defecto con el del tipo de documentos que se utilizaron por la

sala sentenciadora para llegar a las conclusiones a que llegó. Y llegados a este punto, también una lectura atenta de la decisión recurrida lleva a concluir que se han utilizado informes posteriores a los que el demandado no alude, dejando aparte que no había otros en el procedimiento. Los que figuran están valorados correctamente, no incurre la sala en ninguna arbitrariedad ni sus conclusiones son ilógicas, lo que comporta la desestimación del segundo motivo.

2. Recurso de casación.

El recurso de casación se plantea aparentemente en un único motivo, con diversos apartados y se formula por presentar, según el recurrente, interés casacional. Se van a examinar conjuntamente los submotivos.

El primer submotivo se identifica en el apartado A) y se fundamenta en el art. 477.2.3 LEC, por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación al art 92.1 y 8 CC, en lo que afecta a la identidad entre cada punto resuelto en la sentencia recurrida y la jurisprudencia contradictoria que se invoca. La argumentación se centra en la comparación de las decisiones de las Audiencias Provinciales en tres puntos: 1.º la compatibilidad o no del sistema de guarda compartida con el ordenamiento jurídico español, con cita de dos sentencias de la AP de Madrid que entienden que la guarda compartida es incompatible con el ordenamiento jurídico; 2.º sobre la idoneidad o inidoneidad genérica del sistema de custodia compartida para la mejor protección del supremo interés de los menores, y 3.º sobre la excepcionalidad o generalidad del sistema de custodia compartida en la resolución de los conflictos sobre guarda de menores.

El segundo submotivo se identifica en el apartado B), que se formula con fundamento en el art. 477.2.3 LEC por tratarse de una norma de menos de cinco años de vigencia. En un tercer submotivo, dice el recurrente que en el caso presente, la denegación de la guarda compartida se funda en unos informes desfasados, que podían ser aptos en las circunstancias y tiempo en que se emitieron, pero no se pueden extrapolar a otro momento. Dice que en el informe de 2005 se afirma que el clima de

conflicto entre los progenitores no favorece al menor, cuando hay sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona que dicen que este tipo de guarda favorece la comunicación. Aun en el caso de que el informe fuera contrario a la guarda y custodia, el juez puede adoptar la decisión que considere más conveniente y resumiendo, entiende que existe una clara contradicción entre la sentencia que se recurre y las que aporta como elemento de comparación de modo que la recurrida entra en contradicción con ellas en lo referente a la guarda compartida, por lo que al no acordarla ocasiona un perjuicio al menor y dicha contradicción significa que deba estimarse el recurso.

Los tres submotivos se desestiman.

En primer lugar debe recordarse aquí en qué consiste el interés casacional cuando se alega por existencia de sentencias contradictorias de las Audiencias Provinciales.

1.º El ATS de 12/07/2011, en recurso 2200/2010 dice: «por lo que respecta a la invocación de interés casacional por doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales en relación con la segunda alegación [...], se aprecia que el recurso incurre en la causa de inadmisión de inexistencia de interés casacional (art. 483.2.3.º, inciso segundo, de la LEC 2000). Conviene también recordar que aquí el “interés casacional” consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala (lo que constituye el presupuesto para el recurso), por lo que es obvio que ese conflicto jurídico debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque un “interés casacional” que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y por lo que respecta a la invocación de interés casacional por doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales en relación con la segunda alegación [...], se aprecia que el recurso incurre en la causa de inadmisión de inexistencia de interés casacional (art. 483.2.3.º, inciso segundo, de la

LEC 2000). O como afirman otros AATS, que se citan a continuación, “lo que constituye ‘interés casacional’ no es la mera diferencia entre la sentencia impugnada y otras resoluciones, sino la existencia de un previo y reiterado antagonismo entre órganos jurisdiccionales, que ha dado lugar a esa “jurisprudencia contradictoria” que el legislador trata de evitar [...]» (AATS 6, 13, 20 y 27 noviembre y 4 y 18 diciembre 2001, entre otros muchos).

2.º Como ya se ha dicho en la STS 578/2011, de 20 julio, resulta complejo determinar la contradicción entre sentencias de las Audiencias Provinciales en materia de guarda y custodia compartida cuando, en realidad, éstas están resolviendo sobre el punto concreto planteado y en relación con los informes aportados en los casos de disputa sobre si es o no conveniente la guarda compartida en cada caso concreto. Deciden sobre situaciones fácticas y, por consiguiente, no existe el previo antagonismo a que antes nos referíamos. Las resoluciones no pueden utilizarse como elementos de comparación, por resolver cuestiones de hecho.

3.º Dicho lo anterior, debe concluirse que el recurrente no ha demostrado la existencia de contradicción entre las sentencias aportadas, lo que hace ya inadmisibles el recurso de casación.

Además, el recurso incurre en otras causas de rechazo:

1.ª En realidad está impugnando la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia. No se insiste en este tema, que ya se ha argumentado en el FJ 2 de esta sentencia, en relación con el recurso por infracción procesal.

2.ª Esta Sala ha dictado ya diversas sentencias, estableciendo los criterios que deben regir la decisión judicial en la atribución de la guarda y custodia compartida, sobre la interpretación de la expresión «excepcionalmente», utilizada en el Art. 92.8 CC, concretamente la STS 579/2011, de 22 julio, cuyo contenido se incorpora por remisión.

3.ª Este Tribunal no puede entrar a valorar de nuevo la prueba practicada, sino solo comprobar si se ha decidido teniendo en cuenta el interés del menor, tal como se ha dicho ya en la STS 496/2011, de 22 julio. De lo que se ha argumentado, no se deduce que en la sentencia recurrida se hayan utilizado parámetros distintos, ya que se ha argumentado en base a los informes que figuran en el procedimiento. No hay un único argumento, como afirma en el recurso, sino que se estudian los informes, se contrastan con los parámetros que la propia Audiencia utiliza y se concluye en interés del menor, de forma objetiva.

Se desestima el recurso por infracción procesal en el que el padre cuestiona la profesionalidad del gabinete adscrito al Juzgado de Familia, pero sin recusar a los profesionales que en él trabajan, y pretende que no sean admisibles sus conclusiones. Los peritos no necesariamente deben ser licenciados en psicología, ya que la LEC hace referencia a «especialistas debidamente cualificados».

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Elisenda y D. Modesto contrajeron matrimonio en 2003. En 2004 nació su hijo.

D. Modesto presentó demanda de divorcio, solicitando entre otras medida que se le atribuyera a él la custodia del hijo menor, o subsidiariamente se estableciese la custodia compartida.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Madrid dictó Sentencia el 2 de julio de 2007 atribuyendo la custodia a la madre, valorando el informe psicosocial emitido por el psicólogo del servicio judicial correspondiente.

En grado de apelación, la Sec. 24.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 13 de octubre de 2008 confirmando la dictada por el Juzgado.

D. Modesto presenta recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso por infracción procesal.

El único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal denuncia «la incongruencia de la sentencia en cuanto a su motivación. Error en la apreciación de la prueba e infracción de ley al infringir el Art. 33 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Arts. 218 y 335 a 348 LEC, las normas del código deontológico del Colegio oficial de Psicólogos y el Art. 24 CE». Dice que no se ha aplicado la LEC en la tramitación del informe pericial emitido por el gabinete adscrito al Juzgado de 1.ª instancia de Madrid n.º 25, porque no se han respetado las normas del código deontológico del Colegio oficial de Psicólogos y el principio general de contradicción, porque no se pudieron rebatir las conclusiones de dicho informe. Ello provoca una indefensión manifiesta, porque se otorga un carácter prácticamente de juez a alguien que no tiene dicha capacitación y que además, el juzgador sigue sin tener conocimientos suficientes para resolver. Se otorgó el carácter de profesional a alguien que no se sabe si tiene esta calificación, por lo que la pericia que consta en los autos no puede ser considerada como tal. El recurrente pidió el nombramiento de un perito psicólogo de acuerdo con las normas de los Arts. 335 ss. LEC, que son de obligado cumplimiento. Todo ello ha vulnerado el derecho del recurrente a un proceso con las debidas garantías.

El motivo se desestima.

El motivo es rechazable por las siguientes razones:

1.ª En realidad, el recurrente pretende que se nombre un nuevo perito, tal como había pedido en el recurso de apelación. Para ello sin recu-

sar al autor del informe que figura en los autos, pretende que no sean admisibles sus conclusiones, olvidando que tuvo ocasión de plantearlo en su momento oportuno.

2.ª Las pruebas periciales deben ser valoradas por el juzgador de acuerdo con lo que dispone el Art. 348 LEC. En esta misma línea se pronuncia el Art. 92.9 CC al exigir al juez que recabe dictamen de «especialistas debidamente cualificados», no necesariamente licenciados en psicología, en relación al modo de ejercicio de la patria potestad y el régimen de custodia de los hijos menores. Además, el Art. 752.1 LEC establece un sistema de prueba abierto en los procedimientos que se refieran a menores. En cualquier caso, se aplicará el criterio del Art. 348 LEC, porque el juez no está nunca vinculado por un dictamen de peritos, aunque pueden ayudarle a tomar la decisión más conveniente.

3.ª El recurrente alega como infringido un grupo de artículos, sin determinar cuál de ellos ha sido objeto de la transgresión. Esta Sala ha repetido que no pueden alegarse las disposiciones infringidas en bloque, porque ello impide conocer exactamente donde se ha producido la vulneración que se imputa al juzgador de instancia.

4.ª El recurrente alega incongruencia, pero no aporta en ningún momento el punto de comparación necesario para que pueda examinarse la discrepancia entre el Fallo de la sentencia y lo pedido.

5.ª Se alega asimismo falta de motivación. Ciertamente la sentencia recurrida contiene una motivación sucinta en su Fundamento único. Sin embargo, la argumentación es suficiente, porque

permite de forma clara conocer las razones que llevaron a confirmar la sentencia apelada (ver, por todas STS 623/2009, de 8 octubre y las allí citadas).

6.^a La alegación de la infracción de disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño en este recurso no es admisible, porque se trata de normas sustantivas y no de procedimiento.

2. Recurso de casación.

El único motivo del recurso de casación formulado en interés casacional (*sic*), alega la inaplicación del Art. 92 CC. Dice que en el caso concreto se dan los requisitos para que se acuerde la guarda y custodia compartida porque ambos progenitores presentan similares posibilidades de cuidado y atención para con su hijo, tanto en lo relativo a los domicilios y horarios laborales. El juez debe valorar la viabilidad de los progenitores para llevar a cabo el régimen, siendo importante, aunque no decisiva, la relación que tengan. Alega una serie de sentencias de Audien-

cias Provinciales en las que funda su argumentación, aunque reconoce que no es uniforme.

El motivo no se estima.

Debe señalarse que lo único que pretende el recurrente es que se vuelva a analizar la prueba, utilizando esta Tribunal como una tercera instancia, lo que no corresponde al recurso de casación. En la sentencia recurrida se han valorado todos los elementos que según el Art. 92 CC deben concurrir para que pueda acordarse la guarda compartida, según se dice en las SSTs de 28 septiembre 2009 y 1 octubre 2010.

Las conclusiones a que ha llegado el juez después de valorar no solo la prueba, sino la propia actitud del recurrente durante el procedimiento, le han llevado a denegar la guarda compartida en interés del menor (STS 54/2011, de 11 febrero), que es el que debe protegerse de forma principal en estos procedimientos, como ha afirmado reiteradamente esta Sala. La sentencia recurrida ha actuado con criterios objetivos al denegar la guarda y custodia compartida, por lo que este recurso no es admisible.

VIVIENDA FAMILIAR

La protección del artículo 96.1 del CC no es aplicable a los hijos mayores de edad aunque todavía sean dependientes económicamente de sus padres, por lo que la atribución del uso de la vivienda familiar debe hacerse a favor del cónyuge más necesitado de protección.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 5 de septiembre de 2011

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

ANÁLISIS DEL CASO

D.^a Visitación interpuso demanda de divorcio contra D. Gerardo solicitando entre otros pronunciamiento la fijación de una pensión compensatoria de 700 euros mensuales, así como la atribución del uso del domicilio familiar.

D. Gerardo contestó a la demanda solicitando que se le atribuyera a él el uso del domicilio familiar.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Torrelavega dictó Sentencia el 19 de octubre de 2007 estimando la demanda y acordando atribuir el uso de la vivienda conyugal, así como del ajuar doméstico existente en el mismo, a los hijos del matrimonio y a la Sra. Visitación, hasta el momento de la liquidación de la sociedad legal de gananciales. D. Gerardo deberá

contribuir, en concepto de pensión de alimentos para sus hijos y dentro de los cinco primeros días de cada mes, con la cantidad de ciento cincuenta euros mensuales para cada uno de ellos. Esta cantidad se actualizará anualmente, conforme a la variación porcentual que en los doce meses inmediatamente anteriores experimente el IPC, aprobado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial que lo sustituya. D. Gerardo deberá abonar, en concepto de pensión compensatoria la cantidad de cuatrocientos euros mensuales a favor de D.^a Visitación. Esta cantidad se actualizará anualmente, conforme a la variación porcentual que en los doce meses inmediatamente anteriores experimente el IPC. D. Gerardo deberá abonar el importe del préstamo hipotecario.

En grado de apelación la Sec. 2.^a de la AP de Cantabria dictó Sentencia el 14 de mayo de 2008 revocando en parte la sentencia de instancia y acordando asignar el uso de la vivienda familiar, así como el ajuar doméstico existente en el mismo, al Sr. Gerardo y a los hijos del matrimonio, hasta que estos últimos concluyan su formación, por lo que la prestación de alimentos se hará personalmente por el padre, recibiendo y manteniendo en su propia casa a los hijos y por otro lado se condenaba a D. Gerardo a abonar en concepto de pensión compensatoria a D.^a Visitación la suma de 500 euros durante el plazo de quince años. La indicada cantidad se actualizará anualmente conforme al IPC.

D.^a Visitación interpuso recurso de casación, estimándose por el Tribunal Supremo en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar que se lo concedió a ella y a los hijos que en su compañía convivieren, tal y como se acordó en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Sentencia del Juzgado atribuyó el uso de la vivienda familiar a los hijos y a la esposa a cuyo cargo quedan, dada la carencia de ingresos de esta, aun cuando los hijos habían manifestado su voluntad de vivir con su padre, pero valorando su mayoría de edad en orden a fijar como límite para el disfrute de esa medida el momento de la liquidación del régimen matrimonial.

En cambio, la Sentencia de la Audiencia Provincial adjudicó el uso a los hijos y al marido, en cuya compañía se quedan por la dependencia económica de los hijos, pese a su mayoría de edad, y porque, siendo acreedores de pensión alimenticia para atender sus necesidades de vivienda y manutención, el núcleo familiar integrado por el padre alimentante y los hijos, se considera el más necesitado de protección hasta en tanto no se independicen o concluya su formación en tiempo razonable.

En recurso de casación la esposa pretendió justificar la existencia de interés casacional, esta

vez en la modalidad de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales (SSAP de Vizcaya, Sección 4.^a, de 13 de abril de 2005; de Cádiz, Sección 5.^a, de 19 de diciembre de 2006; de Navarra, Sección 2.^a, de 1 de septiembre de 2001; y de Cantabria, Sección 1.^a, de 24 de abril de 2000), con relación a la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos mayores de edad, aunque dependientes económicamente. Es su tesis que en este caso ha de prescindirse del interés de los hijos y adjudicarse la vivienda al cónyuge más necesitado de protección, esto es, a la esposa, dada su carencia absoluta de ingresos.

En relación con la atribución del uso de la vivienda al cónyuge más necesitado de protección cuando no existen hijos menores, sino mayores de edad, señaló la Sentencia del Tribunal Supremo lo siguiente:

El artículo 39.3 CE impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los

hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

En relación directa con dicho precepto, y como concreción del principio *favor filii* [a favor del hijo] o *favor minoris* [a favor del menor], el párrafo 1.º del artículo 96 CC atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad, y, de manera refleja o derivada, al cónyuge en cuya compañía queden. La controversia que se suscita versa sobre si esta forma de protección se extiende al mayor de edad, de forma que la circunstancia de alcanzar la mayoría no le prive (ni a él, ni indirectamente, tampoco al progenitor que lo tenga a su cuidado) del derecho a seguir usando la vivienda familiar.

Como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1.º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiéndose que el artículo 96 CC no depara la misma protección a los mayores.

Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1.º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 CC, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de

dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del CC, en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cual de los padres quiere convivir, no puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevara la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder. En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1.º sino del párrafo 3.º del artículo 96 CC, según el cual «No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

B) La aplicación de esta doctrina determina la estimación de esta parte del motivo o submotivo, pues la decisión de los hijos mayores de convivir con el padre no debió considerarse factor determinante a la hora de privar a la esposa de su derecho a usar el domicilio familiar, una vez acreditado y no discutido que las circunstancias en ella concurrentes lo hacían aconsejable por ser su interés el más necesitado de protección.

Cuando existen hijos menores hay que aplicar de forma imperativa lo dispuesto en el artículo 96 del CC y por tanto procede dejar sin efecto la atribución de otra vivienda de similares características cuyo alquiler iba a atender el progenitor no custodio garantizando con un aval bancario suficiente las rentas futuras.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Milagrosa y D. José Francisco contrajeron matrimonio en 1994. Tienen dos hijos, menores de edad, y el matrimonio se regía por el sistema de separación de bienes.

En sede penal, se dictó un auto el 19 de enero de 2009 de medidas civiles en un procedimiento por un presunto delito de malos tratos, amenazas, coacciones y presuntas faltas de vejaciones injustas en el ámbito de la violencia de género. En él se otorgaba a la madre la guarda y custodia de los hijos comunes, se imponía al padre la obligación de pago de una pensión alimenticia y se estableció un régimen de visitas.

D.ª Milagrosa interpuso contra D. José Francisco demanda de divorcio solicitando entre otras medidas la guarda y custodia de los hijos y la atribución del uso de la vivienda familiar.

D. José Francisco contestó a la demanda y formuló demanda reconventional solicitando, entre otras medidas: a) La atribución de la guardia y custodia de los hijos de forma compartida entre sus progenitores Doña Milagrosa y Don José Francisco, alternando quincenalmente la permanencia de los hijos con cada progenitor. b) Don José Francisco continuará en la vivienda de su propiedad, sita en esta Capital, y anexos, y D.ª Milagrosa pasará a residir, en régimen de alquiler, en otra vivienda de su elección, con plaza de garaje, de similares características a la antes referida que ha constituido vivienda familiar, siendo el costo del alquiler de dicha vivienda y plaza de garaje íntegramente de cuenta y cargo de Don José Francisco durante todo el tiempo que determine la Ley en función de los derechos que asisten a los hijos. A los fines de garantizar el cumplimiento puntual de la obligación de pago del alquiler que incumbe al Sr. José Francisco, éste ofrecerá Aval Bancario suficiente, mediante la constitución del correspondiente depósito, de tal forma que sea el Banco el que realice los pagos mensuales de la renta. Doña Milagrosa podrá, en cualquier momento, de ser ese su interés, retirar y hacer suyo el referido depósito, con la finalidad de aplicarlo a la compra de una vivienda y poner fin al régimen de arrendamiento.

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia el 3 de julio de 2009 declarando el divorcio, y acordando la custodia de los hijos a la madre y la atribución del uso de la vivienda familiar, además de fijar el correspondiente régimen de visitas y pensión alimenticia.

En grado de apelación la Sec. 1.ª de la AP de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia el 12 de julio de 2010 revocando en parte la Sentencia del Juzgado dejando sin efecto el pronunciamiento que acuerda la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a los

hijos menores y a la madre, Doña Milagrosa, en cuya compañía quedan, estableciéndose en su lugar el cumplimiento de la provisión de habitación a los hijos por el demandado don José Francisco, exactamente en los términos del ofrecimiento expresado en el fundamento tercero, lo que tendrá efectividad desde el momento en que dicho obligado facilite a los hijos menores y a la madre, doña Milagrosa, una vivienda en arrendamiento en los términos y condiciones ofrecidos; manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada.

D.^a Milagrosa presentó recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, quien confirmó la Sentencia dictada por el Juzgado de Violencia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Aunque el Juzgado de Violencia atribuyó el uso de la vivienda familiar, propiedad privativa del padre, a los hijos y a la madre, la Sentencia de la Audiencia Provincial aceptó el ofrecimiento efectuado por el padre en el siguiente sentido: «El demandado, D. José Francisco continuará en la vivienda de su propiedad [...], con sus anexos. Y la actora Milagrosa, pasará a vivir en otra vivienda de su elección, con plaza de garaje, de similares características a la que ha constituido hogar conyugal, en régimen de alquiler. El costo del alquiler de la vivienda que elija la Sra. Milagrosa, será abonado íntegramente por el esposo durante todo el tiempo que determine la ley en función de los derechos que asisten a los hijos. A los fines de garantizar el cumplimiento puntual de la obligación de pago del alquiler que incumbe al demandado, éste ofrece aval bancario suficiente, mediante la constitución del depósito correspondiente, en virtud del cual será el banco el que realice los pagos mensuales de la renta. D.^a Milagrosa podrá, en cualquier momento, de ser de su interés, retirar y hacer suyo el referido depósito, con la finalidad de aplicarlo a la compra de una vivienda y poner fin al régimen del arrendamiento». La Audiencia Provincial aceptó este ofrecimiento en virtud de los argumentos siguientes: a) «[...] el pronunciamiento que atribuye la vivienda es derivado de la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores sometidos a la patria potestad»; b) se trata de una medida provisional, «que no deja de tener un contenido patrimonial que concierne además a la ponderación de la cuantía de la pensión alimenticia en la que ha de entenderse comprendi-

da la provisión de habitación a los hijos, según especifica el Art. 142 CC»; c) «[...] el derecho que ha de merecer una protección preferente, conforme establecen los Arts. 96 y 103 CC, entraría en colisión con los legítimos derechos que al otro consorte puedan corresponder sobre el inmueble concernido»; d) se estima la propuesta del marido, porque «el contenido de habitación de la obligación alimenticia no tiene por qué estar constituido por una vivienda en propiedad —recuérdese, además privativa del padre obligado— sino que puede ser cumplido mediante una vivienda análoga en arrendamiento [...]».

El único motivo del recurso es la infracción del Art. 96.1 CC. Alega la recurrente las SSTS de 14 y 18 enero 2010. Dice que la sentencia que se recurre ha vulnerado el Art. 96.1 CC, que es una norma imperativa. Añade que cuando existe una controversia entre los cónyuges, el Art. 96.1 CC establece una solución basada en un «automatismo legal», que hace prevalecer el derecho de uso frente a los derechos de propiedad de la vivienda. Añade que en situación de crisis matrimonial, la sentencia firme solo puede seguir dos criterios: o el acuerdo, que será aprobado por el juez o en su defecto, la atribución al cónyuge en cuya compañía queden los hijos, siendo un derecho de carácter familiar.

El motivo se estima.

Esta Sala ha decidido el caso planteado en este litigio en las SSTS 221/2011, de 1 abril, 236/2011, de 14 de abril y 451/2011, de 21 junio.

La STS 221/2011, de 1 abril, sentó la siguiente doctrina: la atribución del uso de la vi-

vienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 CC, doctrina que se ha reiterado en la STS 236/2011, de 14 abril.

Es por ello, que se reproduce la doctrina de las citadas sentencias, que dice que: «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 protegido en esta disposición es el 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 y art. 81.2 CDF Aragón). 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.

La sentencia recurrida altera el sistema legalmente establecido en referencia al uso de la vivienda familiar, tal como aparece en el art. 96.1 CC. En efecto, dispone que los hijos pasen a ocupar una vivienda en alquiler, pagado por el padre tal y como se ha resumido en el FJ 1.º de esta misma sentencia.

Ciertamente, es una solución imaginativa que podría haberse aplicado si los progenitores

hubiesen estado de acuerdo y ello en virtud del principio de autonomía de la voluntad que preside el Art. 96.1 LEC. Pero cuando el divorcio se tramita como contencioso y el juez actúa de acuerdo con lo establecido en el Art. 91 CC, no es adecuada la interpretación de la norma en la forma propuesta en la sentencia recurrida, porque los jueces están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), que obliga a decidir en interés del menor. Por ello hay que reconocer que la interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida, se opone a lo que establece el art. 96.1 CC.

El Art. 96.1 CC no permite imponer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en dicho artículo no es la propiedad de los bienes que constituyen la vivienda, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una solución distinta a la establecida en el art. 96.1 CC, es decir, la atribución de un inmueble diferente, es posible si ambos progenitores lo acuerdan o, incluso sin pacto, se dan circunstancias que lo aconsejen. Pero este supuesto no ocurre aquí, y la adopción de la solución propuesta en la sentencia recurrida implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor.

Procede, por tanto, aplicar la doctrina sentada en las sentencias citadas, de acuerdo con la que «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 CC».

PENSIÓN COMPENSATORIA

Aunque la esposa se ha incorporado al mundo laboral no procede limitar temporalmente la pensión compensatoria fijada en la separación al persistir el desequilibrio económico. La pensión compensatoria no siempre debe ser temporal, dependiendo la temporalidad de las circunstancias concurrentes en cada caso.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de julio de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Federico y D.ª Gema contrajeron matrimonio en Salamanca el 15 de septiembre de 1989. Tienen dos hijos menores de edad.

El 7 de mayo de 2004 se dictó sentencia de separación que aprobó el convenio regulador presentado por los cónyuges.

El 16 de julio de 2007 D. Federico presentó demanda de divorcio solicitando, entre otros pronunciamientos, que se dicte sentencia declarando extinguida la pensión compensatoria establecida en su día a favor de la esposa al contar ésta con ingresos propios derivados de su incorporación al mundo laboral.

El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Paterna dictó sentencia el 25 de marzo de 2008 declarando el divorcio y acordando entre otras medidas las siguientes: «4. Atribuir a doña Gema el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de la misma, en la que residirá junto con los hijos cuya guarda y custodia se le ha encomendado. Y en relación con la misma imponer al demandante, don Federico, la obligación del pago íntegro de la cuota del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar hasta su total cancelación... 6. Don Federico abonara en concepto de pensión compensatoria a doña Gema la cantidad de 494,58 euros mensuales, que se actualizará en la forma descrita en el fundamento jurídico sexto, extinguiéndose dicha obligación una vez hayan transcurrido tres años desde la firmeza de esta resolución».

En grado de apelación, la Sec. 10.ª de la AP de Valencia dictó sentencia el 17 de noviembre de 2008, con el siguiente fallo: «Declaramos haber lugar en parte a los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de D. Federico y por la representación procesal de D.ª Gema contra la sentencia de fecha 25-3-2008 dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Paterna cuya resolución revocamos en el sentido de mantener las mismas acordadas en la sentencia de separación de fecha 7-5-2004 debidamente actualizadas, sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada».

D. Federico interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En lo referente a la pensión compensatoria, único asunto que se plantea en casación, el Juzgado argumentó lo siguiente: «a) debe procederse a la ponderación de los criterios establecidos en

el Art. 97 CC; b) aunque la esposa dispone de un trabajo, con ingresos propios, ello no implica la extinción automática de la pensión; c) la pensión compensatoria no viene determinada, en consecuencia, por la necesidad de subsistir de quien la reclama, pues de lo que se trata con ella es mantener el mismo “status” económico y social anterior a la separación o divorcio, lo que en el presente caso no se lograría, de extinguir en estos momentos, dicha pensión, si se tiene en consideración el claro desequilibrio económico entre los esposos; d) parece conveniente acordar una limitación del tiempo durante el cual debe recibir la Sra. Gema la pensión antes reconocida por cuanto tampoco puede exigirse indefinidamente al demandante que contribuya a mantener el “status” económico y social que con carácter previo a la separación tenía la demandada, y así, considerando que ésta trabaja y, por tanto, dispone de ingresos propios aunque sean mucho más modestos que los del demandante, que ha venido percibiendo pensión compensatoria desde el momento de la separación en el año 2004, y que además está exenta del pago de la cuota hipotecaria de la vivienda donde reside cuya satisfacción se ha impuesto en toda su integridad al actor, se considera adecuado establecer un término de tres años a contar desde la firmeza de la presente resolución para continuar percibiendo la pensión compensatoria antes acordada, transcurrido el cual la misma se extinguirá».

La de la Audiencia Provincial sección 10, de 17 noviembre 2008, estimó el recurso de D.^a Gema en lo relativo a la pensión compensatoria. Entendió que: a) para valorar el posible desequilibrio, debe sopesarse la posición del cónyuge, «[...] no solo en la faceta económica sino también teniendo en cuenta la pérdida de beneficios, influencias, amistades o cualquier otra circunstancia, de forma que la consecuencia sea el empeoramiento de su situación anterior en el matrimonio, lo que en cierto modo viene a corroborar que la enumeración que efectúa el Art. 97 no es exhaustiva, aunque sí de indudable importancia»; b) existen circunstancias especiales que son: 1.º el matrimonio ha durado 19 años; 2.º cuando se casaron tenían 25 y 24 años; 3.º han nacido dos hijos que en el momento de dictarse la sentencia tenían 16 y 12 años; 4.º se separaron en 2004, con convenio, habiendo du-

rado la convivencia 15 años; 5.º el marido ha pagado ya la pensión durante 4 años, y 6.º la esposa ha accedido al mundo laboral; c) en consecuencia, la Sala «estima que siguen persistiendo las circunstancias que motivaron en su día el señalamiento de la pensión compensatoria, sin que haya habido alteración bastante para su modificación, lo que implica no deba siquiera señalarse, por ahora, límite temporal alguno, revocándose en este punto la sentencia de instancia».

El recurrente en casación denuncia la infracción del Art. 97 CC, en relación con los Arts. 100 y 101, habida cuenta que la sentencia se opone a la doctrina del TS en relación a la temporalidad de la pensión compensatoria.

1.º En el primer apartado, se alegan las SSTTS de 14 octubre 2008, 10 febrero 2005, 28 abril 2005.

2.º En el segundo apartado se analiza la sentencia recurrida a la luz de lo dicho en las sentencias que se consideran infringidas y se dice que la de la 1.ª instancia está más de acuerdo con la doctrina de esta Sala, porque al dejar sin efecto la temporalidad de la pensión compensatoria, se opone a dicha doctrina.

3.º En el tercer apartado considera el recurrente que sí se dan los presupuestos para acordar la pensión con carácter temporal, porque la esposa tiene una independencia económica, lo que ha producido la desaparición del desequilibrio económico que en su día dio origen al pago de la pensión, al carecer la esposa en aquel momento de un trabajo. Además debe tenerse en cuenta la exención efectuada a la esposa del pago de la cuota hipotecaria sobre la vivienda ganancial, que ha sido abonada íntegramente por el recurrente.

El motivo, con sus apartados, no se estima.

Los diferentes apartados del recurso de casación no permiten estimar el recurso. Los argumentos son los que se exponen a continuación:

1.º No se cumple el requisito del interés casacional, porque la sentencia recurrida no se opone a las que el recurrente cita como infringidas. Efectivamente, La STS 43/2005, de 10 febrero, dictada en interés casacional, declaró la

siguiente doctrina «SEGUNDO: Declarar como doctrina jurisprudencial la posibilidad de acordar como medida en los procesos matrimoniales de separación y divorcio una pensión compensatoria de duración limitada —pensión compensatoria temporal—. Las otras dos sentencias que acompaña el recurrente en sus alegaciones aplican la doctrina sentada por la 43/2005.

2.º Esta sentencia, que las demás se limitan a aplicar, declara una doctrina jurisprudencial que amplía la interpretación de la redacción entonces en vigor del Art. 97 CC, de modo que se permitía la posibilidad de que se acordara la pensión compensatoria de manera temporal. El recurrente viene a afirmar que la jurisprudencia de esta Sala había declarado que la pensión era siempre temporal y ello no es cierto porque la propia sentencia cuya infracción se alega para justificar el recurso dice: «Sin embargo, 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» y añade «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. [...] 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 larga cita está justificada por la necesidad de centrar el argumento de la sentencia 43/2005 y las otras que la aplican, que es absolutamente distinto de lo que el recurrente pretende hacerles decir, tergiversando los razonamientos y las finalidades de la resolución de referencia, que únicamente pretendió adecuar el tipo de la pensión —indefinido o temporal— a las circunstancias sociales cambiantes (asimismo STS 472/2011, de 15 de junio y las allí citadas).

3.º La Ley 15/2005, de 8 julio modificó el Art. 97.1 CC e introdujo la siguiente frase en relación a la duración de la pensión: el cónyuge en quien concurran los requisitos exigidos en el primer párrafo de dicho artículo «[...] tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido», recogiendo la doctrina de la sentencia examinada. Por tanto, se trata de una alternativa que se aplicará en uno u otro sentido teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.

4.º Además, en el tercer apartado del motivo, el recurrente intenta justificar la necesidad de que la pensión compensatoria se acuerde como temporal, interpretando la prueba de manera distinta a cómo lo efectúa la sentencia recurrida. Por tanto, el intento de valoración de los elementos de hecho en una forma distinta de la efectuada en la sentencia recurrida debería haber sido planteada por medio del recurso extraordinario por infracción procesal por defectuosa valoración de la prueba y no por medio del recurso de casación, ya que resulta imposible revisar los hechos probados por un Tribunal inferior en su función de valoración de la prueba (STS 472/2011 de 15 de junio).

Se considera correcta la decisión de fijar un límite temporal de quince años a la pensión compensatoria, teniendo en cuenta que la convivencia se prolongó durante veinticuatro años y que la esposa se dedicó siempre a la familia, careciendo de cualificación profesional.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de septiembre de 2011

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos**

ANÁLISIS DEL CASO

D.^a Visitación interpuso demanda de divorcio contra D. Gerardo solicitando entre otros pronunciamientos la fijación de una pensión compensatoria de 700 euros mensuales, así como la atribución del uso del domicilio familiar.

D. Gerardo contestó a la demanda solicitando que se le atribuyera a él el uso del domicilio familiar.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Torrelavega dictó Sentencia el 19 de octubre de 2007 estimando la demanda y acordando atribuir el uso de la vivienda conyugal, así como del ajuar doméstico existente en el mismo, a los hijos del matrimonio y a la Sra. Visitación, hasta el momento de la liquidación de la sociedad legal de gananciales. D. Gerardo deberá contribuir, en concepto de pensión de alimentos para sus hijos y dentro de los cinco primeros días de cada mes, con la cantidad de ciento cincuenta euros mensuales para cada uno de ellos. Esta cantidad se actualizará anualmente, conforme a la variación porcentual que en los doce meses inmediatamente anteriores experimente el IPC, aprobado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial que lo sustituya. D. Gerardo deberá abonar, en concepto de pensión compensatoria la cantidad de cuatrocientos euros mensuales a favor de D.^a Visitación. Esta cantidad se actualizará anualmente, conforme a la variación porcentual que en los doce meses inmediatamente anteriores experimente el IPC. D. Gerardo deberá abonar el importe del préstamo hipotecario.

En grado de apelación la Sec. 2.^a de la AP de Cantabria dictó Sentencia el 14 de mayo de 2008 revocando en parte la sentencia de instancia y acordando asignar el uso de la vivienda familiar, así como el ajuar doméstico existente en el mismo, al Sr. Gerardo y a los hijos del matrimonio, hasta que estos últimos concluyan su formación, por lo que la prestación de alimentos se hará personalmente por el padre, recibiendo y manteniendo en su propia casa a los hijos y por otro lado se condenaba a D. Gerardo a abonar en concepto de pensión compensatoria a D.^a Visitación la suma de 500 euros durante el plazo de quince años. La indicada cantidad se actualizará anualmente conforme al IPC.

D.^a Visitación interpuso recurso de casación estimándose por el Tribunal Supremo en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar que se lo concedió a ella y a los hijos que en su compañía convivieren tal y como se acordó en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Sentencia del Juzgado concedió la pensión compensatoria de 700 euros al mes al entender que concurría el presupuesto fáctico determinante de la misma consistente en la existencia,

tras la ruptura, de un desequilibrio económico para uno de los cónyuges respecto del que tenía durante el matrimonio, pues, es un hecho probado, que durante los 23 años que duró el matrimonio la esposa no trabajó y se dedicó solo a las tareas domésticas, así como que, siendo necesario que comience su vida laboral, sus 46 años, su escasa experiencia y nula formación, van a dificultar su incorporación al mercado laboral.

La Audiencia Provincial dijo en su Sentencia que procedía el mantenimiento de la pensión compensatoria fijada a favor de la esposa ya que durante los 24 años de duración del matrimonio la esposa se dedicó exclusivamente al cuidado de la familia, careciendo de titulación y experiencia profesional, circunstancias, junto a su edad, que limitan sus posibilidades a la hora de acceder al mercado laboral. En cuanto a su cuantía, debe fijarse en atención a los ingresos acreditados del esposo (1.766 euros al mes, al descontar a los 2.066 euros que gana, con prorrateo de pagas extras, los 300 euros mensuales que importa la amortización mensual del préstamo hipotecario). Estos datos determinan su elevación hasta los 500 euros al mes. En cuanto a su limitación temporal, se establece en quince años, a la vista del desequilibrio y de la duración del matrimonio.

En el recurso de casación, la esposa adujo la existencia de interés casacional, en la modalidad de oposición a jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, fijada en SSTS de 10 de febrero y 28 de abril de 2005, en relación a la posibilidad de fijar límites temporales a la pensión compensatoria. Defiende la recurrente que la AP se apartó de los requisitos establecidos por la citada doctrina, al no atender más que a la realidad del desequilibrio y a la duración del matrimonio, y obviar los restantes factores del artículo 97 CC, fundando así su decisión favorable al establecimiento de un límite temporal de quince años en aspectos ajenos a la potencialidad real que, según sus circunstancias, tenía para acceder a un empleo que le permitiera superar en ese plazo de tiempo el desequilibrio justificador de la pensión.

Sobre la temporalidad de la pensión compensatoria y los límites para revisar en casación

la decisión adoptada en la instancia, razonó la Sentencia del Tribunal Supremo lo siguiente:

A) 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] y 14 de febrero de 2011 [RC núm. 523/2008]) que reiteran la doctrina favorable a la temporalidad fijada por las sentencias de 10 de febrero de 2005 y 28 de abril de 2005 —a las que hace alusión para acreditar el interés casacional— 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 esta 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] y 14 de febrero de 2011 [RC núm. 523/2008], 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 desequili-

brio 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 de octubre de 2008 [RC núm. 516/2005] y 17 de octubre de 2008 [RC núm. 531/2005], 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.

B) El expresado sentido de la doctrina existente sobre la materia determinan que haya que desestimar la infracción que se denuncia en el primer apartado del único motivo del recurso, toda vez que la decisión de la AP de fijar un límite de quince años a la pensión compensatoria, lejos de asentarse en criterios distintos de los afirmados o de resultar una decisión gratuita, arbitraria o carente de la más mínima lógica, se muestra como el resultado de un juicio prospectivo razonable, construido con criterios de prudencia y ponderación, sobre la posibilidad real que tenía entonces la actora de superar en tal espacio de tiempo la inicial situación desfavorable respecto a la de su marido que a aquella le generó la ruptura, y sustentado en los factores concurrentes previstos en el artículo 97 CC, que previamente le sirvieron para justificar su procedencia.

Así, siendo cierto que la AP toma en especial consideración que el matrimonio tuvo una dura-

ción de 24 años, no cabe, sin embargo, entender, como se pretende, que ha sido este el único factor que le ha llevado a limitar temporalmente su percepción ya que en el mismo FD se alude a la entidad del desequilibrio como factor igualmente determinante de la decisión. En efecto, si la AP decidió fijar un plazo sensiblemente superior al que suele ser habitual en situaciones similares fue únicamente tras valorar el prolongado tiempo de convivencia, durante el cual la esposa estuvo apartada del mercado de trabajo y dependía de su marido, así como su edad al tiempo de la ruptura y su escasa preparación profesional, factores todos ellos, contenidos en las circunstancias del artículo 97 CC, que si, en conjunto, ya le sirvieron para justificar la existencia de desequilibrio y procedencia de la pensión en la cuantía fijada, en buena lógica, no puede afirmarse que no fueran tomados también en consideración a la hora de valorar como notable el desequilibrio que debía ser superado (que se menciona expresamente en el citado FD Tercero, último párrafo), y, consecuentemente, a la hora de cifrar en quince años el tiempo que habría de necesitar para poder subvenir por sí misma sus necesidades, de modo que la función de restablecer el equilibrio, consustancial a la pensión compensatoria, se agotara transcurrido dicho plazo.

Frente a estos razonamientos, plenamente ajustados a la jurisprudencia indicada, no pueden prosperar unos argumentos de impugnación de los que meramente se desprende la disconformidad de la recurrente con el reseñado juicio prospectivo y sus consecuencias, pues la mera disconformidad con el señalamiento de un límite temporal a su percepción o con el plazo que se ha calculado suficiente para que cumpla su fin, no equivale a entender que dicho cálculo fue ilógico o irracional, ni que se sustentó en parámetros distintos de los previstos legal y jurisprudencialmente, y con menor motivo en un caso en el que el plazo fijado equivale a casi dos terceras partes de la duración del vínculo matrimonial y cuyo aumento solo tendría razón de ser de concebirse la pensión compensatoria como algo que no es, es decir, como instrumento de nivelación patrimonial, o que responde a situaciones de necesidad.

En conclusión, en la medida que la decisión de la AP se encuentra perfectamente razonada,

y que en su actuación se ajusta a los parámetros de prudencia y ponderación a los que se hizo referencia, sus conclusiones, en particular la re-

ferente a no concederla con carácter vitalicio y limitar su percepción a quince años, han de ser respetadas en casación.

Para valorar si la herencia recibida por la ex esposa es causa de modificación o extinción de la pensión compensatoria habrá que tener en consideración su entidad en el plano económico, la disponibilidad sobre los bienes que la integran y la posibilidad de rentabilizarlos. En el presente caso la mayoría de bienes están siendo usufructuados por la madre de la ex esposa, por lo que no concurre causa de modificación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de octubre de 2011

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

ANÁLISIS DEL CASO

D. Efraín interpuso demanda de modificación de medidas contra D.ª Camino en relación con la pensión compensatoria que debía pagar a su esposa, fijada definitivamente en autos de divorcio consensual (sentencia de 26 de abril de 1993) en la suma de 100.000 pesetas al mes. En la demanda instaba la extinción de la pensión compensatoria en su día reconocida o, subsidiariamente, su limitación temporal a un año, o su reducción a la suma de 500 euros mensuales durante dos años, con fundamento en la desaparición de la situación inicial de desequilibrio por consecuencia del tiempo transcurrido y en la alteración sustancial de las circunstancias económicas de los cónyuges (disminución de los ingresos del marido, que además debía hacer frente a las cargas familiares de un segundo matrimonio con dos hijos, y mejora de la situación patrimonial de la esposa a consecuencia de la herencia recibida).

D.ª Camino se personó en autos y se opuso a la estimación de la demanda.

El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Málaga dictó Sentencia el 1 de febrero de 2007 estimando la demanda y declarando extinguida la pensión compensatoria.

En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Málaga dictó Sentencia el 27 de marzo de 2008 estimando el recurso interpuesto por D.ª Camino y desestimando la demanda.

D. Efraín interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Razonamiento jurídico de la Sentencia de Primera Instancia para declarar extinguida la pensión compensatoria.

El actor solicita la extinción de la pensión compensatoria fijada a favor de su ex mujer en base al empeoramiento de su situación económica y a la mejora de la de su esposa, pretensión a la que esta se opone aduciendo que subsisten idénticas

circunstancias a las que existían cuando se fijó y el mismo desequilibrio que la motivó.

La pensión compensatoria solo puede modificarse por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno y otro cónyuge, procediendo su extinción, entre otras causas, por el cese de la causa que motivó su reconocimiento, según se establece en los artículos 100 y 101 CC.

No puede decirse que la situación económica del actor haya empeorado tras el cese de la convivencia. Más bien, sus ingresos y patrimonio han aumentado, de modo que, aun teniendo en cuenta su nueva familia, su capacidad económica no se ha visto reducida.

No obstante, la mejora de la posición económica del actor no es un dato a tener en cuenta en cuanto al mantenimiento o no de la pensión compensatoria, dado que tales mejoras son posteriores al cese efectivo de la convivencia. Basta con constatar que no ha empeorado, y que, teniendo en cuenta su edad y su próxima jubilación, de sus declaraciones de IRPF se deduce que es propietario de distintos inmuebles y posee en bolsa o activos financieros en distintas sociedades por importe o valoración superior al millón de euros.

Para determinar la procedencia de la pensión solo resta examinar la situación de la esposa, a cuyo fin debe partirse de los siguientes hechos acreditados:

- La convivencia marital duró 25 años.
- Cuando se produjo la separación la esposa quedó a cargo de siete hijos, tres de ellos menores de edad.
- Cuando se produjo la separación la esposa tenía 46 años de edad, habiéndose dedicado todo el tiempo al hogar y a la familia, siendo el marido el que aportaba todos los ingresos por su trabajo en el Servicio Andaluz de Salud como Dermatólogo y en su consulta privada.
- Los cónyuges liquidaron el haber ganancial al separarse, adjudicándose la esposa la vivienda familiar y anexos con su mobiliario, más cinco millones de pesetas, quedándose el marido una vivienda en la C/ Larios, una plaza de aparcamiento, una finca en Mijas, el equipo médico, enseres y maquinaria de labranza y libros de la biblioteca.
- El marido viene obligado a pagar la pensión de 100.000 pesetas a la esposa desde el auto de medidas provisionales del procedimiento de separación de 20 de mayo de 1992, es decir, desde hace más de 14 años [en el momento de dictarse sentencia por el Juzgado].

— Tras recibir la herencia de su padre, la esposa es dueña de una vivienda en la C/ Cánovas del Castillo, más la participación indivisa en la nuda propiedad, que comparte con su hermana y su madre, en tres apartamentos en Madrid y una plaza de aparcamiento, además de la propiedad adjudicada al liquidarse el haber ganancial.

En atención a estos hechos, debe accederse a la solicitud de extinción teniendo en cuenta, fundamentalmente, el tiempo transcurrido desde el cese efectivo de la convivencia conyugal y que la pensión compensatoria no puede concebirse como vitalicia, por lo que el simple hecho de haberla abonado durante 15 años desde el cese efectivo de la convivencia es circunstancia a tener en cuenta necesariamente para valorar si con ello se ha compensado el desequilibrio que la motivó. Además del tiempo transcurrido debe tenerse en cuenta que la beneficiaria puede obtener rentas de la rentabilización de diferentes inmuebles, y que cuando se produjo la ruptura aún contaba con una edad como para procurarse un trabajo.

2. Razonamiento jurídico de la Sentencia de la Audiencia Provincial para desestimar la demanda en su integridad.

Solicita la parte recurrente la revocación de la sentencia apelada y el dictado de otra que desestime la pretensión de modificación de medidas instada de contrario, por entender, en cuanto al fondo, que existe error en la valoración de la prueba y que no quedó acreditada una alteración sustancial de las circunstancias económicas de uno y otro cónyuge que justifique su extinción.

La Sala no comparte la afirmación de la sentencia apelada de que no cabe concebir en ningún caso la pensión compensatoria como vitalicia, pues la posibilidad de fijarla con carácter temporal surgió con la reforma del artículo 97 CC tras Ley 15/2005, de 8 de julio, norma que no estaba en vigor cuando se fijó la pensión compensatoria sin límite temporal (sentencia de 26 de abril de 1993, aprobando convenio regulador firmado por las partes en escritura de 12 de febrero de 1993). En consecuencia, no cabe revisar lo acordado porque ello supondría una vulneración del principio de irretroactividad

de las normas, prohibido por artículo 2.3 CC y 9.3 CE, y dar efectividad a una modificación legislativa posterior para acabar con un derecho adquirido y ejercitado ininterrumpidamente, en vulneración también del artículo 222 LEC sobre la cosa juzgada, que impide un segundo pleito con el mismo objeto que el resuelto por sentencia firme.

Partiendo de la imposibilidad de reconsiderar ahora algo que fue resuelto en momento y forma oportuno, el CC solo admite dos posibilidades de alteración, una de extinción (artículo 101 CC) que ni siquiera ha sido alegada, y otra simplemente modificativa (artículo 100 CC), en base a alteraciones sustanciales en la fortuna de uno y otro cónyuge.

El Diccionario define sustancial como esencial y el mero transcurso del tiempo no puede calificarse como alteración sustancial, aunque el marido tenga más cerca la jubilación o haya formado una nueva familia, al ser esta una decisión voluntaria que tomó tras sopesar pros y contras, que no puede afectar los derechos de otras personas previamente adquiridos, pudiéndose compensar con que los siete hijos del primer matrimonio se encuentran perfectamente independizados desde hace tiempo y no suponen una carga para el progenitor, ni tampoco el hecho de que la perceptora haya recibido algo tan previsible como la herencia de su padre, sin facultad de disfrute por corresponderle en la mayoría de los bienes únicamente el usufructo, sin que tampoco pueda valorarse en su contra el que uno de sus hijos —médico de profesión— conviva con ella.

3. Motivos del recurso de casación.

El recurso consta de un único motivo en el que, con una fórmula próxima a un escrito de alegaciones, se denuncia la infracción del artículo 97 CC, en relación con los artículos 100 y 101 CC, y se aduce la existencia de interés casacional (en la doble modalidad de oposición a la doctrina de esta Sala y de contradicción entre Audiencias) por haber vulnerado la sentencia recurrida dichos artículos desde una doble perspectiva: por la interpretación que se hace de la doctrina en torno a la temporalidad, y por la concepción de lo que ha de entenderse como una alteración sustancial de las circunstancias.

A) *Temporalidad de la pensión compensatoria.*

En el FD Tercero de la sentencia recurrida, la AP entiende que no es posible ni limitar temporalmente ni extinguir la pensión compensatoria por el mero transcurso del tiempo, puesto que dicha posibilidad se introdujo con la reforma del 2005, de manera que todas las pensiones fijadas con anterioridad han de considerarse vitalicias.

Este criterio de la Sección 6.^a se opone a la doctrina del TS, fijada en sentencia de 10 de febrero de 2005 y de 28 de abril de 2005 (que se extractan).

Lo que hace la Ley 15/2005 es introducir legalmente una posibilidad que, ya antes de su entrada en vigor, la jurisprudencia admitía, aunque el artículo 97 CC no la recogiera expresamente.

De igual forma, la sentencia se opone a lo dicho por distintas Audiencias Provinciales desde antes de la entrada en vigor de dicha reforma.

Se citan las SSAP de Navarra, de 13 de diciembre de 2002 y 18 de diciembre de 2002, en el sentido de admitir su fijación con carácter temporal.

B) *Alteración sustancial de las circunstancias.*

Existe interés casacional al resultar la decisión de la AP contraria a la doctrina de diversas Audiencias Provinciales en lo referente al hecho previsible de la herencia que percibió la beneficiaria.

En su FD Cuarto, la AP declara que no puede calificarse como alteración que la mujer haya percibido algo tan previsible como la herencia de su padre.

Al respecto existe doctrina contradictoria de diversas Audiencias.

Así, el criterio de la recurrida se comparte por las SSAP de Madrid, Sección 24.^a, de 22 de noviembre de 2004 y de Madrid, Sección 22.^a, de 16 de abril de 2002.

En sentido opuesto, SSAP de Asturias, Sección 6.^a, de 4 de mayo de 2007; Asturias, Sección 1.^a, de 19 de mayo de 2004; Sevilla, Sección 2.^a, de 9 de mayo de 2007 y Sevilla, Sección 5.^a, de 23 de junio de 2004. Estas sentencias consideran que el hecho de percibir una herencia sí es susceptible de provocar una alteración sustancial de

las circunstancias que puede dar lugar a la modificación de las medidas.

Cita y extracta la SAP Asturias, Sección 7.ª y de Sevilla, Sección 2.ª

Además, los bienes de la herencia le pertenecen en exclusiva a la ex esposa (en concreto la vivienda de la C/ Cánovas del Castillo) y si no la alquila es porque no quiere, como reconoció durante la vista (minuto 19:10 CD 1).

En conclusión, resulta probado que el demandante lleva pagando la pensión más de 15 años, y que, si bien la posición económica del pagador no ha variado, sí lo ha hecho la de la beneficiaria, a resultas de una importante herencia, además de que dispone de una importante capacidad de ahorro que le ha permitido tener más de 7.000 euros en una cuenta corriente. Todo lo cual determina que se haya mitigado el desequilibrio económico que se produjo en el momento de la separación, lo que lleva automáticamente a la extinción de la pensión como declaró el Juzgado. La decisión en contra de la AP fue incorrecta al apoyarse en una interpretación conculcadora de la doctrina de la Sala Primera y de diversas Audiencias.

Termina la parte solicitando de esta Sala «[...] dicte sentencia estimando el presente recurso, casando la sentencia recurrida y, confirmando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Málaga de uno de febrero de 2007, haciendo el pronunciamiento procedente en materia de costas, tanto en el presente recurso de casación como en el recurso de apelación, como en la primera instancia».

4. Razonamiento jurídicos del Tribunal Supremo para desestimar el recurso de casación.

A) Temporalidad de la pensión compensatoria.

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] y 14 de febrero de 2011 [RC núm. 523/2008]) 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 esta 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] y 14 de febrero de 2011 [RC núm. 523/2008], 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], de 28 de abril de 2010 [RC núm. 707/2006] y de 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.

B) Presupuestos para su modificación y extinción.

Por lo que se refiere a su extinción posterior, el criterio seguido por esta Sala es contrario a la posibilidad de 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.

Así, en un supuesto en que se aducía interés casacional en la modalidad de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, y en el que también la parte recurrente reprochaba que no se hubieran valorado esas circunstancias como causa de limitación temporal o supresión del citado derecho a pensión, esta Sala (STS de 3 de octubre de 2008 [RC núm. 2727/2004], citada por la más reciente de 27 de junio de 2011 [RC núm. 599/2009]) consideró, en síntesis, lo siguiente:

a) que presupuesto básico para la concesión o reconocimiento de la pensión es la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges provocado por la ruptura conyugal que determine, para el acreedor de la pensión, un empeoramiento con relación a la situación de la que disfrutaba en el matrimonio (y no una situación de necesidad, por lo que compatible su percepción incluso en caso de contar con medios económicos para subsistir), siendo necesariamente al tiempo de producirse la ruptura cuando se han de valorar las circunstancias y resolver tanto lo referente a si procede o no reconocer el

derecho y en qué cuantía, como además, sobre su duración indefinida o su fijación con carácter temporal;

b) que 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, 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;

c) 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. En consecuencia, lo que procede, según la referida sentencia, es dilucidar 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)—. Y según dicha sentencia, no ha lugar a modificar la pensión de no haberse alterado sustancialmente las fortunas de las partes, ni a extinguirla, por imposible subsunción en el 101 CC, por el mero transcurso del tiempo o por las resultas de la liquidación de la sociedad de gananciales dado que «las circunstancias determinantes del desequilibrio y de la subsistencia del mismo más allá de un plazo determinado, que condujeron al reconocimiento de una pensión compensatoria vitalicia, no pueden verse alteradas por el mero transcurso del tiempo en la medida que lo relevante no es el dato objetivo del paso del mismo, sino la superación de la situación de desequili-

brio que justificó la concesión del derecho, lo que no ha ocurrido, debiéndose descartar también que el hecho de que la esposa fuera adjudicataria de bienes como resultado de liquidarse la sociedad de gananciales implique un incremento de su fortuna con relación a la que fue tomada en consideración, reveladora de la posibilidad de superar el desequilibrio que justificó la pensión, pues la liquidación sólo provoca la concreción del haber ganancial, es decir, que la esposa viera concretado en bienes y derechos determinados el haber ganancial que ya le correspondía vigente el matrimonio, siendo así que su fortuna no ha variado ni dicha liquidación afecta a la situación de desequilibrio, cuando esta tiene que ver con circunstancias como la dedicación a la familia y la pérdida de expectativas laborales o profesionales ajenas a que la esposa se encuentre con bienes o medios suficientes para subsistir a raíz de dicha liquidación». En consecuencia, debe atenderse exclusivamente al dato objetivo de si se superó o no el desequilibrio.

Sin embargo, esta Sala no ha tenido hasta la fecha ocasión de pronunciarse sobre la posible incidencia de la herencia recibida por el cónyuge perceptor de la pensión, en orden a apreciar la concurrencia de la alteración sustancial a que se refiere el artículo 100 CC o, la desaparición del desequilibrio determinante del reconocimiento del derecho a pensión, a que se refiere como causa de extinción de la misma el artículo 101 CC. Sobre su relevancia a la hora de apreciar la concurrencia de una alteración sustancial de la fortuna del perceptor, cuestión a la que se contrae la segunda parte del actual recurso, la doctrina de las Audiencias se ha mostrado dividida entre quienes consideran que sí ha de considerarse como un cambio sustancial determinante de la modificación, y quienes, como la sentencia recurrida, mantienen el criterio contrario. Entre las primeras, SSAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 13 de abril de 2011; Gerona, Sección 1.^a, de 26 de octubre de 2010; entre las segundas, SSAP Madrid, Sección 22.^a, de 15 de octubre de 2010; La Coruña, Sección 3.^a, 15 de septiembre de 2010.

En teoría, es razonable valorar el hecho de recibir una herencia como una circunstancia no previsible y, por ende, que no procedía tomar

en cuenta cuando se fijó la pensión compensatoria. Entendida pues como una circunstancia sobrevenida, de imposible o difícil valoración *a priori*, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión, la percepción de la herencia tendría cabida en el concepto de alteración sustancial de aquellas iniciales circunstancias, que es el presupuesto contemplado en el artículo 100 CC para que pueda estimarse la pretensión de modificar la cuantía de la pensión reconocida. Sin embargo, que en la práctica tal alteración tenga efectivamente lugar con ese carácter de sustancial o esencial a consecuencia de la herencia aceptada es algo que no puede afirmarse sino tras examinar las circunstancias del caso concreto, y en particular, después de valorar su entidad en el plano económico, la disponibilidad que al acreedor corresponde sobre los bienes que la integran, y, en suma, la posibilidad efectiva de rentabilizarlos económicamente (pues sin esta rentabilización, la mera aceptación de la herencia no se va a traducir en una mejora de la situación económica). De lo que se sigue que la decisión de la AP en uno y otro sentido, como resultado de valorar tales circunstancias fácticas que singularizan el supuesto enjuiciado, no puede ser revisable en casación, ni es útil al objeto de sentar jurisprudencia con base al aludido interés casacional.

C) Aplicación de la doctrina expuesta al caso enjuiciado.

El expresado sentido y alcance de la doctrina mencionada en los FD precedentes determinan que deba rechazarse el motivo y confirmarse la decisión de la AP de considerar improcedentes tanto la pretensión de extinción de la pensión, como la subsidiaria dirigida a lograr su modificación.

a) En relación con la interpretación que hace la AP de la doctrina en torno a la temporalidad —cuestión respecto de la que se alega la concurrencia de interés casacional en la doble modalidad de oposición a la jurisprudencia de esta Sala y de doctrina contradictoria de las Audiencias, si bien en este último caso, sin la necesaria confrontación de resoluciones en uno y otro sentido—, debe recordarse que, contra-

riamente a lo afirmado en la sentencia recurrida, la posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias no surgió con la reforma del año 2005, pues ya antes de su entrada en vigor diversas Audiencias y la jurisprudencia de esta Sala, se habían pronunciado favorablemente a la misma. Por tanto, no ha lugar a considerar lo resuelto con arreglo a esa doctrina como el resultado de la aplicación retroactiva de una norma aún no vigente. No obstante, lo verdaderamente relevante es que, en todo caso, antes y después de la citada modificación legislativa, la temporalidad de la pensión se contempla, por la doctrina y por el legislador, como una opción y no como una obligación. De lo que se sigue que, tanto antes, como a la luz del vigente texto, 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, plazo que precisamente dependerá de un juicio prospectivo sobre la idoneidad o aptitud del receptor para superar el desequilibrio que constituye su razón de ser, en un mayor o menor espacio de tiempo.

En la medida que a estos parámetros se ajustan todas las sentencias invocadas por el recurrente, el interés casacional que se aduce en el primer apartado del motivo, en materia de temporalidad de la pensión compensatoria, incluso de tenerse por suficientemente acreditado en las fases de preparación e interposición, ha de calificarse como artificioso, pues en ninguna de tales resoluciones se contempla como obligatorio su reconocimiento con carácter temporal, y menos aún se contempla en ellas que el mero transcurso del tiempo imponga, a la luz de la actual doctrina y normativa sobre la materia, que se revisen, por no ajustadas a Derecho, las decisiones anteriores favorables a su fijación por tiempo indefinido.

En línea con lo anterior, se ha de descartar también la posibilidad de extinguir una pensión concedida con carácter vitalicio atendiendo únicamente al mero transcurso del tiempo y no al dato objetivo de la subsistencia o no del desequilibrio que la motivó. Sustenta esta conclusión el que, frente a una decisión anterior en pleito de

divorcio favorable al reconocimiento del derecho a pensión compensatoria con carácter vitalicio, que respondió a la voluntad de los propios esposos manifestada en convenio regulador, ratificada luego por el órgano judicial, que tampoco se ha probado que se asentara en criterios distintos de los afirmados por la jurisprudencia, ni que resultara una decisión gratuita, arbitraria o carente de la más mínima lógica, y que, por consiguiente, ha de verse en el actual pleito como el resultado de un juicio prospectivo razonable, construido con criterios de prudencia y ponderación, sobre la posibilidad real, valoradas las circunstancias del artículo 97 CC, que tenía entonces la actora de no superar en un tiempo determinado el desequilibrio que le generó la ruptura, la extinción ulterior de dicho derecho quedaba constreñida a la concurrencia de alguna de las causas que se recogen en el artículo 101 CC, entre las cuales no aparece el mero transcurso del tiempo, sin que resulte admisible ligar automáticamente el discurrir del tiempo con la desaparición de la situación de desequilibrio que motivó su reconocimiento cuando precisamente constituye un hecho probado por la AP, no revisable en casación, que el desequilibrio resultaba subsistente al tiempo de presentarse la demanda de modificación.

b) Descartada la procedencia de la extinción, resta examinar la segunda infracción, vinculada con la pretensión modificativa formulada con carácter subsidiario a lo largo del pleito y que en casación se constriñe a dilucidar si cabe o no apreciar una posible alteración sustancial de las circunstancias por consecuencia de la herencia recibida por la beneficiaria de la pensión en orden, sino a extinguirla, sí al menos a reducir el importe de la misma.

Prescindiendo del defecto —oportunamente denunciado por la parte recurrida en el trámite de oposición al recurso— de no haber sido debidamente acreditada la contradicción doctrinal aducida (la parte se limita a enumerar, en uno y otro sentido, sentencias procedentes de órganos diversos), existen razones de fondo que impiden estimar la existencia de la vulneración denunciada pues ya se ha dicho que el juicio jurídico sobre la incidencia esencial o sustancial de la herencia aceptada en la mejora de la situación

económica de la perceptora se asienta en el juicio fáctico sobre las circunstancias del caso concreto, que permiten valorar su entidad en el plano económico, la disponibilidad que al acreedor corresponde sobre los bienes que la integran, y la posibilidad efectiva de rentabilizarlos económicamente, y en el supuesto que nos ocupa, no

puede obviar la parte recurrente que la capacidad de la recurrida para rentabilizar la herencia de su padre se encuentra muy limitada desde el momento que, según se declara probado por la AP y no cabe revisar en casación, el disfrute de la mayoría de los bienes relictos corresponde a la viuda usufructuaria.

CUESTIONES PROCESALES

Legitimación de los tutores de una mujer incapacitada en situación de coma vigil para interponer una demanda de divorcio, al haber quedado acreditado que la acción se ejercía en su interés.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Pura y D. Maximino contrajeron matrimonio el 16 de mayo de 1998; de dicho matrimonio no nacieron hijos.

El 11 de marzo de 2000 D.ª Pura sufrió un grave accidente de circulación, como consecuencia del cual quedó tetrapléjica y en estado de coma vigil, del que no se ha recuperado hasta la fecha.

Se inició un procedimiento de incapacitación. En la sentencia de 1.ª Instancia se atribuyó la tutela al marido, D. Maximino, revocándose dicha sentencia por la de la Audiencia Provincial, que concedió la tutela a los padres por razón de su mayor disponibilidad para hacerse cargo de la tutelada.

D. Luis Antonio y D.ª Elsa, actuando como tutores de su hija Pura contra D. Maximino. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: «... Se declare el divorcio con los efectos inherentes a dicho pronunciamiento, y con expresa imposición de costas a la parte demandada si se opusiera a ello, junto con todo lo demás que proceda en Derecho».

Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de D. Maximino los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... Se declare la improcedencia del divorcio solicitado por falta de legitimación activa de los tutores, o subsidiariamente por las dos cuestiones de fondo planteadas, sin expresa imposición de costas, sin perjuicio de la demanda reconvenional que se formula sobre la disolución del régimen económico matrimonial».

En dicho escrito se formula demanda reconvenional, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, para terminar suplicando: «... dicte en definitiva sentencia por la que se declare disuelta y extinguida la sociedad de gananciales y el régimen económico matrimonial de los cónyuges con fecha de efectos de 11 de Marzo de

2000, subsidiariamente el 3 de Diciembre de 2001, y subsidiariamente a lo anterior el 15 de Mayo de 2002, sin perjuicio de la liquidación que deba efectuarse por los cauces legalmente establecidos desde la fecha que el Juzgador estime oportuna».

El Ministerio Fiscal presentó escrito interesando: «... se dicte sentencia conforme a derecho, velándose siempre por los intereses de los hijos menores de edad afectados en el presente proceso».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Vitoria dictó Sentencia el 24 de septiembre de 2007 desestimando la demanda de divorcio.

En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la Audiencia Provincial de Álava dictó Sentencia el 5 de junio de 2008 estimando el recurso y declarando el divorcio con todos los efectos inherentes.

D. Maximino interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia del juzgado de 1.^a Instancia n.º 4 de Vitoria-Gasteiz, de 24 septiembre 2007, estimó la legitimación de los tutores, siguiendo el criterio de la STC de 18 diciembre 2000, pero denegó el divorcio. Dijo: a) que no está clara la aplicación de la doctrina de la STC 311/2000 al divorcio, porque éste significa la ruptura y disolución del vínculo matrimonial; b) la prestación del consentimiento para contraer matrimonio es un acto personalísimo y no se permite que sea prestado por otra persona; en consecuencia esta misma limitación afecta al consentimiento para el divorcio; c) el ejercicio de tales acciones solo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge.

La sentencia de la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Álava, de 5 junio 2008, revocó la apelada. Dice que: a) el argumento de admitir la legitimación activa de los tutores, pero denegar el divorcio lleva a una solución vacía de contenido, de modo que «los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio y para obtener una resolución acorde a sus pretensiones, siempre que concurren los requisitos exigidos por el legislador»; b) si no fuera así, se estarían vulnerando los derechos a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad; c) no sería lógico que el esposo pudiera obtener el divorcio en cualquier momento y que no pueda solicitarlo la esposa a través de sus tutores; d) finalmente,

añade que «no existe, pues, base legal inequívoca que preste fundamento a la distinción entre actos personalísimos o no personalísimos, en cuanto complemento interpretativo o matización del alcance del Art. 267 CC, para desembocar con esa distinción en una restricción del ámbito representativo del tutor, que ha sido en este caso la base de la negativa de acceso a la justicia en nombre del incapacitado».

Se alega en el recurso la infracción de la jurisprudencia sobre el carácter personalísimo de la acción de divorcio en relación con las normas sustantivas de aplicación, que considera son los Arts. 81, 86, 267, 271 y 272 CC: necesidad de concurrencia del interés tutelable del incapaz. El interés casacional está justificado por las sentencias del Tribunal Supremo de 27 febrero 1999 y 26 mayo 1982. Hay que analizar el carácter personalísimo de la acción de divorcio que la sentencia recurrida niega, carácter del que se desprende la exigencia de un interés tutelable exclusivamente del incapaz en el ejercicio de la acción de divorcio. El único acto personalísimo comparable a esta acción es el matrimonio, cuyo consentimiento no puede ser sustituido por los tutores. Del Art. 267 CC se desprende que la mayor o menor extensión de las facultades representativas, no incluyen el ejercicio de las acciones personalísimas. Dice que de la STS de 27 febrero 1999, se deduce la exigencia de un

interés tutelable del incapaz para que prospere la acción de divorcio una vez concurran los requisitos legales.

1. Planteamiento constitucional de la legitimación para ejercitar la acción del divorcio por los representantes legales del incapaz.

A los efectos de la motivación de la presente sentencia, resulta indispensable el examen de la STC 311/2000, de 18 diciembre, alegada por las partes a lo largo del presente procedimiento y en el propio recurso de casación.

La STC 311/2000 se pronunció sobre el ajuste a la Constitución de las sentencias 105 y 106, de 23 febrero 1998, dictadas por la Audiencia Provincial de Asturias, que habían negado legitimación para ejercer la acción de separación a la madre y tutora de una persona incapacitada. El TC decidió que debía protegerse el derecho a la tutela judicial efectiva de la persona incapaz y declaró que se había lesionado este derecho por la negativa a que la madre tutora pudiera ejercitar la acción. La STC se planteó, en primer lugar, si concurría o no un interés legítimo que se habría impedido por no haberse permitido el acceso a la tutela judicial efectiva. El argumento que utilizó la sentencia de referencia decía que «[...] la separación matrimonial y la acción judicial que constituye el medio para obtenerla, vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando ésta les resulta perjudicial [...]», interés que puede residir bien en una situación de peligro físico, bien en una situación «patrimonial en supuestos fácilmente reconducibles al incumplimiento de estos deberes». Negar legitimación al tutor «determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general, del posible ejercicio de acciones [...], el ejercicio de la separación solo puede verificarse por medio de su tutor, con lo que si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia [...]». El cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción de separación en aquel

caso, «[...] no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela», por lo que «[...] desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del Art. 49 CE en cuanto al tratamiento de los incapaces y del Art. 32.1 CE en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio».

El voto particular concurrente del propio ponente va más allá, en cuanto que supera en su argumentación, la tradicional distinción entre derechos personales y derechos personalísimos, que solo podrían ser ejercitados por el titular y nunca por su representante legal. Así afirmaba que negar al tutor la legitimación para el ejercicio de la acción de separación «no se basa en un precepto legal inequívoco, sino más bien en un concepto doctrinal de acciones personalísimas, que es el que subyace en la interpretación del Art. 81 CC».

Esta STC es fundamental para la resolución del presente recurso, si bien éste se refiere a la acción de divorcio planteada por los padres/tutores, supuesto que carece de regulación en la legislación española actualmente en vigor y que ofrece algunos problemas propios, diferentes a los planteados en la STC 311/2000, especialmente importantes a raíz de la modificación del divorcio, efectuado por la ley 13/2005. La STC 311/2000, de 18 diciembre plantea exactamente el problema, al centrar la cuestión en el interés del incapacitado (FJ 4), pero se refiere al interés en la separación en un momento en que el Código civil exigía la alegación de causas y solo sería aplicable plenamente en la separación actual, porque su estructura después de la reforma es muy similar. Por tanto, no puede solucionarse el presente recurso con la simple referencia a la STC examinada, sino que debe estudiarse si el divorcio, que comporta la disolución del matrimonio a diferencia de la separación, puede ser ejercitado por el tutor en una acción planteada en nombre y representación del cónyuge incapacitado.

2. El ejercicio de los derechos fundamentales cuando el titular está incapacitado.

En el presente supuesto y siempre que se trate de la acción de separación o divorcio ejercitada por los tutores en nombre e interés de una persona incapacitada, están presentes dos derechos fundamentales:

1.º El derecho fundamental a la libertad de continuar o no casado. El divorcio actual no requiere alegación de causa cuando lo ejercita personalmente el interesado, quien no tiene que justificar sus motivos, porque de esta manera, el ordenamiento protege el derecho a la intimidad del cónyuge peticionario del divorcio. A ello obedece la regulación puesta en vigor por la ley 13/2005, al no exigir la alegación de causas.

2.º El derecho a la tutela judicial efectiva permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal, tal como establece el Art. 271.6 CC, que atribuye a los tutores la legitimación «para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela», siempre con autorización judicial, que no se requerirá «en los asuntos urgentes o de escasa cuantía». Esta norma no distingue la naturaleza de la acción que se está ejerciendo en nombre de la persona incapacitada, y así están también incluidas en el Art. 271.6 CC las acciones para pedir el divorcio y la separación. La tutela judicial efectiva queda protegida por este medio y la tradicional teoría académica acerca de los derechos personalísimos no puede aplicarse.

3. Precedentes.

La posibilidad de que el tutor de una persona incapacitada casada pueda o no ejercer la acción de divorcio tiene pocos precedentes en los ordenamientos de nuestro entorno. A ello contribuyen dos condicionamientos: i) la tutela tiene aspectos muy distintos en estos ordenamientos, a pesar de estar construida en todos ellos como sistema de protección de discapacitados e incapaces, y ii) el divorcio tiene una regulación no uniforme en estos ordenamientos.

1.º El Código civil francés no admite el ejercicio de la acción de divorcio por consentimiento mutuo por el representante de mayores

de edad protegidos, sea cual sea el régimen de protección a que estén sujetos (Art. 249-4); en cambio, sí admite la acción en nombre del cónyuge sometido a tutela en los casos de divorcio contencioso (Art. 249). El tutor puede ejercitarla solo si ha obtenido la autorización del consejo de familia, previo el informe del médico. Asimismo, el Art. 249-1 establece que la acción se ejercerá contra el tutor si el cónyuge contra el que se presenta la demanda, está sometido a tutela.

2.º En Alemania, el § 8, n. 1 de la Familienverfahrgesetz (ley de procedimientos de Derecho de familia), establece que una persona incapaz puede ser parte en los procedimientos matrimoniales, pero las personas que representan a dicha parte de acuerdo con las disposiciones de derecho civil debe actuar como parte [§ 9 (2) FPA], de tal manera que si la persona es mentalmente incapaz, debe actuar el representante, quien debe ser autorizado por el Juzgado o el Tribunal de familia o el Tribunal de tutelas [§125 (2) FPA].

3.º En Italia, sin embargo, no hay previsión sobre esta posibilidad.

4.º La Ley española de divorcio, de 1932 admitió que los tutores pudieran ejercitar esta acción en su Art. 40, que decía que «por los incapacitados, a tenor del Art. 213 CC, podrá pedir la separación su tutor, con autorización del Consejo de familia». No se especificaba nada en relación al divorcio, pero el Art. 48 exigía la intervención del Ministerio Fiscal en estos procedimientos cuando existieran «menores, ausentes o incapaces».

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España en 2008, establece en el Art. 12.3, que «3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica» y a continuación, en el Art. 13 se dice que «1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás [...]».

Estos principios deben ser tenidos en cuenta en la resolución que se demanda, porque la rati-

ficación del Convenio de Nueva York y su consiguiente incorporación al ordenamiento español, obliga a los Tribunales a aplicar los principios que contiene y facilitar la actuación del incapaz a través o por medio de sus representantes legales. Si no se admitiese dicha actuación, en el caso de la acción de divorcio se estaría restringiendo su ejercicio y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, con el resultado que el matrimonio se convertiría de hecho en indisoluble en aquellos casos en que la otra parte, la capaz, no quisiera demandarlo.

4. La legitimación de los tutores.

Las anteriores razones llevan a concluir que los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada, siempre que por sus condiciones, no pueda actuar por sí misma. Esta solución no es extravagante en el ordenamiento español, ya que el Código civil legitima al Ministerio Fiscal y «a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo» en la acción para pedir la declaración de nulidad de un determinado matrimonio (Art. 74 CC), así como a padres, tutores, guardadores y Ministerio Fiscal cuando la acción tenga por objeto pedir la nulidad de un matrimonio por falta de edad (Art. 75 CC).

La representación legal del tutor le impone el deber de injerencia en la esfera jurídica del incapaz cuando sea necesario para obtener su protección, si bien no libremente, sino con las limitaciones que derivan de la naturaleza de función que tiene la tutela y por ello el ejercicio de la acción de divorcio por parte de los tutores debe responder a las mismas reglas que rigen la representación legal por las siguientes razones.

1.^a Debe aplicarse lo dispuesto en el Art. 216.1 CC, que es la norma general que rige, en cualquier caso, la actuación de los tutores, porque «las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial». Por ello, el Art. 271 CC exige autorización judicial para entablar cualquier tipo de demanda.

2.^a En segundo lugar, el ejercicio de esta acción debe obedecer a los intereses del incapaz, por lo que debe justificarse que la actuación se lleva a cabo en interés del incapaz, tal como

concluyó, en una legislación distinta, la STC 311/2000.

3.^a Hay que tener en cuenta que en los procedimientos de derecho de familia en los que son parte menores e incapaces se requiere la actuación del Ministerio Fiscal, que deberá velar por sus intereses, con lo que se garantiza que las acciones de los tutores no sean caprichosas o arbitrarias.

Constituiría una falacia negar el ejercicio de la acción de divorcio a los tutores sobre la base de que a partir de la reforma de 2005, no se exige la alegación de causas. Lo único que efectuó la reforma fue eliminar la necesidad de expresar la concurrencia de causa, para proteger el derecho a la intimidad del cónyuge que pide el divorcio; esta configuración no puede impedir el ejercicio de la acción cuando exista interés del incapaz, pero de ello no se deduce que los tutores puedan ejercitar arbitrariamente dicha acción, porque deben justificar que existe un interés del incapaz en obtener la disolución de su matrimonio, lo que van a permitir la actuación del tutor.

5. La concurrencia de interés de la incapacitada.

A continuación debe examinarse si en este caso concurren las circunstancias anteriores y muy en especial, si existe interés del incapaz en el ejercicio de la acción de divorcio por sus tutores.

1.^o La sentencia de separación, de Audiencia Provincial de Álava, de 20 diciembre 2004, consideró probado que concurrían causas de separación antes del accidente de la esposa, según se ha resumido en el FJ 1.^o 4 de esta sentencia, de modo que la sentencia concluía que «[...] ante tales circunstancias resulta del interés del incapaz declarar la separación».

2.^o Los tutores obtuvieron autorización judicial para interponer la acción de divorcio como representantes legales de su hija incapacitada. Esta petición fue denegada inicialmente, pero apelada, se dictó auto por la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Álava, en 24 noviembre 2006, autorizándose a los tutores para ejercer dicha acción en la que se entendía que los tutores tenían legitimación de acuerdo con los arts. 267 y 271 CC, independientemente del tipo de acción que ejercitaran.

3.º Autorizados los tutores para ejercitar la acción de divorcio, y acreditado el interés del incapaz, la Audiencia Provincial debía pronunciarse sobre el fondo del asunto, lo que se hizo en la sentencia que se recurre, que examinó si el divorcio era favorable al interés de la esposa incapacitada, sobre la base de lo que se había considerado probado en la sentencia de separación, situación que no se había modificado en el momento de presentarse la demanda de divorcio.

6. Desestimación del recurso.

En consecuencia de la doctrina sentada en esta sentencia, debe declararse que los Sres. D. Luis Antonio y D.ª Elsa, como tutores de D.ª Pura, ejercieron correctamente la acción de divorcio en representación de su hija incapacitada, por lo que procede la desestimación del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Maximino, con la confirmación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 5 junio 2008, que estimó la demanda.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

El derecho a obtener la compensación por haber contribuido a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se ha producido un incremento patrimonial del otro cónyuge.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de julio de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Dionisio y D.ª Macarena contrajeron matrimonio el 14 de septiembre de 1991. En 1995 nació la única hija del matrimonio.

En la escritura de capitulaciones matrimoniales de 23 de agosto de 1991, los futuros cónyuges pactaron el régimen de separación de bienes.

La esposa, D.ª Macarena, era licenciada en derecho, pero nunca había ejercido la profesión, ni había llevado a cabo ningún tipo de actividad económica remunerada. Se dedicó al trabajo del hogar durante la convivencia.

En 2007, D.ª Macarena presentó demanda de divorcio, en la que además de pedir lo relativo a la guarda y custodia, alimentos y derecho de visitas de la hija menor, pedía una pensión compensatoria de 1.500 euros mensuales y que «en concepto de indemnización *ex* artículo 1438 CC a favor de la Sra. Macarena con cargo al Sr. Dionisio se establezca la suma total de 167.400 euros, que deberá ser abonada en el plazo de tres meses desde la fecha de la sentencia». El marido se opuso a estas peticiones.

El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 6 de Móstoles dictó sentencia el 20 de abril de 2007 estimando la demanda y entre otras cuestiones declaró que: a) la actora nunca había trabajado fuera del hogar, a pesar de ser licenciada en derecho; por tanto, se había dedicado en exclusiva al cuidado de la hija y de la casa, sin haber tenido ayuda de servicio doméstico; b) reconoció una pensión compensatoria por el periodo de cinco años, para que pudiera ponerse

al día y conseguir un empleo; c) la compensación económica, señalaba la sentencia, no permite una participación del cónyuge que aportó su trabajo doméstico en el patrimonio privativo del otro; «es una prestación económica que tiene su fundamento en una previa contribución en especie al levantamiento de las cargas familiares», y d) el cálculo de la cuantía habrá de hacerse no «en función del incremento patrimonial que haya tenido el otro cónyuge durante el tiempo que duró la vida en común, pues el Art. 1438 es claro y solo contempla una compensación por el trabajo prestado a la casa», porque éste no se retribuye en el seno de las relaciones familiares. La cantidad que se atribuyó fueron 108.000 euros, «que resulta de multiplicar 600 euros, que costaría una empleada del hogar al mes, por doce meses, y multiplicado por los 15 años de duración del matrimonio».

En grado de apelación la Sec. 24.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 23 de abril de 2008 y revocó la compensación del Art. 1438 CC acordada en la sentencia de primera instancia. El argumento jurídico fue el siguiente: «en el caso que se examina estamos ante un régimen de separación de bienes libremente pactado y no se ha acreditado que la dedicación de la esposa a la familia, de la que forma parte una sola hija, haya permitido un incremento de beneficios a favor del esposo, toda vez que la mayor parte del patrimonio inmobiliario fue adquirido con anterioridad a la celebración del matrimonio y por lo tanto no entra en los parámetros del Art. 1438 CC. Es decir, no cabe apreciar un incremento patrimonial injustamente adquirido por razón de la dedicación por parte de la esposa a las cargas de atención y cuidado de la familia».

D.^a Macarena interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, que confirmó la sentencia del Juzgado y estableció la compensación del art. 1438 del CC.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alega la esposa en el motivo del recurso de casación la infracción del Art. 1438 CC. Se articula el motivo confrontando dos sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo con dos de la Audiencia Provincial de Madrid. El núcleo central de la discusión lo constituye la respuesta a la pregunta sobre si es necesaria o no la existencia de un incremento patrimonial a favor del cónyuge deudor como consecuencia del trabajo realizado en el hogar por el cónyuge acreedor para obtener la compensación del Art. 1438 CC. O si bien es suficiente la dedicación pasada a la familia por parte del solicitante, que ha impedido la propia proyección personal y ha servido de base y ayuda, liberándose al otro cónyuge, que puede ejercer su carrera profesional. Se han producido dos líneas de resolución en las sentencias: una objetiva, de modo que el derecho a la compensación surge únicamente cuando el cónyuge se dedica a las tareas del hogar, con fundamento en la pérdida de expectativas laborales o profesio-

nales. Frente a esta tendencia, otra línea interpretativa entiende que debe tenerse en cuenta el incremento o enriquecimiento en el patrimonio del esposo.

El motivo se estima por el Tribunal Supremo.

1. La compensación del art. 1438 CC.

La reforma del Código civil que tuvo efecto por Ley 11/1981, de 13 mayo, introdujo el art. 1438 CC en la regulación del régimen de separación de bienes, que pueden pactar los cónyuges o que se aplica en aquellos supuestos previstos en el art. 1435 CC. Esta norma contiene en realidad tres reglas coordinadas y que hay que tener en cuenta de forma conjunta en el momento de decidir en este tipo de asuntos: 1.^a Regla: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. La separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir. 2.^a Regla: puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es

necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del art. 32 CE. 3.ª Regla. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen. Cómo debe interpretarse esta compensación es el objeto de este recurso en interés casacional.

2. Las diferentes aproximaciones en el Derecho civil español.

El régimen de separación de bienes aparece regulado en cinco de los ordenamientos jurídicos españoles y no todos admiten la compensación ni los que la admiten, le atribuyen la misma naturaleza. Así, en Navarra, Aragón y en Baleares no existe ningún tipo de compensación para el cónyuge que haya aportado su trabajo para contribuir a las cargas del matrimonio [ley 103, b) de la Compilación del Derecho Civil de Navarra; Arts. 187 y 189 del Código del Derecho Foral de Aragón y art. 3 de la Compilación del Derecho civil de Baleares]. En cambio, el Código civil catalán, en su art. 232-5.1, establece que «En el régimen de separación de bienes, si un cónyuge ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación siempre que en el momento de la extinción del régimen [...] el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior de acuerdo con lo que se establece en esta sección». Y una regla parecida es la contenida en el art. 13.2 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, que admite la compensación por el trabajo para la casa, que se considera también forma de contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 12) y cuyos criterios de valoración son los siguientes: «1. Se tendrán en cuenta con carácter orientativo y como mínimo los criterios siguientes de valoración del trabajo para la casa, sin perjuicio de la ponderación que reali-

ce la autoridad judicial correspondiente o del acuerdo al que lleguen los cónyuges: el costo de tales servicios en el mercado laboral, los ingresos que el cónyuge que preste tales servicios haya podido dejar de obtener en el ejercicio de su profesión u oficio como consecuencia de la dedicación al trabajo doméstico en cualquiera de sus manifestaciones enumeradas en el artículo precedente, o los ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiario de tales servicios en la medida en que su prestación por el otro cónyuge le ha permitido obtenerlos».

Finalmente, el art. 1438 CC, que establece que «el trabajo para la casa [...] dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación».

3. El contenido de la compensación *ex art. 1438 CC.*

Las diferentes normas examinadas no hacen ninguna referencia a la necesidad de enriquecimiento por parte del cónyuge que debe pagar la compensación por trabajo doméstico, que si bien apareció en el Proyecto de reforma del Código civil en 1981, desapareció en el texto definitivo y que se encontraba también el Código de Familia catalán hasta la ley 10/2010, que aprobó el Libro segundo del Código civil catalán. De aquí que hay que partir de lo que se expone a continuación en relación con los criterios para la interpretación del último inciso del art. 1438 CC.

Para que uno de los cónyuges tenga derecho a obtener la compensación establecida en el art. 1438 CC será necesario: 1.º que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación de bienes; 2.º que se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Deben excluirse, por tanto, criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge que no pueden tenerse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con trabajo doméstico.

4. La cuantía de la compensación del art. 1438 CC.

A continuación debe examinarse cuál es la forma de determinar la cuantía de esta compensación

ción. El art. 1438 CC se remite al convenio, o sea que los cónyuges, al pactar este régimen, pueden determinar los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y la forma de pagarla. Sin embargo, en este caso no se utilizó esta opción y entonces será el juez quien deba fijarla, para lo cual el Código no contiene ningún tipo de orientación.

La sentencia recaída en primera instancia en este procedimiento señaló una cantidad a la que había llegado después de aplicar los criterios que se reproducen ahora: «en función del sueldo que cobraría por realizar el trabajo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar». Esta es una de las opciones posibles y nada obsta a que el juez la utilice para fijar finalmente la cuantía de la compensación, por lo que se admite en esta sentencia.

5. Doctrina jurisprudencial.

Se sienta la siguiente doctrina jurisprudencial: El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge.

La estimación del único motivo del recurso de casación por interés casacional interpuesto por la representación procesal de D.^a Macarena contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24, de 23 abril 2008, determina la de su recurso de casación. Debe reponerse la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 6 de Móstoles, de 20 abril 2007, en su apartado quinto, único que fue objeto del recurso de apelación, habiendo quedado firmes los demás.

La reclamación que efectúa la ex esposa contra quien fue su esposo reclamándole el 50% del capital y los intereses de un fondo de inversión que inicialmente estaba a nombre de ambos cónyuges y que posteriormente se vendió para adquirir otro a nombre solo del esposo puede canalizarse a través del procedimiento ordinario, sin que sea necesario acudir a los trámites de la partición de la herencia a los que remite el artículo 406 del CC.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 5 de octubre de 2011

Ponente: **Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller**

ANÁLISIS DEL CASO

D.^a Encarnación y D. Pedro, que formaban matrimonio, decidieron cambiar la titularidad de ciertos valores o fondos de inversión que eran comunes para que constaran únicamente a nombre del esposo con el fin de evitar la apariencia de una donación encubierta que provocara la obligación de pagar impuestos, ya que el dinero con el que se habían adquirido los fondos procedía de la venta de unas acciones cuya titularidad formal era exclusivamente de don Pedro.

El 27 de diciembre de 2004, D. Pedro, con conocimiento y consentimiento de D.^a Encarnación, vendió los fondos existentes en ese momento, cuyo valor era de 929.024,91 euros, y adquirió nuevos fondos o valores por importe de 930.000 euros titulados exclusivamente a su nombre, siendo así que las cantidades reclamadas se corresponden con la participación del 50% que correspondía a la actora en dichos bienes.

Los cónyuges se separaron de hecho en junio de 2005 y la sentencia de divorcio se dictó en fecha 24 de enero de 2006.

D.^a Encarnación formuló demanda de juicio ordinario contra D. Pedro solicitando que se dictase sentencia por la que se condene al demandado a pagar a mi mandante la cantidad de 703.387,46 euros, de los que 577.718,08 euros, correspondiente a capital, rendimientos de intereses cobradas e indebidamente retenidas por el demandado y 125.669,38 están en depósito y pendientes de percibir, debiendo ser satisfechos a mi representada a la fecha de su percepción por el demandado, más los intereses que generen el depósito, al tipo pactado, más la cantidad correspondiente en concepto de intereses legales y procesales en los términos previstos por los artículos 1108 del Código Civil y 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que «... se dicte sentencia por la que desestimando íntegramente la demanda, se absuelva al demandado del pedimento contenido en la misma, con expresa imposición de costas a la actora».

El Juzgado de Primera Instancia n.º 81 de Madrid dictó Sentencia el 28 de julio de 2007 estimando parcialmente la demanda y condenando al demandado a abonar a la actora una serie de cantidades.

En grado de apelación la Sec. 12.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 17 de abril de 2008 estimando los recursos interpuestos por ambas partes y revocando parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado en el sentido de modificar la cuantía de las cantidades que debería abonar el demandado a la actora.

D. Pedro interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia impugnada considera probados los hechos de los que nace la reclamación y razona en el sentido de que «en el concreto caso de autos carece totalmente de relevancia y trascendencia a efectos prácticos determinar la naturaleza de la relación jurídica existente entre los litigantes respecto de los fondos de inversión y sus rendimientos, pues ya se trate de una comunidad de bienes o de una sociedad civil, sus efectos y resultados serían los mismos en orden a su división y liquidación que, en definitiva, se hace a través del presente pleito».

En relación con dicha calificación se formulan los dos motivos que integran el recurso de casación, el primero por infracción de los artículos 1700 y 1708 del Código Civil, para el caso de que se considere la existencia de una socie-

dad civil entre las partes, y el segundo por infracción del artículo 406 del mismo código, para el caso de que se estime que existía una comunidad de bienes, pues entiende la parte recurrente que la sentencia impugnada «debió remitir a un procedimiento liquidatorio con el fin de liquidar el patrimonio común de acuerdo con las normas, tanto sustantivas como procesales, establecidas para la partición de herencia».

Ambos motivos han de ser rechazados y, con ellos, el recurso de casación. Es cierto que las normas citadas se remiten a las reglas propias de la división de la herencia, pero también lo es que, entre las mismas, el artículo 1059 del Código Civil dispone que «cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho

para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil», siendo apto para ello el proceso declarativo en el cual la actora, como ha ocurrido en el caso presente, insta la división sin que, dados los términos en que la misma había de efectuarse y los bienes a que se refiere, resulte precisa una liquidación posterior ni la designación de un contador-partidor en los términos previstos en el artículo 1057 del Có-

digo Civil, al que se refiere la parte recurrente; ya que, según se desprende de dicha norma, tal nombramiento sólo ha de producirse cuando resulte necesario para llevar a cabo las operaciones particionales siendo en definitiva al juez a quien corresponde determinar en el oportuno proceso la corrección de tales operaciones cuando alguno de los interesados reclamare la intervención judicial.

DERECHO AL HONOR

Se condena a la suegra al pago de 9.000 euros de indemnización por difundir un rumor que, en todo caso, supone un atentado contra la intimidad personal de la nuera al atribuirle un hijo extramatrimonial a una mujer casada.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de julio de 2011

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Belén interpuso demanda de protección de honor e intimidad frente a su suegra, D.ª Noemí, por las manifestaciones realizadas por esta relativas a que el hijo de la demandante no era de su marido sino que era fruto de una relación extramarital. Resumidamente se alega en la demanda que la demandada se dedica a difundir que el hijo de la demandante —de dos años de edad—, no es producto de la relación marital de esta con el hijo de la demandada, que es suegra de la actora, sino producto de una inventada, maliciosa e infundada relación extramatrimonial, entendiéndose que la única razón de ese comportamiento de la demandada es la de dañar el honor, la intimidad y la propia imagen de la demandante en la ciudad, Ayamonte, en la que habita y ejerce su actividad profesional de administradora de fincas. Aclara asimismo la demandante que contrajo matrimonio con el hijo de la actora en el año 2001, después de que en el año 1997 su entonces novio e hijo de la demandada tuviera un gravísimo accidente, consecuencia del cual le ha sido declarada una incapacidad absoluta y permanente en octubre de 2000.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ayamonte dictó sentencia de 12 de enero de 2007 desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la Audiencia Provincial de Huelva dictó sentencia de 31 de marzo de 2008, estimando el recurso y condenando a D.ª Noemí: a) a que ponga fin a la intromisión ilegítima en el honor de la actora absteniéndose de comunicar a cualquier persona su convencimiento o creencia de que el padre del hijo que aquella ha dado a luz no es de Saturnino, marido de la demandante, e incluso de manifestar dudas sobre dicha paternidad; b) al pago de nueve mil euros a la demandante, como indemnización por los daños morales sufridos; y c) al pago de las costas de la primera instancia. Se consideró probado que la demandada había transmitido a varias personas sus dudas sobre la pater-

nidad del hijo que su nuera había dado a luz. Este hecho fue considerado una intromisión ilegítima en el honor de la demandante, que aun en el supuesto, como hipótesis de trabajo, de que fuera cierto, sería también un atentado a la intimidad de esta.

D.^a Noemí interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Motivo del recurso.

El motivo primero y único del recurso se introduce de la siguiente manera: «Por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de litigio, al amparo del artículo 477.1 de la LEC. La norma que consideramos infringida es el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982».

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente: La parte recurrente considera que la acción realizada no reúne los requisitos para el éxito de la acción, para entender sobrepasado el límite entre la libertad de expresión, el insulto y la intromisión en el derecho al honor. Señala como uno de esos requisitos la divulgación, requisito que la sentencia de primera instancia afirma no concurre, considerando la parte acreditado que el hecho no fue ni publicado, ni editado, ni propagado por medio externo alguno, mientras que la sentencia recurrida ha dado importancia a unas testimoniales que carecen de objetividad y veracidad. Señala la parte recurrente que el comentario no afectó a quién lo oyó y que la Audiencia Provincial en su interpretación de las pruebas al decir «sembrar, en un “auditorio” relevante de personas...» ha realizado una cuantificación dispar del término auditorio pues fueron sólo dos personas las que oyeron el comentario. Otro de los elementos que señala la parte recurrente que no se ha tenido en cuenta es el elemento de la veracidad, por falta de prueba de la paternidad, al que la Audiencia Provincial señala no le ha otorgado importancia cuando otras sentencias de Audiencias Provinciales sí tienen en cuenta si el hecho es verdad o no (Sentencia AP Madrid, sección 21 de 5 de junio de 2007, rec. 418/2005). La recurrente señala que falta también el perjuicio para quién es difamado y el beneficio de quién difama. En un apartado cuarto del recurso, la parte recurrente alega no aplicación de la doctrina jurisprudencial contenida

en sentencias del Tribunal Supremo y jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales en relación a la veracidad, divulgación y la cuantía de la indemnización.

Este motivo ha de ser desestimado, debiendo precisarse que tratándose de un proceso de protección del derecho al honor, la vía de casación procedente es la del artículo 477.2.1.º LEC, y no la del artículo 477.2.3.º LEC. No obstante, en aras de la efectividad del derecho a la tutela judicial, esta circunstancia no impedirá a esta Sala el examen de la jurisprudencia alegada como complemento del motivo.

2. Facultades del Tribunal de casación para valorar los hechos.

El Ministerio Fiscal, en su escrito de impugnación, interesa la desestimación del recurso por pretender una modificación de los hechos valorados por la Audiencia Provincial, cuyo examen no corresponde al recurso de casación.

Es doctrina de esta Sala que cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, como ocurre en el caso examinado, esta Sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados (SSTS, entre otras, de 7 de diciembre de 2005, 27 de febrero de 2007, 18 de julio de 2007, RC núm. 5623/2000, 25 de febrero de 2008, RC núm. 395/2001, 2 de junio de 2009, RC núm. 2622/2005).

Este criterio se admite, entre otras resoluciones, por la STC 100/2009, de 27 de abril de 2009, la cual, anulando el ATS de 24 de mayo de 2005, RC núm. 2766/2001, declara (FJ 6),

entre otros extremos, que «la falta de veracidad de la información (en el sentido que corresponde a este término, cuando se enjuicia la constitucionalidad del ejercicio del derecho de información) y el carácter vejatorio o no de las opiniones emitidas por el autor de los artículos periodísticos son cuestiones de estricto carácter jurídico, vinculadas a la ponderación sustantiva de los derechos fundamentales en conflicto».

Sin embargo, este principio no puede llevar a desvirtuar la naturaleza del recurso de casación, solicitando del Tribunal Supremo que corrija la concreta fijación de los hechos efectuada en la sentencia recurrida o que realice una nueva valoración de la prueba en su conjunto, o proponiendo una calificación que hace supuesto de dicha revisión, pues (a) el objeto del recurso de casación se limita al examen de concretas infracciones del ordenamiento jurídico en virtud del llamado principio de especialidad; (b) en el recurso de casación no pueden combatirse de modo abierto las conclusiones obtenidas por la sentencia recurrida, solicitando una valoración conjunta de los medios de prueba o un examen exhaustivo de la valoración de los hechos efectuada por el tribunal de instancia, pues esto convertiría el recurso en una tercera instancia, lo que ha sido rechazado con reiteración por esta Sala (SSTS 5 de abril de 1999, 15 de abril de 1999, 11 de mayo de 2005, 12 de mayo de 2005, 30 de junio de 2005, 30 de abril de 2008 RC núm. 349/2001, 1 de abril de 2009, RC núm. 1056/2004, 1 de abril de 2009, RC núm. 1056/2004, 4 de febrero de 2009, RC núm. 1188/2006); (c) el error en la valoración de la prueba únicamente puede plantearse ante el Tribunal Supremo con arreglo al régimen procesal vigente por los estrechos cauces que permite la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, cuando la valoración efectuada por el tribunal de instancia haya sido arbitraria, ilógica o irrazonable, pues esto comporta una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE.

En consecuencia, al examinar el recurso de casación interpuesto debemos verificar las valoraciones realizadas por la sentencia recurrida para la apreciación de la posible existencia de la vulneración alegada por la parte recurrente,

pero no podemos prescindir de los hechos concretos de carácter objetivo que aquella considera probados.

La aplicación de esta doctrina al caso enjuiciado supone la aceptación de los hechos probados de la sentencia recurrida que ha declarado probado que Doña Noemi «transmitió a varias personas sus “dudas” sobre la paternidad del hijo que su nuera había dado a luz [...] tampoco dudó en imputar esa paternidad a un empleado de la demandante», sin que proceda, por tanto, entrar a valorar, como pretende la parte recurrente en su recurso, ni la prueba testifical ni el «auditorio» en el que se produjo la divulgación.

3. La colisión entre el derecho al honor y la intimidad y la libertad de expresión e información.

A) El artículo 18.1 CE garantiza el derecho al honor como una de las manifestaciones de la dignidad de la persona, proclamada en el artículo 10 CE.

El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información.

La libertad de expresión, reconocida en el art. 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende la narración de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizada por el derecho a la libertad de expresión de la simple narración de unos hechos garantizada por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa (SSTC 29/2009, de 26 de enero, FJ 2, 77/2009, de 23 de marzo, FJ 3).

El reconocimiento del derecho a la intimidad personal tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (artículo

10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre, y 115/2000, de 10 de mayo), evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Cuando concurren en un mismo texto elementos informativos y valorativos es necesario separarlos, y sólo cuando sea imposible hacerlo habrá de atenderse al elemento preponderante (STC 107/1988, de 8 de junio, 105/1990 y 172/1990).

La limitación del derecho al honor por la libertad de expresión e información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (SSTS de 13 de enero de 1999, 29 de julio de 2005 y 22 de julio de 2008 y respecto del derecho a la intimidad personal y familiar, SSTS 22 de noviembre de 2010, RC núm. 1016/2008, 16 de noviembre de 2009, RC núm. 2041/2006, 16 de enero de 2009, Pleno, RC núm. 1171/2002, 15 de enero de 2009, RC núm. 773/2003, 6 de noviembre de 2003, RC núm. 157/1998).

B) La técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información y expresión sobre el derecho al honor por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS 11 de marzo de 2009, RC núm. 1457/2006). También se debe tener en cuenta que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta

de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 49/2001, de 26 de febrero, F. 4; y 204/2001, de 15 de octubre, F. 4), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe «sociedad democrática» (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España, § 42, y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España, § 43).

C) La técnica de ponderación exige valorar también el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde el punto de vista de la información, (i) la ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (STC 68/2008; SSTS 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003, RC núm. 2313/1997, 19 de julio de 2004, RC núm. 5106/2000, 6 de julio de 2009, RC núm. 906/2006), pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso, como establece el artículo 8.2.a) LPDH en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor. (ii) la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones y no se presta a una demostración de exactitud (STC 50/2010 de 4 de octubre). Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, puede más adelante ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007, 29/2009, de 26 de enero, FJ 5); (iii) la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, por cuanto en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el

principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de ésta que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión (STS 19 de marzo de 1990); (iv) la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, porque, como viene reiterando el TC, la CE no reconoce un hipotético derecho al insulto (SSTC 112/2000, 99/2002, 181/2006, 9/2007, 39/2007, 56/2008 de 14 de abril; SSTC 18 de febrero de 2009, RC núm. 1803/04, 17 de junio de 2009, RC núm. 2185/06). El requisito de la proporcionalidad no obliga a prescindir de la concisión propia de los titulares o de las demás particularidades propias del lenguaje informativo oral o escrito, salvo cuando, más allá de las necesidades de concisión del titular, en éste se contengan expresiones que, sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas (STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 5).

Desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, (i) la ponderación debe tener en cuenta si la crítica se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, pues entonces el peso de la libertad de expresión es más intenso, como establece el artículo 8.2.A LPDH, en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor. En relación con aquel derecho, la STS 17 de diciembre de 1997 (no afectada en este aspecto por la STC 24 de abril de 2002) declara que la «proyección pública» se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias; (ii) la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información al no operar en el ejercicio de aquélla el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta» (STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2), lo que se justifica en que «tiene por objeto presentar ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos que no se prestan a una demostración de su exactitud» (STC 51/1989, de 22 de febrero, FJ 2) (iii) la protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de

expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1.a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre, F. 2; 134/1999, de 15 de julio, F. 3; 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 11/2000, de 17 de enero, F. 7; 110/2000, de 5 de mayo, F. 8; 297/2000, de 11 de diciembre, F. 7; 49/2001, de 26 de febrero, F. 5; y 148/2001, de 15 de octubre, F. 4, SSTC 127/2004, de 19 de julio, 198/2004, de 15 de noviembre, y 39/2005, de 28 de febrero).

4. Aplicación de la anterior doctrina al caso enjuiciado.

La aplicación de los criterios enunciados al caso examinado conduce a las siguientes conclusiones:

A) En primer lugar, conviene deslindar los derechos fundamentales en colisión. La parte recurrente alega vulneración del artículo 7 de la LPDH al entender que no se ha producido intromisión en el honor de la demandante. La vulneración de un derecho fundamental como el honor supone el examen de las circunstancias concretas del caso para determinar si en dicha vulneración se produce colisión con otro derecho fundamental que pudiera hacer que el tribunal, en atención al ejercicio legítimo o no de este derecho fundamental, tuviera que ponderar la prevalencia de los derechos fundamentales en colisión. En este caso, existe una colisión entre dos derechos fundamentales, el honor y la intimidad de la demandante y la libertad de opinión de la demandada, que ha transmitido una opinión, un pensamiento de carácter personal y subjetivo, sobre su duda sobre la paternidad de su nieto, comunicando al mismo tiempo un hecho, que el hijo de la demandante no pertenecía a su marido, sino a una relación extramatrimonial. Estamos ante uno de esos supuestos en los que el deslinde entre la libertad de información y la libertad de opinión, en la medida en que se apoya en hechos, es difícil. Por eso, la valoración de los derechos fundamentales atenderá a la colisión entre el honor y la intimidad de la de-

mandante y la libertad de opinión e información de la demandada.

B) Delimitados los derechos, desde un punto de vista abstracto, debe considerarse como punto de partida la posición prevalente que, como se ha expresado, ostenta el derecho a la información y el derecho a la libre expresión, aunque no en su máxima expresión por no ejercitarse por un medio de comunicación, sino por un particular, y examinar si, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, en el terreno del peso relativo de los derechos que entran en colisión, esta prevalencia puede hacerse valer frente al derecho al honor de la parte demandante.

El examen del peso relativo de ambos derechos en colisión depara las siguientes conclusiones:

(i) Interés público.

Desde esta perspectiva, la información y la opinión no pueden mantener su prevalencia sobre el honor del ofendido pues ningún interés tiene para el público en general ni para nadie en particular, el conocer la filiación de una persona, salvo para el propio hijo, derecho que podría tener amparo en el artículo 39 CE y que es reconocido en el artículo 7 de la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 y en el artículo 12 de la Ley de Adopción Internacional 54/2007 de 28 de diciembre. Cuando además el hecho se dice de una persona casada, no solo se está comprometiendo el honor de la ofendida sino podría estar comprometiéndose el de su marido, que goza de una presunción legal (117 CC) de paternidad, al atribuir a su mujer una relación extramatrimonial del que habría nacido un hijo.

Esta Sala ha considerado en diversas sentencias que la propagación de rumores sobre las relaciones extramatrimoniales de una persona con proyección pública es un supuesto de intromisión ilegítima del artículo 7.7 LPDH (SSTS de 9 de mayo de 2003, RC núm. 2882/97; 22 de octubre de 2008 RC núm. 2216/2002; 26 de febrero de 2009, RC núm. 958/2006; 17 de junio de 2009 RC núm. 558/2005 y RC núm. 2185/2006; 21 de marzo de 2011, RC 1539/2008). Si el interés público de este tipo de noticias en la medida que no contribuye a la formación de la opinión

pública, no puede amparar el atentado al honor de personajes con notoriedad, menos aún puede justificar esta intromisión en los casos en los que el ofendido es un particular.

Sobre hechos como el aquí enjuiciado se ha pronunciado esta Sala en una reciente sentencia de 5 de mayo de 2011 (RC núm. 1165/2008) en un supuesto en el que un medio informativo informó sobre una infidelidad matrimonial de una persona de la nobleza y del nacimiento de un hijo de esa relación sentimental.

(ii) Veracidad.

La parte recurrente señala que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta el elemento de veracidad. Conviene precisar que la veracidad solo es objeto de examen en los supuestos en los que la libertad de información está afectada, pues no es elemento que deba ser valorado en la libertad de opinión y en el derecho a la intimidad, pues en estos casos se protege la emisión de opiniones, que no se prestan a una demostración de exactitud, y la vida íntima de las personas, con independencia de que los hechos transmitidos sean verdad. Conviene también recordar que según la doctrina constitucional antes apuntada «veracidad» no es sinónimo de «verdad», sino de «diligencia» en la transmisión de los datos. En ocasiones se transmiten informaciones que después son desmentidas, pero que estaban basadas en datos que permitían afirmar lo que se transmitió.

Desde la perspectiva de la información, no existe en el procedimiento ningún dato que permita afirmar que la demandada actuó diligentemente al transmitir que su nieto no era de su hijo. La difusión de este tipo de informaciones implica una especial diligencia puesto que la prueba de la «verdad» sólo puede obtenerse con el consentimiento de los afectados o por orden de la autoridad judicial, con las implicaciones legales en caso de negativa. Aun así, como señala la sentencia recurrida, aunque se hubiera transmitido una «verdad», lo que solo se ha considerado como hipótesis de trabajo, resultaría afectado otro derecho fundamental, que es el derecho a la intimidad, ya que estos datos pertenecen al ámbito íntimo de la pareja y en su caso, del hijo, y aunque sean verdad no pueden ser divulgados.

(iii) Expresiones injuriosas o insultantes.

La afirmación de haber tenido una relación extramatrimonial de la que ha nacido un hijo se considera objetivamente injuriosa para la mujer a la que se imputa, pudiendo llegar a afectar, como se ha dicho con anterioridad, al marido, pero también al hijo, que en este caso además es menor de edad, lo que agrava la intromisión pues en nuestro ordenamiento jurídico el «interés superior del menor» debe orientar la labor legislativa y la interpretación de los Tribunales.

(iv) Divulgación.

La parte recurrente afirma que no concurre el elemento de la divulgación para la existencia de intromisión ilegítima. El elemento de la «divulgación» en el supuesto de intromisión ilegítima del artículo 7.7 LPDH, no es necesario tras la reforma operada por la LO 10/1995 de 23 de noviembre. Y así ha sido mantenido por esta Sala en SSTS de 30 de diciembre de 2008 (RC núm. 1037/2004); 24 de enero de 2008 (RC núm. 640/2001); 10 de julio de 2008 (RC núm. 2735/2001), 3 de junio de 2009 (RC núm. 1389/2006); 1 de febrero de 2011 (RC núm. 2186/2008).

La sentencia recurrida ha considerado que la conducta declarada probada constituye intromisión ilegítima al amparo del artículo 7.7 LPDH, precepto que conforme se ha señalado no exige divulgación. En todo caso, la sentencia recurrida también ha declarado probada, en atención a las pruebas testificales, la existencia de divulgación, debiendo mantenerse por esta Sala los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, como se señaló al inicio de esta resolución.

(v) Por último, la parte recurrente señala que el perjuicio no ha existido ni tampoco el beneficio para la parte demandada.

En primer lugar, debe precisarse que el artículo 9.3 LPDH establece la presunción de la

existencia del daño moral. Así, se afirma que «La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido».

En cuanto al beneficio que la parte alega no haber tenido, es uno de los elementos que ha de valorarse para la cuantificación de la indemnización, según la redacción del artículo 9.3 vigente en el momento de producirse los hechos. Esta alegación de la parte recurrente queda vacía de contenido al no haberse alegado vulneración del artículo 9.3 de la LPDH en cuanto a la cuantía de la indemnización concedida, sino vulneración del artículo 7 de la LPDH. En todo caso, constituye jurisprudencia reiterada de esta Sala que la fijación de la cuantía de la indemnización es función soberana de los tribunales de instancia, siendo excepcional y solo para casos tasados su revisión por este Tribunal.

En conclusión, de conformidad con el Ministerio Fiscal, esta Sala considera que la resolución recurrida no incurre en la infracción denunciada. En el análisis de los derechos fundamentales en colisión, hay que partir de la prevalencia del derecho a la libertad de información y expresión en un Estado democrático de Derecho, prevalencia que no puede mantenerse en el caso al (i) no existir ningún interés en el asunto; (ii) al no haber actuado la recurrente de manera diligente difundiendo un rumor que, en todo caso, supone un atentado contra la intimidad personal de la demandante (iii) siendo objetivamente atentatorio al honor y a la intimidad la atribución de un hijo extramatrimonial a una mujer casada. Por todo ello, debe confirmarse la resolución recurrida.

SUCESIONES

Se declara a unos sobrinos herederos, ya que la condición impuesta por la testadora —obligación de acogerla en casa cuando no pudiese valerse por sí misma— era de imposible cumplimiento, pues hasta el fallecimiento permaneció ingresada en un centro geriátrico.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de julio del 2011

Ponente. **Excm.a Sra. D.ª Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Marcelina falleció el 20 de marzo de 2005, soltera y sin hijos. Había otorgado testamento en marzo de 2000, donde constaba la siguiente cláusula: «Llegado el día en que por senectud, invalidez, enfermedad irreversible o cualquier otra causa análoga, la testadora no pudiera valerse por sí misma, tendrán los herederos la obligación de acogerla en su casa el tiempo que sea necesario, por periodos de tiempo iguales cada uno. Si alguno de los nombrados herederos se negare a atenderla en estas circunstancias quedará excluido de la herencia, acreciendo su parte a los demás. Si alguno de los herederos, hermanos de la testadora por razones de enfermedad grave o senectud no pudiera atenderla, serán sustituidos en la obligación por los respectivos hijos de los mismos, sobrinos de la testadora en ese caso con sustitución fideicomisaria en lo que respecta a los bienes que les correspondan en la herencia, a favor de los sobrinos que efectivamente la atiendan. No se considerará incumplido el deber de asistencia, si ha de producirse el internamiento de la testadora en un centro hospitalario o geriátrico por necesidad de asistencia médico sanitaria».

D.ª Patricia cuidó en su casa a su hermana, donde D.ª Marcelina se trasladó a vivir después de haberse producido serias discrepancias familiares, desde el otorgamiento del testamento el 2 de marzo de 2000, hasta 27 de diciembre de 2000. El 2 de enero de 2001 se dictó sentencia de incapacitación de la causante, nombrándose tutora a su hermana D.ª Patricia. En marzo de 2001, D.ª Marcelina fue ingresada en otro centro geriátrico y falleció el 5 de marzo de 2005.

Antes de este periodo, D.ª Marcelina había sido atendida por otra hermana, D.ª Justa. Los hermanos nombrados herederos D.ª Adolfinia, D. Sebastián y D.ª Aurelia no acogieron en su casa a D.ª Marcelina. D.ª Adolfinia alegó problemas de salud y su obligación pasó a sus hijos, los hoy demandados y recurridos, quienes no atendieron físicamente en su casa a D.ª Marcelina, si bien se mostraron abiertos a ello, en su contestación a cartas enviadas por su tía D.ª Patricia, mediante requerimientos notariales.

Muerta D.ª Marcelina, D.ª Patricia demandó a sus hermanos y sus sobrinos pidiendo que se declarara que era la única y universal heredera de su hermana fallecida, por haberla atendido tal como había dispuesto en la cláusula testamentaria transcrita. En un momento posterior, D.ª Patricia desistió de la demanda presentada contra algunos demandados, manteniéndola contra sus sobrinos D. Íñigo, D.ª Coro y D.ª Martina.

Estos contestaron la demanda, alegando que no se habían negado a cumplir la voluntad de la testadora.

El Juzgado de 1.^a instancia n.º 10 de Murcia dictó sentencia el 19 de enero de 2007 estimando la demanda, argumentando que: a) aunque los sobrinos demandados contestaron ofreciéndose para el cuidado de su tía D.^a Marcelina, «más que un ofrecimiento es una negativa encubierta»; «el testamento excluye de la herencia a quien se niegue a atender a D.^a Marcelina, y los demandados, pese a sus palabras, no tuvieron intención real de acoger a la testadora y aparece con claridad que la voluntad de D.^a Marcelina fue la de ser cuidada en caso de necesidad. Con esta voluntad solo cumplió D.^a Patricia»; b) la obligación de cuidado cesó en el momento del ingreso en el centro geriátrico, pero hasta entonces quien prestó sus atenciones a la causante fue la demandante D.^a Patricia; c) la condición impuesta tiene la naturaleza de potestativa y suspensiva, y d) «si la voluntad del testador consiste en condicionar la adquisición del título de heredero al cuidado efectivo de la causante, no habiendo existido esta atención, como en el caso que nos ocupa, no puede tenerse por cumplida la condición».

En grado de apelación la Sec. 4.^a de la AP de Murcia dictó Sentencia el 12 de noviembre de 2007 por la que estimó el recurso y revocó la sentencia apelada. El argumento jurídico para la revocación fue el siguiente: a) la testadora impuso una condición suspensiva, referida a hechos pasados, que habían de cumplirse antes del fallecimiento de la testadora; b) tiene, además, la naturaleza de condición potestativa; c) la condición debe tenerse por cumplida de acuerdo con la prueba practicada, puesto que si bien los sobrinos no le prestaron atención y asistencia, ello no determina el incumplimiento, ya que conocieron su incapacidad el 2 de febrero de 2001, por medio de requerimiento notarial dirigido por la demandante y «la respuesta de los recurrentes no puede calificarse de vaga o genérica o carente de cualquier decidida intención de asumir el cuidado de la testadora, sino por el contrario de compromiso en tal sentido», concluyendo que de los documentos aportados se deducía «una clara disposición al cumplimiento de la condición»; d) el cumplimiento resultaba imposible por cuanto desde el día 27 de diciembre de 2000, la testadora permanecía ingresada en un centro geriátrico, lo que su hermana no había comunicado a ninguno de los codemandados. De aquí deduce que la condición había que tenerla por cumplida.

D.^a Patricia presentó recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se alega en el recurso la infracción del art. 675 CC. Se dice que habida cuenta de la precisión gramatical de la cláusula testamentaria, reproducida en el FJ primero de esta sentencia, la obligación de cuidado de la testadora nace desde el momento en que no pueda valerse por sí misma, por lo que sorprende que la sentencia recurrida ponga el acento en la fecha de la sentencia de incapacitación, porque nada consta a los sobrinos. La testadora expresó un deseo de ser atendi-

da preferentemente por sus hermanos y cuando ellos no pudieran, por sus sobrinos, instituyendo herederos únicamente a quienes la atendieran, por lo que debe interpretarse que quería excluir a aquellos de sus sobrinos cuya intención manifestada de atenderla no fuera acompañada de actos encaminados a hacer efectivo tal cuidado.

El motivo se desestima.

El litigio se centra en la interpretación de la cláusula transcrita y si la conducta de los so-

brinos se ajustaba o no a lo establecido por la testadora en relación al cuidado que exigía para que sus sobrinos pudieran ser sus herederos. Desechado el recurso extraordinario por infracción procesal, no puede este Tribunal entrar en la valoración de la prueba, por lo que debemos centrarnos en si se ha producido o no la alegada vulneración del art. 657 CC.

Esta Sala ha venido declarando en relación a la interpretación de las disposiciones testamentarias y a la infracción del Art. 675 CC, que la interpretación de los testamentos es tarea atribuida al juzgador de instancia y que solo en los casos en que exista un manifiesto error puede ser revisada en casación. Como ejemplo, la STS 30 enero 1997 dice que «es abrumadora la jurisprudencia acerca de que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al Tribunal de instancia» (asimismo SSTS de 26 julio y 6 octubre 1994, 31 diciembre 1996, 29 diciembre 1997, 23 junio 1998, 12 junio 2002 y 9 octubre 2003, entre muchas otras). En el presente caso, la interpretación efectuada por la Audiencia Provincial de Murcia llega a una conclusión correcta, tal como se verá en los argumentos que se defienden a continuación.

Para examinar la corrección de la interpretación en la sentencia recurrida, debemos estudiar el segundo motivo, que denuncia la infracción del Art. 798 CC. Se dice que de los términos empleados se deduce que la condición impuesta por D.^a Marcelina tiene las características de suspensiva que impide adquirir el derecho si no se cumple, y se refiere a hechos pasados, puesto que se han de haber producido antes de que el testamento despliegue su eficacia. Además, es potestativa. El hecho de que no la conocieran cuando estaban llamados a cumplirla no implica que tenga que tenerse por cumplida. Alegan la STS de 9 mayo 1990.

La STS 768/2009, que resuelve un caso sustancialmente igual, dice que la calificación de las instituciones, en las que un testador condiciona la efectividad de la institución de heredero a un acontecimiento que solo puede ocurrir antes de la apertura de la sucesión, es ciertamente difícil. Se argumenta lo siguiente: «La jurisprudencia ha calificado en ocasiones como un modo la obligación, impuesta por el

testador al heredero o legatario, de convivir con él y cuidarle hasta su fallecimiento. En la sentencia de 21 enero 2003, esta Sala calificó como modo y no como condición el supuesto en que la causante había efectuado a uno de sus hijos un legado «con la obligación modal de cuidar y asistir a la testadora y a su esposo, en cuanto precisen sanos o enfermos, en los trabajos de la casa y laboreo de los bienes»; en la sentencia referida, esta Sala consideró que debía interpretarse como una institución modal, porque se usaba este término en la disposición y el criterio de la menor vinculación, a fin de evitar la revocación de la institución. En sentido parecido, las sentencias de 3 junio 1967 y 18 diciembre 1965. Sin embargo, la sentencia de 9 mayo 1990, ante una cláusula muy parecida a la del testamento que nos ocupa, señala que la «lectura revela que se trata de condición suspensiva, que impide adquirir el derecho si no se cumple, y que consiste en hechos pasados, puesto que han de tener existencia antes de que el testamento despliegue su eficacia. Además es potestativa, puesto que su cumplimiento depende de la voluntad de la persona del favorecido bajo condición (también de la voluntad de la causante). Así pues, siendo potestativa y de hechos pasados, naturalmente ha de conocerla el obligado a cumplirla para que su voluntad pueda determinar el cumplimiento. El Código prevé la hipótesis de condición suspensiva consistente en hechos posteriores a la muerte del causante y, además, potestativas (art. 795), pero no contempla la condición suspensiva potestativa de hechos pasados [...]».

A pesar de que como afirma la STS de 9 mayo 1990, el Código civil no prevé este tipo de condiciones, ello no significa que, en virtud de la autonomía del testador, no puedan introducirse en el testamento. Por ello y de acuerdo con las sentencias citadas en este Fundamento, debe concluirse que la institución contenida en el testamento de D.^a Marcelina está correctamente calificada en la sentencia recurrida. Se trata de una institución de heredero bajo condición de pasado, aunque para el causante, como en este caso, debe considerarse siempre de futuro y tendrá la cualidad de potestativa impuesta a los herederos, que deberá haberse cumplido antes de la apertura de la sucesión.

A partir de estos argumentos, debe considerarse correcta la conclusión a que llega la sentencia recurrida, porque de la prueba practicada se deduce que: a) los sobrinos se mostraron dispuestos a acoger a la tía D.^a Marcelina, y b) que quien impidió esta solución fue la propia deman-

dante, ya que al haber ingresado a su hermana en una residencia para su mejor cuidado, hizo que se cumpliera el supuesto de exclusión contenido en el último párrafo de la cláusula testamentaria de D.^a Marcelina, ya que la condición devino de cumplimiento imposible (art. 798.2 CC).

CUESTIONES PENALES

Aunque se condena al compañero sentimental por un delito de lesiones en el ámbito familiar se le absuelve del delito de detención ilegal del que venía acusado por impedir salir a la víctima de la casa. Prueba de cargo suficiente basada en la declaración de la víctima.

Tribunal Supremo, Sala 2.^a, Sentencia de 29 de junio de 2011

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

ANÁLISIS DEL CASO

Bartolomé, mayor de edad, sin antecedentes penales, mantuvo una relación de pareja con María Rosario durante un período de tiempo de dos años, aproximadamente, decidiendo de común acuerdo, el día 6 de marzo de 2008, cesar aquella, dadas las continuas desavenencias existentes entre ellos, pero, dado que el acusado vivía con María Rosario en la vivienda de ésta, que hasta entonces constituía el domicilio familiar, y que no tenía donde alojarse, decidieron que el mismo se quedara hasta que encontrara un piso en alquiler, no obstante, dada la actitud del procesado levantándose muy tarde y apareciendo a altas horas de la madrugada durante el fin de semana, María Rosario no pudo aguantar la situación, y el día 9 de marzo, sobre las 19 horas, le envió un mensaje a su móvil, en el que se dijo que se pasase a recoger lo mínimo indispensable y que se fuera del domicilio.

Sobre las 22.30 horas del citado día 9 de marzo de 2008, Bartolomé llegó a la vivienda, iniciándose entre éste y María Rosario una discusión, en el curso de la cual ésta le pedía que se marchase inmediatamente de la casa, que no aguantaba la situación, accediendo en un primer momento a ello el procesado, exigiendo a María Rosario que le devolviera los doscientos euros que le había entregado para poder quedarse en su casa, y una vez María Rosario le mostró su acuerdo con ello, el acusado le dijo que a dónde iba a ir a esas horas, por lo que la misma aceptó que se quedara hasta el día siguiente, marchándose a dormir; no obstante lo anterior, el procesado, que continuaba enfadado porque María Rosario ya le había echado de la vivienda en otras ocasiones, comenzó a gritar, diciendo «pues claro que me voy a ir, si yo ya no te quiero, y además estoy con otra mujer», ante lo cual María Rosario se levantó y le dijo «pues si estás con otra mujer, te vas ahora mismo y que te dé alojamiento ella», lo que provocó una acalorada discusión entre ambos, en la que María Rosario le manifestó que iba a llamar a la Policía, dirigiéndose ésta a su dormitorio, cuando de forma sorpresiva, el procesado se abalanzó sobre ella, arrojándola contra la cama, consiguiendo quitarle el móvil, el cual no le devolvió, pese a que ella se lo pidió en reiteradas ocasiones, por lo que decidió salir corriendo de la vivienda para pedir auxilio, pero cuando

se encontraba en el descansillo, el procesado, que salió tras ella, le dijo «toma que te doy el móvil, anda no te preocupes», a la vez que estiraba el brazo simulando que se lo iba a dar, ante lo que María Rosario dio un paso hacia él para cogerlo, momento en que Bartolomé le cogió de uno de los brazos y le introdujo a la fuerza nuevamente en el domicilio, guardándose las llaves de María Rosario que tenía puestas en la puerta, comenzando ésta a gritar, pidiendo auxilio, ante lo cual el procesado la empujó contra la pared tapándole la boca y la nariz, momento en el que se inició un forcejeo entre ambos, ya que María Rosario no podía respirar, sintiéndose que se ahogaba, empujándola el procesado hasta el dormitorio, donde la tumbó en la cama, poniéndose encima de ella, a la vez que le tapaba constantemente la nariz y la boca para que no gritase, comenzando María Rosario a llorar, mientras que el procesado le decía «estate calladita», y cuando observó que María Rosario no gritaba, se dirigió a salón, y subió el volumen del televisor, continuando en esa situación durante aproximadamente una hora y media.

En un momento determinado, sobre las 00.10 horas del día 10 de marzo, cuando María Rosario continuaba tumbada en la cama, escuchó cómo el proceso se desabrochaba el cinturón, ante lo cual, y temiendo que le fuera a golpear con el mismo, se incorporó y observó que Bartolomé se había quitado el pantalón, por lo que le dijo «¿qué haces?», contestando el mismo «¿esto es lo que quieres, no?, me tienes hasta los huevos, te voy a violar», e inmediatamente echó a María Rosario sobre la cama, y forcejeando con ella, logró quitarle la parte de abajo del pijama y subirle la de arriba, comenzando a chuparle los pechos mientras que le decía «así me gusta calladita», besándole todo el cuerpo, ante lo cual María Rosario se encontraba inmóvil y callada, al haberse quedado sin fuerzas, y tener miedo de que el procesado le volviera a tapan la boca y la nariz, sin dejarle respirar, seguidamente el acusado se colocó totalmente encima de María Rosario y le introdujo los dedos en la vagina, pidiéndole ésta que se levantase que no podía respirar, y sin hacerle caso, comenzó nuevamente a forcejear con ella, llegando a penetrarle vaginalmente sin preservativo, eyaculando en su interior.

Completado el acto sexual, el procesado, tras decir a María Rosario que se vistiera, la siguió por toda la vivienda, diciéndole que se estuviera calladita si no quería tenerla, y que se tomara lo sucedido como una anécdota, procediendo sobre las 06.00 horas a devolverle las llaves y el móvil, abandonando el domicilio, llamando inmediatamente María Rosario a la policía, así como a su hermano y a dos amigas, contándoles todo lo sucedido.

Como consecuencia de la agresión sufrida, María Rosario sufrió lesiones, consistentes en tres hematomas digitiformes en el brazo derecho, cara anterior tercio superior, y dos hematomas digitiformes en el mismo brazo, en cara posterior, tercio medio, con separación de 4 cm, un hematoma leve digitiforme, en brazo izquierdo, cara anterior, tercio medio, un hematoma de 5 cm en región infraescapular izquierda, tres hematomas redondeados, uno de 1 cm y los otros dos de 0.5 cm de diámetro en la cara interna de la rodilla derecha, en la mano izquierda, erosión en primer dedo y hematoma en dorso, en la mano derecha, erosiones puntiformes en cabeza de metacarpianos, en el dorso nasal, erosión transversal de 1 cm compatible, con arañazo, y en malar derecho, y erosión transversal de 2 cm, precisando para su curación de una sola asistencia facultativa, tardando en curar seis días, dos de ellos impositivos para su actividad habitual, curando sin secuelas, lesiones por las que María Rosario reclama.

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 7 de los de Madrid instruyó el Sumario con el número 4/2009 contra Bartolomé, y, una vez declarado concluso el mismo, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 26.ª, rollo 10/10) que, con fecha dieciocho de noviembre de dos mil diez, dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: «Que debemos condenar como condenamos a Bartolomé como autor penalmente responsable de un delito de lesiones en el ámbito familiar, previsto y penado en el artículo 153. 1 y 3 del Código Penal, sin concurrir en su conducta circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve meses y un día de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho de la tenencia y porte de armas durante un año y un día, con la prohibición de acercamiento a María Rosario, a una distancia no inferior a 500 metros, a su domicilio, lugar de trabajo u otros que frecuente, durante un año, nueve meses y un día, así como comunicar con la misma por cualquier medio durante el mismo tiempo; debiendo indemnizar a María Rosario en la cantidad de 300 euros, en concepto de reparación por las lesiones causadas; debiendo absolverle como le absolvemos de los delitos de agresión sexual y detención ilegal (o coacciones) por los que venía acusado en esta causa; todo ello con expresa imposición al condenado de un tercio de las costas y declarándose de oficio los dos tercios restantes».

Tanto Bartolomé como María Rosario interpusieron recursos por infracción procesal y casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recursos por infracción procesal y casación interpuestos por Bartolomé.

El recurrente interpone recurso de casación contra la sentencia de instancia formalizando un único motivo en el que denuncia la vulneración de la presunción de inocencia, pues entiende que ha sido condenado sobre la exclusiva base del testimonio de la víctima que, a su juicio no reúne los requisitos exigidos por la jurisprudencia, pues los hechos tienen lugar en el marco de una relación de pareja muy conflictiva e irregular, derivada de la actitud celopática de ambos miembros, considerando poco creíble la versión de la víctima, que considera que no viene avalada por elementos periféricos de corroboración.

A. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las

Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre los hechos ocurridos y con base en la misma declararlos probados, así como la participación del acusado en ellos, descartando, al mismo tiempo y en su caso, la versión alternativa por carencia de la necesaria racionalidad.

El control casacional pertinente desde la alegación de vulneración de la presunción de inocencia, está orientado a verificar la existencia de prueba lícita y racionalmente valorada, pero no supone la posibilidad de reconsiderar de nuevo, en su integridad, las pruebas personales para llegar a conclusiones fácticas, especialmente si son de cargo, distintas de las que el Tribunal declara

probadas, pues aunque la intermediación no es un elemento siempre decisivo, no puede dejar de tenerse en cuenta que el Tribunal del recurso no las ha presenciado.

En este sentido, tiene dicho esta Sala en la STS n.º 951/99, de 14 de junio de 1999, que «... el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es sólo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Por el contrario, son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen sustancialmente de la intermediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia». En este sentido, como recuerda la STS n.º 455/1999, de 29 de abril, «... se ha señalado repetidamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos, en principio, queda fuera de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación (Cfr. SSTS de 22-9-1992 y 30-3-1993)».

Estas afirmaciones deben ser matizadas en el sentido de que no pueden entenderse de manera que el Tribunal de casación, operando con criterios objetivos basados en datos debidamente acreditados, no pueda, incluso, revisar la racionalidad con la que el Tribunal de instancia ha reconocido credibilidad a quien ha prestado declaración a su presencia. Ni que, por lo tanto, el Tribunal que efectúa la revisión no pueda excluir de lo probado aquellos hechos respecto de los que considere que la prueba personal, tal como ha sido valorada, resulta inconsistente (STS n.º 677/2009). De manera que la mera concurrencia de la intermediación no justifica y hace inamovible cualquier valoración del cuadro probatorio. Así, se ha precisado que «el Tribunal sentenciador debe dar cuenta de la clase de uso que ha hecho de la intermediación y no ampararse en su mera concurrencia para privar a las partes y, eventualmente, a otra instancia en vía de recurso, de la posibilidad de saber qué fue lo ocurrido en el juicio y por qué se ha decidido de la manera que consta» (SSTS 1579/2003, de 21-11; y 677/2009, de 16-6). Y en la misma dirección, también se ha advertido

que la intermediación no puede confundirse con la valoración de la prueba ni menos aun con la justificación de la misma, ya que la intermediación no blinda a la resolución judicial contra el control cognitivo por parte del Tribunal superior (STS 716/2009, de 2-7)».

La intermediación, que permite al Tribunal el contacto directo y, mediante el mismo, acceder a algunos aspectos de las pruebas personales que resultan irreproducibles, y que pueden influir en la valoración, no garantiza el acierto ni es por sí misma suficiente para distinguir la versión certera de la que no lo es, ni excusa al Tribunal de una expresa valoración de la prueba. De tal forma que la decisión del Tribunal de instancia en cuanto a la credibilidad de quien declara ante él, aunque tenga en cuenta las aportaciones irrepetibles de la intermediación, debe expresarse en un razonamiento susceptible de control objetivo en vía de recurso.

De otro lado, el control se dirige a la racionalidad del proceso valorativo. Así, entre otras, en la STS n.º 1302/2009, de 9 de diciembre, se decía que «este Tribunal tiene declarado de forma reiterada que en la ponderación de las declaraciones personales (acusado, víctima, testigos) se debe distinguir un primer nivel dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado a la intermediación y por tanto ajeno, en principio, al control en vía de recurso por un Tribunal superior que no ha contemplado la práctica de la prueba; y un segundo nivel, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la intermediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior, que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos. Esta estructura racional del discurso valorativo puede ser revisada en casación, censurando aquellas argumentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (SSTS 227/2007, de 15-3; 893/2007 de 31-10; 778/2007, de 9-10; 56/2009, de 3-2; 264/2009, de 12-3; 901/2009, de 24-9; y 960/2009, de 16-10, entre otras).

Por lo tanto, la valoración de las pruebas corresponde en un principio al Tribunal de instan-

cia que ha presenciado su práctica bajo el principio de intermediación, y debe ser expresada en la sentencia mediante una argumentación expresa, razonada y razonable. El Tribunal de casación controla la validez de las pruebas y la racionalidad de su valoración. E incluso, si se dispone de datos objetivos suficientes, puede revisar la concesión de credibilidad.

B. La declaración de la víctima, desde planteamientos de carácter general, puede ser tenida como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia aun cuando sea la única prueba disponible, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de esta Sala y la del Tribunal Constitucional. El hecho de que determinados delitos se cometan ordinariamente en la clandestinidad, y que, en consecuencia, no se disponga en la generalidad de los casos de otra prueba que la declaración de la víctima, no supone, ni puede suponer, una disminución en las garantías y derechos del imputado, entre ellos el derecho a la presunción de inocencia, que conserva intacta toda su virtualidad, precisando, por lo tanto, de una prueba de cargo suficiente para enervarla. El que solo se disponga, como prueba de cargo, de la declaración de un testigo, que además es la víctima del hecho enjuiciado, simplemente obliga a un detenido y detallado examen de la misma al objeto de establecer si presenta suficiente entidad para enervar aquella presunción, a cuyo efecto es especialmente relevante el análisis de elementos externos de corroboración.

Como se ha dicho en numerosas ocasiones, esta prueba, cuando es la única disponible, debe ser valorada con cautela, y con especial consideración a las circunstancias del caso, pues se trata de un testigo que de alguna forma está implicado en la cuestión, máxime cuando su testimonio es la noticia del delito y con mayor razón aún cuando se persona en la causa y no solo mantiene una versión determinada de lo ocurrido, sino que apoyándose en ella, sostiene una pretensión punitiva.

Es por eso que esta Sala se ha referido en numerosas ocasiones a aspectos relacionados con su valoración, que, sin desconocer la importancia de la intermediación, pretenden la objetivación de la conclusión alcanzada mediante un razona-

miento que exprese el proceso valorativo llevado a cabo por el Tribunal.

En primer lugar debe recordarse que el medio de prueba es el que se produce en el juicio oral. Y, en segundo lugar, que la utilización de declaraciones anteriores de los medios personales solamente son evocables en la medida que en el acto del juicio se acude a lo dispuesto en el art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, confrontando al declarante con esas plurales manifestaciones y requiriéndole para que explique la razón de las mismas (STS n.º 331/2008, de 9 de junio).

Como es notorio, la jurisprudencia de esta Sala no ha establecido la necesidad de cumplir unos requisitos rígidos para que la declaración de la víctima pueda ser valorada como prueba de cargo suficiente, de manera que si se demostrara su concurrencia hubiera de concluirse necesariamente que existe prueba de cargo y, por el contrario, si no se apreciaran tales elementos, también necesariamente hubiera de afirmarse que tal prueba no existe. No se trata, pues, de una vuelta a la prueba tasada. Simplemente se han señalado pautas de valoración, criterios orientativos, que permiten al Tribunal expresar a lo largo de su razonamiento sobre la prueba aspectos de su valoración que pueden ser controlados en vía de recurso con criterios objetivos.

Así, se ha dicho que debe comprobarse que el testigo no ha modificado sustancialmente su versión en las distintas ocasiones en las que ha prestado declaración, hasta el punto de no sostener una sino varias versiones fácticas diferentes. La persistencia del testigo no ha de identificarse con veracidad, pues tal persistencia puede ser asimismo predicable del acusado, y aunque sus posiciones y obligaciones en el proceso son distintas y de ello pueden extraerse algunas consecuencias de interés para la valoración de la prueba, ambos son personas especialmente interesadas en el mantenimiento de una determinada versión de lo ocurrido. Pero la comprobación de la persistencia en la declaración inculpativa del testigo permite excluir la presencia de un elemento que podría enturbiar su credibilidad. En caso de que la persistencia aparezca debilitada, por cualquier causa, el Tribunal deberá indagar las razones de tal forma de actuar por

parte del testigo, con la finalidad de valorarlas adecuadamente.

Igualmente ocurre respecto de la verificación de la inexistencia de datos que indiquen posibles razones para no decir la verdad, como puede ser la enemistad anterior, el odio, el deseo de venganza o similares, los cuales han de vincularse a hechos distintos de los denunciados, pues no es inhabitual que tales sentimientos tengan su origen precisamente en los hechos que se denuncian sin que ello suponga deterioro del valor de convicción. Que no existan esas razones no supone que deba aceptarse necesariamente la versión del testigo, pero permiten excluir la existencia de motivos para no hacerlo.

Estos dos elementos, que deben ser comprobados por el Tribunal, permiten excluir la existencia de razones objetivas para dudar del testigo y hacen razonable la concesión de credibilidad. Aun cuando concurra solo alguno de ellos, puede ser valorado conjuntamente con los demás. Lo que importa, pues, es que el Tribunal que ha dispuesto de la inmediatez, exprese las razones que ha tenido para otorgar credibilidad a la declaración del testigo.

El tercer elemento al que habitualmente se hace referencia, viene constituido por la existencia de alguna clase de corroboración de la declaración de la víctima, especialmente cuando tal corroboración es posible dadas las características del hecho concretamente denunciado. No se trata ya de excluir razones para dudar del testigo, sino de comprobar la existencia de motivos para aceptar su declaración como prueba de cargo y consiguientemente, establecer la superación de la presunción de inocencia.

C. En el caso, del texto de la sentencia se desprende la existencia de distintos elementos que corroboran la declaración de la víctima prestada en el acto del juicio oral. El Tribunal no ha apreciado contradicciones sustanciales en su versión, ni tampoco la existencia de elementos, distintos de los propios hechos enjuiciados, que acrediten o sugieran móviles distintos de la decisión de presentar y sostener la denuncia que, por su entidad, pudieran explicar el mantenimiento de una versión falsa ante el Tribunal.

Sin embargo, existen elementos de corroboración. Especialmente, las lesiones que presen-

taba la víctima, acreditadas por los partes y los informes médicos. Entre ellas, varios hematomas en los brazos y en la cara interna de la rodilla derecha. Es cierto que el propio recurrente reconoció la existencia de un forcejeo, sujetándola por los brazos y zarandeándola, al que podrían atribuirse. Sin embargo, tal cosa solo explicaría las existentes en los brazos, sin que el mecanismo de causación pudiera extenderse a los hematomas que se aprecian en la cara interna de la rodilla, claramente compatibles con maniobras de sujeción y forzamiento, que son características de la agresión sexual del tipo de la que se denuncia. Tampoco explicarían las erosiones en la cara que, sin embargo, parecen relacionarse directamente con el relato de la víctima según el cual le tapaba la nariz y la boca para que no gritase.

Por el contrario, el recurrente no presenta lesión alguna, lo cual no encaja con sus manifestaciones en el sentido de que fue agredido por la mujer.

Congruente con el relato de la víctima es el hecho de que inmediatamente de que el acusado abandonó la vivienda donde ambos se encontraban, procedió a comunicar lo sucedido a la policía y algunas otras personas de su entorno más cercano.

También debe valorarse que con su versión de lo sucedido coincide lo que relata el testigo de referencia, psicólogo del SAMUR, que la atendió justo después de la denuncia, según el cual la víctima le contó que había sido maltratada y agredida sexualmente por el acusado; y el también testigo de referencia, agente policial n.º [...], que declaró en el plenario que al llegar al domicilio la mujer, que estaba muy nerviosa y en estado de ansiedad, les comunicó que su pareja había abusado física y sexualmente de ella.

En atención a todo ello, esta Sala no encuentra elementos objetivos que sugieran una valoración de la prueba disponible, por el Tribunal de instancia, que pueda considerarse manifiestamente errónea o inconsistente, por lo que no se aprecian razones para proceder a su rectificación por vía de recurso.

En consecuencia, el motivo se desestima.

2. Recurso interpuesto por la acusación particular en nombre de María Rosario.

En un único motivo denuncia la indebida aplicación del artículo 172 e indebida inaplicación correlativa del artículo 163, ambos del Código Penal, pues entiende que los hechos deberían ser considerados constitutivos de un delito de detención ilegal, en tanto que impidió a la víctima salir de la casa.

A. El delito de coacciones se comete cuando el sujeto, sin estar legítimamente autorizado, impide a otro, con violencia, hacer lo que la ley no prohíbe o le compele a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto. El delito de detención ilegal se comete mediante la privación de libertad a otro a través de su encierro o detención, ejecutados contra la voluntad del sujeto y con conocimiento de que se le priva de su derecho a abandonar el lugar donde se le encierra o se le detiene. La diferencia entre ambos, en relación de género a especie, se encuentra en la afectación absoluta de la libertad ambulatoria que caracteriza a la detención ilegal, hasta el punto de que la jurisprudencia ha admitido supuestos en los que la restricción de esa libertad, impuesta con violencia, ha sido considerada como constitutiva de un delito de coacciones (STS n.º 61/2009).

B. En el caso, que puede valorarse como uno de los supuestos límite entre una y otra figura delictiva, el acusado había sido requerido por

la denunciante para que abandonara la vivienda, ante lo cual, en el marco de una discusión entre ambos, le quitó las llaves tras un forcejeo, cerró la puerta y permaneció durante el tiempo que se describe en el interior, impidiendo a aquella solicitar ayuda a terceros.

Es claro que, con violencia, le impone su presencia en el lugar y le impide solicitar ayuda a otras personas.

Sin embargo, según resulta de los hechos, el propósito, o la voluntad, de la mujer no era, en realidad, abandonar el lugar, en ejercicio de su libertad de movimientos, sino solicitar ayuda para conseguir que el acusado se fuera, lo cual éste le impide con su conducta. Así, tras la acción del acusado no consta que ella intentara ausentarse de la vivienda. En definitiva, la conducta descrita en el relato fáctico no se orienta a encerrar a la víctima impidiéndole el ejercicio de su derecho a la libertad de movimientos, pues aquella no pretendía hacerlo valer, sino que está dirigida a imponerle su presencia impidiendo la solicitud de ayuda a terceros, que no estaría encaminada a permitir a la mujer abandonar la vivienda, sino obligar al acusado a hacerlo.

Al tiempo, igualmente resulta que la conciencia del acusado no se refería a una privación de libertad, sino a una restricción de movimientos para impedir la solicitud de ayuda.

En consecuencia, el motivo se desestima.

Se condena a la madre y a su compañero sentimental por un delito de abandono de familia al no llevar al menor a recibir los correspondientes cuidados médicos que pudiese precisar ante el comportamiento llamativamente anómalo sobre el que habían sido informados por el centro escolar, que resultó derivarse del consumo de drogas por el menor.

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 12 de julio de 2011

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano**

ANÁLISIS DEL CASO

Leoncio, mayor de edad y sin antecedentes penales, Guillerma, mayor de edad y condenada por sentencia firme de 19-12-2002 por delito contra la salud pública a la pena de cinco años de prisión y multa, que quedó extinguida el 17-7-2007, y Basilio, mayor de edad y sin antecedentes penales, vivían en el domicilio de este último sito en la ronda [...] n.º [...],

bloque [...], puerta [...] de Mataró, junto con el menor José, nacido el 21-7- 2004, hijo de Guillerma y de una pareja anterior.

Leoncio y Guillerma eran pareja de hecho desde hacía varios meses, Basilio y Guillerma habían contraído matrimonio en fecha no determinada anterior, interrumpiendo la convivencia, pero sin formalizar la separación. Tiempo después, Guillerma y Leoncio se pusieron en contacto con Basilio y como todos tenían problemas económicos y Basilio vivía solo y tenía dificultades para desplazarse, porque utilizaba silla de ruedas, decidieron ir a vivir, junto con el menor, a la casa de Basilio, circunstancia que tuvo lugar un tiempo no bien determinado antes de la fecha de los hechos, pero en todo caso no inferior a seis meses.

Por razón de sus respectivas ocupaciones, se turnaban en el cuidado del menor, llevándole, en general, al centro escolar y recogiéndole Guillerma y Leoncio, encargándose de asearlo por la mañana. Guillerma preparaba y le daba la comida y la cena, esta última ayudada de Basilio. Cuando salían Guillerma y Leoncio se encargaba del niño Basilio, ayudado del hermano de Guillerma que hacía unos tres meses que había llevado a la casa. Leoncio trataba al niño como si fuera su hijo.

A partir de diciembre de 2007 al niño le es detectado por personal del colegio un estado de hiperexcitabilidad, ansiedad, inquietud psicomotriz, agitación y cambios conductuales, que motiva que se le advierta a la madre de este cambio de comportamiento, en entrevista que se celebra el 11-1-2008, sin que ninguno de los procesados hiciera caso de esta situación.

El 19-2-2008 Guillerma acude a un centro médico como consecuencia de una denuncia por malos tratos en su persona, interpuesta contra Leoncio, yendo acompañada del menor. Durante la estancia en dicho centro, el personal sanitario observa en el niño un comportamiento muy excitado y procede a su reconocimiento, encontrando en su organismo, en una análisis de orina, la presencia de cocaína, siendo ingresado y tratado con Diazepan, 2 mg y Haloperidol en caso de agitación. Una vez retirado el tóxico y transcurridos unos días, el menor volvió a la normalidad.

En fecha 21-2-2008 se realizó al menor una extracción de cabello, recogiendo pelo con longitud de tres centímetros, que analizado dio un resultado de 58,6 ng/mg en el fragmento de 0-1,5 cm. Más próximo al cuero cabelludo y de 17,8 ng/mg en el fragmento de 1,5-3 cm más distal. A la vista de este informe los médicos forenses dictaminan que José ha consumido cocaína de forma habitual y continuada durante, por lo menos, tres meses, con un patrón de consumo similar al que se denomina consumidor habitual en un adulto.

Tras tomar conocimiento de lo sucedido la entidad pública competente declaró al menor de manera cautelar en situación de desamparo preventivo, suspendiendo la patria potestad de la madre.

Guillerma y Leoncio son consumidores habituales de cocaína. No hay constancia de que Basilio consuma esta sustancia. No ha quedado acreditado cuál de los procesados haya podido dejar al alcance del menor la sustancia cocaína que este ingirió, en momentos y cantidades que se ignoran, y que le produjo la alteración antes descrita.

La Audiencia de instancia dictó Sentencia el 30 de junio de 2010 con el siguiente pronunciamiento: «FALLAMOS: Debemos absolver y absolvemos a Leoncio, Guillerma y

Basilio del delito contra la salud pública y del delito de lesiones del que venían acusados, declarando de oficio dos tercios de las costas procesales causadas. Debemos condenar y condenamos a Leoncio y a Guillerma como autores de un delito de abandono de menor a la pena de dos años y seis meses de prisión, para cada uno y a la pena, para Guillerma de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de cinco años respecto del menor José y al pago, por mitad, de dos terceras partes del tercio restante. Debemos absolver y absolvemos a Basilio del delito de abandono de menor del que venía acusado declarando de oficio la tercera parte del tercio restante.

Notifíquese a las partes la presente resolución, notificándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de casación para ante el Tribunal Supremo en el plazo de cinco días, a partir de su notificación».

Leoncio y Guillerma interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que les condenó únicamente como autores responsables de un delito consumado de abandono de familia, sin la concurrencia de circunstancias genéricas de la responsabilidad criminal a la pena de cinco meses de prisión y 5 años de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La diversa naturaleza de los tres motivos articulados aconseja alterar el orden resolutivo comenzando por el referido al error facti (n.º 2.º), para continuar con el relativo a la violación del derecho a la presunción de inocencia (n.º 3.º), concluyendo con el que articula por corriente infracción de ley, al que dedica el motivo n.º 1.º

1. Así pues, con asiento procesal en el Art. 849.2.º Lecrim. denuncia un *error facti* en la apreciación de la prueba derivada de documentos obrantes en autos.

Textualmente los censurantes nos dicen que «el conjunto de documentos que se relacionarán seguidamente y que serán analizados de forma pormenorizada e individual demuestran el error en la apreciación de la prueba en lo que respecta a la situación procesal del menor...».

Se apoyan en el documento obrante al folio 49 de las actuaciones, en el cual el Colegio de Primaria desarrolla un seguimiento puramente conductual «describiendo que observan en el menor un comportamiento agresivo, verbal y corporal, así como también un vocabulario propio de su edad dirigido a compañeros y adultos, motivo por el cual fue convocada la familia».

Sobre esa base entiende que nada se dice en el informe, ni existe prueba posterior que describa la pretendida alteración física y psíquica, hasta que por ingreso eventual de la madre en el hospital fueron detectados en el menor los síntomas de alteración por parte del personal médico.

En tal informe, ni siquiera en los aportados por los médicos forenses —siguen argumentando los recurrentes—, se precisa que el comportamiento del menor sea consecuencia de un estado de hiperactividad o excitación propio del consumo de cocaína.

Concluye que la Audiencia ha realizado una interpretación errónea e injustificada de las manifestaciones contenidas en el informe escolar del menor, traduciendo las consideraciones puramente conductuales en el ámbito pedagógico en alteraciones físicas y psíquicas sin ninguna base científica.

2. Una vez más es oportuno recordar la doctrina que sobre el *error facti* ha venido reiterada y machaconamente asentando esta Sala de casación. Para que pueda prosperar un motivo de esta naturaleza es preciso:

A) que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase como las pruebas

personales por más que estén documentadas.

- B) que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.
- C) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.
- D) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Para que los informes y dictámenes periciales puedan actuar como documentos, a pesar de su indudable carácter de prueba personal, sería preciso que, según doctrina de esta Sala, se dieran las siguientes circunstancias:

- A) que existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.
- B) que contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

3. El motivo lejos de acomodarse a las exigencias referidas se aparta abiertamente de ellas por varias razones. En primer término el infor-

me invocado no podía calificarse de dictamen y mucho menos atribuirle carácter documental, cuando es posterior a los hechos y los profesores responsables docentes concurrieron a juicio para explicar la situación del menor y sus síntomas, así que la inmediatez del tribunal de origen, cuando el informe es sometido a contradicción en el plenario excluye la posibilidad de considerarlo valorativamente con iguales garantías, en esta instancia procesal.

Además concurrieron otras pruebas más explícitas sobre el mismo extremo integradas por los informes o testimonios de los médicos forenses, que indudablemente el tribunal valoró probatoriamente de forma expresa.

A su vez, el cauce previsto en el Art. 849-2 Lecrim. no prevé ni permite una nueva interpretación de los hechos sino la modificación de algún apartado del *factum* o su complementación, en base a lo inconcusamente expresado en un documento. Los recurrentes no explican en qué concreto punto debe suprimirse o completarse las afirmaciones del relato probatorio.

Por último, ni que decir tiene que los informes y datos objetivos evidenciados por el menor en su comportamiento no eran sugerentes de que consumiera droga (ello sólo pudo saberse después de los análisis toxicológicos), sino que eran suficientes para poner de relieve una inexplicable anomalía, que demandaba imperiosamente la intervención médica, que los acusados omitieron. Consiguientemente el motivo no autoriza a llevar a cabo interpretaciones sobre la base de otros documentos que pugnen con la versión sostenida por el tribunal sentenciador.

El motivo no puede prosperar.

En el motivo 3.º, canalizado a través del Art. 852 Lecrim., se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el Art. 24 C.E.

1. Argumentan los recurrentes que la sentencia aplica de forma muy singular el principio de presunción de inocencia, pues por un lado no estima acreditada la autoría del delito contra la salud pública, ni tampoco del delito de lesiones, aunque alguno de los convivientes en la casa con el menor debió ser el autor, y sin embargo, manteniéndose la misma duda, condena a ambos por

el delito de abandono. Resulta insólita para los recurrentes que no se aplique la misma consideración en el delito de abandono de menores, ya que la sentencia no describe actos u omisiones atribuibles a un procesado, a otro o a ambos a la vez, que comporten desatención de las necesidades asistenciales más esenciales del menor.

2. Es difícil hablar de pruebas contundentes para acreditar un hecho negativo. El delito de abandono de menores, aunque la situación delictiva se pueda originar excepcionalmente por algún acto positivo, la conducta castigada posee una naturaleza claramente omisiva, consistente en no proporcionar al menor, cuya guarda o custodia tiene alguno confiada, los cuidados necesarios e indispensables. Por tanto sería preciso acreditar:

- A) que tales cuidados no se prestaron.
- B) que quien estaba obligado a prestarlos tenía pleno conocimiento de que el menor los necesitaba.
- C) posibilidad efectiva de prestarlos, en este caso, acudiendo a los servicios médicos, para detectar y corregir una situación alarmante, que podía afectar seriamente a la salud del menor.

Estos aspectos han sido probados a través de las alarmas detectadas en el colegio y los informes o dictámenes médicos, aclarados en juicio por los forenses, que consideraron que la situación se revelaba de forma clara a la vista de quien conviviera con el menor y los signos que evidenciaba eran francamente preocupantes. A ello se añade el hecho objetivo no negado por los recurrentes de que no llevaron al menor al médico, a pesar de que la situación de consumo de drogas no se había corregido, después de detectarla por los análisis toxicológicos.

3. Respecto a la cuestión de no considerar la presunción de inocencia en este tercer delito, no es tal, pues lo que hizo el tribunal es actuar conforme al principio «in dubio pro reo» como certeramente apunta el M.^o Fiscal. Así, cuando los hechos evidencian la comisión de tres posibles delitos, que necesariamente debieron materializar todas o algunas de las tres personas que habitaban con el menor, sin ninguna alternativa para la hipótesis de que los hechos no constitu-

yeran delito, el tribunal debe optar, y así lo hizo, por la más beneficiosa para los recurrentes, después de plasmar todas las alternativas posibles en los hechos probados.

En nuestro caso se ignora quién suministró la droga (por supuesto se excluye por improbable la situación de concierto) y por tanto quién fue el autor de las lesiones, pero de lo que no cabe duda es que ninguno de los dos acusados —fuere o no suministrador de la sustancia— requirió la asistencia médica para atender al niño, pese a que tuvieron que detectar necesariamente que la precisaba dado el ostentoso estado de agitación que padecía, perceptible para cualquier persona que con él conviviera. De esta grave omisión si existieron, como tenemos dicho, suficientes acreditamientos en la causa, que razonablemente valorados por el tribunal, justificaron una sentencia de condena, independientemente de posibles errores subsuntivos, a que se refiere el motivo siguiente.

El presente se rechaza.

En el motivo primero, formalizado por corriente infracción de ley (Art. 849-1.^o Lecrim.) se aduce infracción del Art. 229.2, 2.^o y 3.^o del C. Penal.

1. Los recurrentes comienzan haciendo notar la circunstancia inusual referida en el segundo fundamento jurídico, en donde se declara que los hechos relatados constituyen un delito contra la salud pública del Art. 368 C. Penal, porque alguno o todos los adultos que con el niño convivían le dieron a tomar la cocaína de forma deliberada y consciente, al descartar la Sala que pudiera haberla ingerido fuera del domicilio o por obra de otras personas, y del mismo modo, con iguales razonamientos considera que los hechos son constitutivos de las lesiones previstas y penadas en el Art. 147.1 CP, existiendo idénticos problemas de falta de concreción del autor de entre los tres posibles.

Partiendo de tales proclamaciones los recurrentes entienden que existen insalvables obstáculos impuestos por la dogmática jurídica para condenar por el Art. 229 CP, y ello por lo siguiente: «si existe una acción previa constitutiva de un delito contra la salud pública y de lesiones, ambos dolosos, y respecto de los cuales

no se ha probado la autoría, no cabe atribuir las consecuencias de tales delitos en concepto de un abandono de menores doloso a ningún acusado en base a la constatación de los efectos de los dos primeros, porque esos efectos no son consecuencia de una desatención de necesidades sino precisamente de una agresión física horrenda que el propio tribunal de instancia describe como el acto de proporcionar voluntaria y conscientemente droga de forma habitual al menor».

Dicho en otras palabras la Audiencia utilizó el resultado del delito de lesiones para afirmar que los padres o guardadores han omitido normas de cuidado, de asistencia y amparo del menor que han provocado las afecciones psíquicas y físicas que se han constatado.

2. En el fondo los recurrentes plantean un déficit probatorio insalvable para la atribución del hecho, ante la ruptura del nexo causal o de la imputación objetiva, ya que se ha acreditado la producción de unos efectos perjudiciales y lesivos para el menor con plena detección de la causa eficiente y real de los mismos que, poseyendo una naturaleza dolosa, debe excluir cualquier aporte causal posterior de origen negligente que no es el que creó el riesgo ni fue causa directa o indirecta del resultado.

Sin embargo, partiendo de tal situación, lo que se aduce por la Audiencia, es que cualquiera que sea el origen de las dolencias del menor, los acusados con su conducta dolosa contribuyeron de forma decisiva (situación de garantes) a que tal estado se prolongara, ocasionando mayores males al menor, ya que el efecto del delito doloso pudo y debió neutralizarse por una acción espontánea que nunca se realizó.

Mas, desde otra perspectiva no le falta razón a los recurrentes de que el tribunal de origen no ha realizado con acierto el juicio de subsunción a la hora de calificar el delito, partiendo de los inalterables términos descritos en el «factum» (Art. 884-3 Lecrim.).

El Fiscal en un sustancioso y fundamentado dictamen, que en sus líneas generales, asume esta Sala, considera que los hechos declarados probados debieron incardinarse en el Art. 226 CP donde se describe el abandono de familia en su modalidad de incumplimiento de los de-

beres legales de asistencia, al no producirse un quebrantamiento absoluto del deber de custodia ni ruptura de la situación fáctica en la que se halla el menor bajo la vigilancia y cuidado de un pariente. La jurisprudencia de esta Sala es cierto, como apunta el tribunal de origen, que ha equiparado a la situación de abandono material al dejar desamparada a una persona, sin el apoyo o la protección de quien tiene la obligación de dársela, equivalente al abandono personal dejando a su suerte al menor que se ve privado de toda atención y cuidado por parte del sujeto activo. El abandono, por tanto, también debe alcanzar a situaciones que sin ser del abandono propiamente dicho provoquen una situación de desatención por incumplimiento de los deberes de protección, esto es, cuando un menor o incapaz no recibe las debidas atenciones por parte de quien lo esta cuidando, de modo que llega a encontrarse en una situación extrema de desamparo y desprotección.

3. Esta Sala entiende que el factum no describe un «abandono», sino un ejercicio inadecuado de los deberes de patria potestad o guarda del menor.

En realidad el Art. 229 CP castiga la situación de peligro creada para un menor por la cesación o abandono de su custodia por parte de las personas encargadas de ello o, en otros términos, por la ruptura de los vínculos que unen al menor e incapaz con su entorno habitual.

El Art. 226 CP hace referencia a una desatención dolosa de ciertos deberes de cuidado específicos, sin cesar en sus funciones esenciales de custodia, ni en otras propias de la patria potestad o guarda. En nuestro caso consistió en la consciente omisión de no llevar al menor a recibir los correspondientes cuidados médicos que pudiese precisar o, al menos, a verificar si los necesitaba ante su comportamiento llamativamente anómalo y sobre el cual habían sido informados.

La delimitación conceptual del alcance tipológico de los arts. 226 y 229 CP queda analizado de forma minuciosa en la sentencia de esta Sala número 559 de 27 de mayo de 2009, citada por el Fiscal, cuya doctrina debe reafirmarse en esta ocasión dada la gran similitud, si no identidad, de las situaciones contempladas.

El delito por el que se condena precisa de un mayor grado de antijuricidad o intensidad del ataque al bien jurídico protegido, que en el fondo es coincidente en un injusto típico y en el otro. Un dato relevante, particularmente influyente en la determinación de la acentuada gravedad de la conducta del Art. 229, la impone desde una interpretación lógica y sistemática el Art. 230 CP en el que se tipifica el abandono temporal del menor, lo que conduce a considerar que el abandono del Art. 229 es un abandono definitivo, permanente, indefinido, o en general de mayor riesgo o peligro, que la simple dejación pasajera del menor por razón de alguna circunstancia concurrente en el hecho.

4. Descendiendo todavía más al supuesto fáctico sometido a enjuiciamiento, se puede comprobar que el contacto y convivencia de su madre y guardador de hecho era permanente. Así, en el fundamento jurídico primero, se dice que entre los tres convivientes «se repartían el cuidado del niño». En el fundamento jurídico segundo, para justificar que por su corta edad el menor no tenía oportunidades de coger la droga, se afirma que estaba sometido «a la vigilancia de un adulto». En la conclusión de ese mismo fundamento se sostiene que «alguno o todos los adultos que con él vivían... Le daban a tomar la droga de forma deliberada y consciente...».

En definitiva que el contacto permanente con el menor y los lazos afectivos existían, ya que ningún reproche cabe oponer a la alimentación o nutrición dispensada al menor, ni al aseo o vestidos que pudiera llevar, ni tampoco a la asistencia puntual al colegio, a pesar de su corta edad, etc. etc., es decir, que se cumplía rigurosamente con los deberes de protección o asistencia, a excepción de uno de ellos que fue por un tiempo desatendido, constituido por no adoptar medidas, ante unos síntomas evidentes y preocupantes para su salud.

5. A su vez la condena que el Fiscal propugna no hallaría ningún obstáculo desde la óptica del principio acusatorio y de no indefensión de los acusados, ya que el relato de hechos probados da base para la degradación tipológica interesada, no modificándose en absoluto. A su vez el Art. 226 prevé una pena claramente inferior a la contemplada en el Art. 229. Se trata de delitos homogéneos, en tanto protegen el mismo bien jurídico, diferenciándose en la intensidad antijurídica del ataque al mismo.

Consecuentes con lo dicho procede estimar parcialmente el motivo primero, absolviendo por el delito de abandono de menor y condenando por incumplimiento de deberes de la patria potestad y guarda (abandono de familia: Art. 226 CP).

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

GUARDA Y CUSTODIA

El padre permanece sin trabajar, adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor, y ello es razón suficiente para excluir la custodia compartida y atribuir la custodia a la madre en exclusiva quien, por el contrario, ha adoptado una actitud comprometida con la atención de la hija y su educación.

TSJ de Aragón, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas**

Formulada demanda de divorcio por la representación de D.^a Mariana contra su cónyuge D. Casiano, en petición de que se dictase sentencia en los términos expresados en el suplico del pertinente escrito, entre los cuales es de destacar la petición de que «la guarda y custodia de la hija común habrá de corresponder a la madre», el demandado se opuso y solicitó, por su parte, que «se atribuya dicha guarda y custodia en exclusiva al padre o, subsidiariamente, la guarda y custodia sea compartida por ambos progenitores». La sentencia recaída en primera instancia estima en dicho punto la demanda y atribuye a D.^a Mariana la guarda y custodia de la hija común, Carla, con ejercicio compartido de la autoridad familiar en lo que exceda de su ámbito ordinario. Para llegar a dicho pronunciamiento la sentencia fija los siguientes hechos probados: Primero.—D.^a Mariana y D. Casiano contrajeron matrimonio en Chile, con fecha 26 de enero de 2008. Hay una hija común, Carla, nacida en octubre de 2008; Segundo.—D. Casiano estuvo trabajando entre junio y septiembre de este año (se refiere al año 2010). Es demandante de empleo; Tercero.—D.^a Mariana trabaja en A DIA-RIO S.I. desde el pasado mes de julio; sus nóminas líquidas rondan los 450 euros mensuales.

Además, como razonamiento justificativo de la decisión adoptada respecto de la guarda y

custodia de la hija menor, en el fundamento jurídico segundo valora el informe pericial practicado en autos, juntamente con los interrogatorios y prueba practicada, de lo que deduce: que los cónyuges han vivido con la familia paterna hasta la crisis matrimonial; que la abuela y tía paterna han tenido y tienen una notable participación en el cuidado de la menor; que existe un diálogo fluido de la madre con la abuela paterna, quien ha asumido el cuidado principal de la niña. Respecto a la relación con los progenitores, de dicha prueba deduce que la madre reúne las mejores condiciones personales para asumir los cuidados de la hija, mientras que el padre ha mostrado un comportamiento poco activo y un escaso compromiso en las atenciones a la hija, delegando sus responsabilidades de forma habitual.

La sentencia de la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por D. Casiano y confirma la recaída en primera instancia. En cuanto al punto debatido, referido a la guarda y custodia de la menor, en el que la parte recurrente invocaba error en la apreciación de la prueba, la Audiencia Provincial razona acerca de las causas determinantes de la atribución a la madre de la guarda y custodia de la hija Carla, de dos años de edad, expresando que «el dictamen pericial viene a refutar los alegatos vertidos en el recurso del apelante» y que no existe la

más mínima prueba en el proceso de la asunción responsable por el recurrente de su paternidad. Expresa, como razonamientos jurídicos que completan el *factum*, que la madre de la menor ha asumido con responsabilidad su papel materno, llevando a cabo una búsqueda activa de empleo, mientras que el padre permanece sin trabajar, adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor.

El recurso de casación se ha interpuesto por un motivo único en el que denuncia la infracción del art. 6.2 de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, en relación con el art. 2.2 de la misma. La Sala, en trámite de admisión, acordó oír a las partes acerca de la posible causa de inadmisión al referirse el escrito de recurso a una revisión de la prueba practicada en orden a obtener una valoración probatoria distinta de la alcanzada por los órganos de instancia. Evacuados los traslados conferidos, por auto de 3 de junio de 2011 acordó la admisión del recurso de casación en cuanto la parte recurrente ha fijado su contenido impugnatorio sin pretender alterar el resultado de la prueba practicada y su valoración, pero pretende la casación de la sentencia porque del hecho de que uno de los progenitores pueda estar en posesión de unas mejores características personales para ejercer la guarda y custodia no se desprende que el otro progenitor no esté capacitado para ejercer también dicha custodia, en beneficio del menor, invocando el contenido de la Ley aragonesa antes citada que establece la custodia compartida como preferente, en interés de los hijos menores. En tales términos ha quedado fijado el debate casacional.

Dado que las normas aragonesas de derecho privado han quedado recogidas en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en lo sucesivo citaremos los preceptos de aplicación conforme a la nomenclatura de este Código.

Decíamos en nuestra sentencia 8/2011, de 13 de julio, que «El legislador aragonés, al promulgar la Ley 2/2010, de 26 de mayo, ha modificado

sustancialmente el régimen legal antes existente para los casos de ruptura de la convivencia de los padres, para establecer, de modo preferente, el sistema de custodia compartida respecto de los menores. Así resulta del propio Preámbulo de la Ley 2/2010, del conjunto de sus normas y, especialmente, de los preceptos hoy contenidos en los arts. 75.2, 76 y 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón (en lo sucesivo, CFA).

Pretende, en primer lugar, propiciar un acuerdo entre los progenitores, mediante una regulación que fomenta el «El pacto de relaciones familiares», inspirado en el respeto a la libertad de pacto del Derecho foral aragonés, de modo que se atribuye prioridad en la regulación de las relaciones familiares a lo acordado por los padres. Se fomenta este acuerdo, así como la solución del litigio si llegare a producirse, mediante la mediación familiar, que constituye, como expone el mismo Preámbulo, «un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura».

En defecto de estas soluciones de consenso, el legislador establece como preferente el sistema de guarda y custodia compartida: art. 80.2 del CFA.

Con todo, el sistema establecido por el legislador aragonés no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor. Así resulta de los propios términos de la norma autonómica —art. 76.2, conforme al cual Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos—. No podía ser de otro modo, por cuanto el Estado español ha ratificado la declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 y la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, cuyos arts. 2.º y 3.º, respectivamente, proclaman el interés superior del niño como preferente. En este sentido, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, también dota de supremacía al interés del menor en toda decisión que al respecto se adopte —arts. 2 y 11.2.a)—».

La custodia compartida por parte de los progenitores es, por tanto, el régimen preferente y

predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad. 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, y no concurran otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual, atendido el interés del menor. Por ello el apartado d) del precepto citado pone de relieve, como uno de los elementos a valorar, la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. Y el legislador cuida de establecer que el Juez podrá recabar los informes necesarios para adoptar la decisión más justa, atendiendo el interés superior del menor, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.

Es claro que ambos progenitores pueden ejercer, en forma compartida, la guarda y custodia, siempre que de los autos resulte su aptitud, idoneidad y voluntad para su ejercicio.

Pero en el caso de autos la prueba práctica, según ha sido valorada en las instancias procesales, y que no puede ser combatida en este recurso de naturaleza extraordinaria, muestra que el recurrente carece en la actualidad de esas aptitudes. Expresa la Audiencia Provincial que «el padre permanece sin trabajar, adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor»; y esta sencilla explicación es razón suficiente para excluir la custodia

compartida en la forma solicitada, y atribuirla a la madre quien, por el contrario, ha adoptado una actitud comprometida con la atención de la hija y su educación.

Como afirma la STS de 21 de julio de 2011 —aplicando la normativa correspondiente del Código Civil pero sentando criterio jurisprudencial que sirve al caso de autos—, con cita de doctrina precedente, En la STS 252/2011, de 7 abril, se dijo que «En la apreciación de los elementos que van a permitir al juez adoptar la medida de la guarda y custodia compartida, cuando no exista acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que el Juez puede pedir de acuerdo con lo que dispone el art. 92.9 CC. En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor, como ha venido recordando esta Sala en sentencias de 1 y 8 octubre y 11 marzo 2010 y 28 septiembre 2009».

Es de notar que, dada la joven edad de la menor, en este caso no son de aplicación otros de los factores considerados por el legislador aragonés, especialmente en el apartado c) del precepto de referencia.

Por lo expuesto, el recurso ha de ser desestimado, y confirmada la sentencia recurrida, que no vulnera los preceptos sustantivos denunciados por el recurrente.

Las sentencias de instancia no entran a valorar la aptitud y capacidad de los padres, sino su disponibilidad de tiempo, que no es propiamente uno de los factores señalados en la Ley para la atribución de uno u otro régimen de custodia. Y, al no existir prueba alguna de la falta de aptitud, capacidad y disposición de alguno de los progenitores, y sí en cambio de la proximidad de sus actuales domicilios, que facilitará la continuidad y asiduidad en las relaciones con el hijo, se declara procedente la custodia compartida.

TSJ de Aragón, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra**

«1. D.ª Celia y D. Nicolás contrajeron matrimonio el 9 de mayo de 1998. Hay un hijo común, Edemiro, nacido en 2001.

2. D.ª Celia es secretaria del Ayuntamiento de Mediana de Aragón. En 2009 (certificación de retenciones aportada por el esposo en la com-

parecencia de medidas), tuvo unos ingresos brutos de 36.610 euros; deducidas las retenciones, 29.641 euros (2.470 euros mensuales prorrateados).

3. D. Nicolás percibió unos ingresos brutos en 2008 por importe de euros 34.955 euros; deducidas las retenciones, cobró 26.640 euros líquidos (2.220 euros mensuales prorrateados). Los ingresos brutos en 2009 fueron de 34.640 euros (declaración y certificado de retenciones que ha aportado en la comparecencia de medidas provisionales).

4. Edemiro estudia en un colegio concertado. Realiza actividades extraescolares de natación, inglés y balonmano».

En el fundamento de derecho segundo, dedicado a los efectos personales del divorcio, es rechazada la atribución de la custodia compartida del hijo en los siguientes términos:

Conforme al artículo 6 de la Ley de Igualdad en las Relaciones Familiares, de 20 mayo de 2010, cada uno de los progenitores por separado, o ambos de mutuo acuerdo, podrán solicitar al juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos. Este texto, en artículos 1 y 2, refleja el interés del legislador en subrayar que debe fomentarse la mayor participación de los padres en la crianza y educación de los hijos, sin que existan desequilibrios entre la posición del custodio respecto del no custodio. Y los hijos tienen derecho a un contacto directo con sus padres de modo regular. Sólo el interés de la hija común apuntará en otro sentido (artículo 2.2) podría variar lo anterior.

Los litigantes discuten si la custodia ha de corresponder a la madre o debe compartirse por periodos alternos de cinco meses más vacaciones de verano. En el presente caso, entiendo que la propuesta del padre no es la mejor alternativa. Existen elementos a favor, como la cercanía de domicilios y la presencia cercana de los domicilios de los abuelos paternos. Sin embargo, hay que ser realista. D. Nicolás es director comercial de una empresa que tiene intereses comerciales en España y en diversos países. Ha manifestado en el interrogatorio que tiene libertad de horario, si bien dedica bastantes horas al trabajo; a

lo que hay que añadir lógicamente, una mayor disponibilidad que cualquier otro empleado de la empresa, por las responsabilidades propias del cargo que ocupa. En esta situación, Edemiro no estaría directa y principalmente atendido por el padre, que es de lo que se trata. Los abuelos pueden compartir un régimen amplio de visitas, supliendo al padre cuando sus horarios no lo permitan; lo que no se puede es que desempeñen un papel cuando el otro progenitor tiene una amplia disponibilidad.

La sentencia de la Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial argumenta en su fundamento segundo la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia de instancia de la siguiente forma:

En el caso de autos padre y madre discrepan, exclusivamente, sobre la guarda y custodia del hijo menor, Edelmiro, nacido en julio de 2001, solicitando la segunda se le atribuya a ella individualmente con rechazo de la guarda compartida que propugna el padre.

No se ha demostrado en el proceso una ocupación principal y directa por el padre en el cuidado y atención cotidianos del hijo desde su nacimiento. Sus necesidades ordinarias y diarias han sido satisfechas directamente por la madre, dado que su trabajo le permite mayor disponibilidad al dejarle todas las tardes libres. La ocupación laboral del padre ha sido su principal dedicación durante el matrimonio.

Sentado lo expuesto, debe dejarse constancia de que la Ley 2/2010, que está presidida por el principio básico del interés superior de los menores (Art. 2-2.º), prevé como sistema preferente la guarda y custodia compartida de los hijos, para favorecer su mejor interés, con el fin de mantener los lazos de afectividad y la relación continuada con ambos padres, pero ello, siempre y cuando, fuere ese el régimen más conveniente para el menor, como contempla la Exposición de Motivos de dicha ley y corrobora el Art. 6-2 de la misma, al señalar «salvo que la custodia individual sea más conveniente», lo que excluye la aplicación automática de tal medida, resultando siempre necesario el análisis de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto.

En el caso que nos ocupa, el padre ha adquirido un piso muy cercano al domicilio familiar,

donde reside el menor con la madre, viviendo, transitoriamente, hasta su rehabilitación, en el de sus padres, muy próximo también al anterior, lo que facilita la continuidad y asiduidad en las relaciones con su hijo.

Como bien señala el Juzgador de instancia, la dedicación laboral del padre, Director Comercial de una empresa, no permite vislumbrar una disponibilidad semejante a la de la madre para la atención cotidiana del niño, máxime si se tienen en cuenta los periódicos viajes anuales, preferentemente al extranjero, que realiza para la empresa para la que trabaja y su horario laboral aleatorio que le ocupa incluso fines de semana.

En estas condiciones delegar el cuidado del hijo en los abuelos paternos, aun tratándose de períodos cortos de tiempo, no se revela como la mejor alternativa para el menor, de manera que la guarda y custodia compartida propuesta no se estima la más conveniente, en este caso, atendiendo al prioritario interés del hijo, cuya dinámica habitual de vida no debe verse alterada innecesariamente, dado que existe, por otro lado, un amplio sistema de visitas a disfrutar con el padre.

No se aprecia el error valorativo imputado, ni la infracción legal denunciada, procediendo, en consecuencia, la confirmación de la sentencia impugnada.

El recurrente en casación combate las anteriores resoluciones y sus fundamentos en cuatro motivos de casación, cuyos enunciados han quedado transcritos en el antecedente quinto de esta sentencia, bajo el denominador común de «inaplicación del criterio de adopción preferente de la custodia compartida».

El primer motivo del recurso denuncia la infracción del artículo 6.2 de la Ley 2/2010, actualmente artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, (en adelante CDFA), por inaplicación del criterio preferente de custodia compartida. El motivo segundo del recurso es formulado por el recurrente «en íntima conexión con el anterior», por inaplicación del citado criterio preferente de custodia compartida, con infracción del artículo 6.3 de la Ley 2/2010 (artículo 80.3

del CDFA), en relación con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dada la indicada conexión entre ambos motivos, se estudiarán conjuntamente.

El recurrente parte de la proclamación legal contenida en el artículo 80.2 CDFA de que «el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente...». La sentencia de primera instancia no hace referencia específica a este criterio sino al interés del legislador en subrayar que debe fomentarse la mayor participación de los padres en la crianza y educación de los hijos, sin desequilibrios entre ambos, y en el derecho de los hijos a un contacto directo con sus padres de modo regular. La sentencia de la Audiencia Provincial expresamente deja constancia de que la Ley 2/2010, presidida por el principio básico del interés superior de los menores (artículo 2-2.º), prevé como sistema preferente la guarda y custodia compartida de los hijos para favorecer su mejor interés, con el fin de mantener los lazos de afectividad y la relación continuada con ambos padres, «pero ello siempre y cuando fuere ese el régimen más conveniente para el menor, como contempla la Exposición de Motivos de dicha ley y corrobora el art. 6-2 de la misma, al señalar «salvo que la custodia individual sea más conveniente», lo que excluye la aplicación automática de tal medida».

Entiende el recurrente que el artículo 80.2 CDFA establece una regla general, la custodia compartida, y como excepción la custodia individual, para lo que el artículo 80.3 faculta al juez para recabar, de oficio o a instancia de parte, los informes médicos, sociales o psicológicos, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores. En el motivo segundo del recurso liga esta facultad del juez con el artículo 217 LEC (carga de la prueba), aunque no extrae conclusión alguna en relación con este último precepto sino que alude a que la misma Sala de la Audiencia Provincial, en dos supuestos relativos a un hijo de nueve años de edad, adoptó decisiones distintas pues en uno acordó de oficio la exploración del menor y en

otro, el presente, no lo hizo, lo que a su juicio vulnera el principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 9.3 CE.

No cabe duda de que el legislador aragonés ha establecido como preferente el sistema de custodia compartida, y así lo ha recogido esta Sala en sus sentencias de 13 de julio de 2.011 (recurso de casación 8/2011) y de 30 de septiembre de 2.011 (recurso de casación 13/2011), pues así lo expresa literalmente el artículo 80.2 CDFA, que sobre tal declaración no precisa más interpretación. Lo que exige mayor cuidado es determinar en qué casos y con qué justificación puede el juez, apartándose del criterio preferente, adoptar la custodia individual. Decíamos a este respecto (fundamento jurídico décimo de la sentencia de 13 de julio de 2.011 y quinto de la de 30 de septiembre de 2.011) que este sistema no es rígido salvo en un mandato que dirige al juez el artículo 76.2 CDFA: el superior interés del menor. Y añadíamos (fundamento quinto citado): «La custodia compartida por parte de los progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca del interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad. 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, y no concurran otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual, atendido el interés del menor».

Debe partirse, por lo tanto, del criterio preferente de la custodia compartida, siempre y cuando ambos progenitores estén capacitados y no concurran otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual. Ésta se adoptará, pues, solo cuando sea más conveniente para el menor, lo que exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores. Las razones de esta preferencia son explicadas más ampliamente en el Preámbulo de la Ley 2/2010, «tratando de favorecer el contacto continuado de los hijos con los padres y la igualdad entre los progenitores», y permiten identificar los criterios por los que la custodia compartida resulta ser, en principio, del interés del menor:

La custodia compartida se fundamenta en la conjugación de dos principios básicos: por un parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar.

Esta ley recoge y refuerza el principio del interés superior de los menores en relación con las consecuencias de la ruptura de convivencia de sus progenitores. La mejor realización de su beneficio e interés exige que ambos progenitores perciban que su responsabilidad continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de sus deberes con los hijos.

Las ventajas de la custodia compartida son evidentes. Con ella, los hijos mantienen lazos de afectividad y una relación continuada con ambos padres, permite una mejor aceptación de la nueva situación familiar por parte de los hijos, ambos padres se implican de manera efectiva en todos los aspectos de la educación y desarrollo de los hijos y se reduce la litigiosidad entre los padres dado que el otorgamiento de la custodia a uno solo de ellos en muchas ocasiones acrecienta los conflictos, debido a la desigualdad que se genera en el ámbito de las relaciones con los hijos.

(...) La custodia compartida favorece la distribución igualitaria de los roles sociales entre hombres y mujeres.

Para el legislador los anteriores principios abonan, en interés del menor, la atribución de la custodia compartida como regla general y prioritaria frente a la individual, salvo que ésta sea más conveniente. Otra nueva manifestación del claro apoyo en favor de esta preferencia lo aporta el artículo 79.5 CDFA: «5. Las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurran causas o circunstancias relevantes. En particular, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado por la propia Sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida». E igualmente se expresa en tal sentido el artículo 80.5: «La objeción a la

custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor».

Sin embargo, no es éste exactamente el punto de partida de la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida pues, aunque reconoce teóricamente la preferencia legal de la custodia compartida, lo hace «siempre y cuando fuere ése el régimen más conveniente para el menor». Pero no es así porque la ley parte de que el interés del menor se consigue mejor con la custodia compartida, por lo que la custodia individual sólo se otorgará cuando se compruebe más conveniente. En eso consiste la preferencia, en que la regla sea la custodia compartida y la custodia individual sea la asignada si se demuestra más conveniente para el menor.

Como se ha indicado, dijimos en las reseñadas sentencias de esta Sala de 13 de julio y 30 de septiembre de 2011, que se aplicará la custodia compartida siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin, y no concurran otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual, por lo que la prueba habrá de dirigirse, en su caso, a acreditar que ésta última resulta más conveniente o, por lo que acabamos de decir, que en el caso concreto concurren razones que determinan la conveniencia de hacer una excepción a la regla general que presume que lo más conveniente para el menor es la custodia compartida.

En el presente supuesto los hechos probados recogidos en el antecedente tercero de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia (fechas de matrimonio y nacimiento del hijo, ingresos de los padres y circunstancias escolares y de actividades del hijo) no contienen datos relevantes que puedan orientar a la atribución de un régimen de custodia u otro. Tan sólo en el fundamento segundo que ha sido transcrito hace el juzgador una apreciación personal al decir «entiendo que la propuesta del padre no es la mejor alternativa», y mediante simple contraste de los datos laborales de los progenitores (secretaria de Administración Local y director comercial de una empresa, respectivamente), deduce que en tal situación el

hijo «no estaría directa y principalmente atendido por el padre, que es de lo que se trata». No hay en estas apreciaciones valoración de prueba sobre la aptitud y capacidad de los padres sino estimación de futuro sobre su disponibilidad de tiempo, que no es, propiamente, ninguno de los factores señalados en el artículo 80.2 CDFA en orden a la atribución de un régimen de custodia u otro, salvo su encaje en el apartado e) relativo a las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.

La sentencia de la Audiencia afirma que «no se ha demostrado en el proceso una ocupación principal y directa por el padre en el cuidado y atención cotidianos del hijo desde su nacimiento. Sus necesidades ordinarias y diarias han sido satisfechas directamente por la madre, dado que su trabajo le permite mayor disponibilidad al dejarle todas las tardes libres. La ocupación laboral del padre ha sido su principal dedicación durante el matrimonio». Nuevamente la disponibilidad de tiempo, en función de la dedicación laboral, se erige en criterio determinante para la atribución de la custodia individual, pero sin una valoración de prueba que pueda acreditar si el régimen de atención seguido durante el matrimonio ha sido perjudicial para el hijo, sino una mera constatación del tiempo disponible en función de las ocupaciones laborales, que lleva nuevamente en esta sentencia a un juicio de probabilidad no asentado en pruebas: «la dedicación laboral del padre... no permite vislumbrar una disponibilidad semejante a la de la madre para la atención cotidiana del niño...».

Parecería así que, si durante el tiempo de convivencia no ha habido una distribución tendencialmente igualitaria del tiempo de dedicación a los hijos, sólo uno de los padres estará en condiciones de hacerse cargo de su custodia. Así, incluso en aquellos supuestos en que, trabajando ambos progenitores fuera del hogar y con colaboración de ambos en las tareas domésticas y de cuidado de los hijos, uno de ellos (en muchos casos la madre) haya dispuesto de más tiempo al cuidado de los hijos, se concluirá siempre que el otro progenitor no podrá optar nunca a asumir un régimen de custodia compartida. Tal idea resulta un prejuicio y, al mismo tiempo, una contradicción con el régimen de cuidado de los

hijos asumido por la pareja durante el tiempo de convivencia: lo que ha sido admitido en ese período, asumiendo cada miembro roles sociales habituales en cada época, resultaría un antecedente negativo. Al contrario, deberá ser la prueba demostrativa de la falta de aptitud, capacidad y disposición, la que podrá determinar la atribución de la custodia individual, sin que quepa presumir incapacidad para el futuro. Sólo la ausencia de atención que derive en perjuicio para el hijo debe hacer decaer la custodia compartida.

En las sentencias de esta Sala antes reseñadas, partiendo de un dato relevante como era la escasa edad de los niños (en torno a los dos años), la custodia individual había sido atribuida en atención a informes periciales, que en alguno de los casos habían detectado falta de aptitud de uno de los progenitores por su actitud pasiva en lo referente al cuidado y atención del niño. En el presente caso ninguna prueba ha sido practicada que acredite en el padre falta de aptitud, y se destaca en ambas sentencias la proximidad de los domicilios de los progenitores, propiciada por la adquisición por el padre de un piso cercano al domicilio familiar, facilitando así la continuidad y asiduidad en las relaciones con el hijo. Cada parte achaca a la otra no haber solicitado informe del Gabinete psicosocial y/o exploración del menor (de 9 años de edad), e incluso que no fuera así acordado de oficio por el tribunal correspondiente. El Ministerio Fiscal puso especial énfasis en el acto de la vista en lamentar la ausencia de estas pruebas, pero debe dejarse constancia de que también su representante en cada instancia pudo solicitarlo si era conveniente —de ahí el especial interés de la ley en que participe en estos procedimientos en defensa del superior interés del menor—, pero no compareció en el acto de la vista para la adopción de las medidas provisionales, y en la fecha del juicio solicitó la confirmación de las adoptadas entonces, como así se acordó.

Como resulta de nuestros textos procesales (artículo 751 LEC) y ha resaltado con frecuencia la jurisprudencia, el principio dispositivo que rige nuestro proceso civil queda atenuado en los procedimientos de familia en general, y de forma especial en los que se dilucidan cues-

tiones relativas a los menores, razón por la que se requiere específicamente la presencia y la intervención del Ministerio Fiscal (artículo 749.2 LEC), pero tal atenuación no se dirige únicamente a propiciar la intervención de oficio de los tribunales sino a que a éstos les sean presentadas las pruebas en todo momento y por cualquiera de las partes y por el Ministerio Fiscal (artículo 752.1 LEC), en orden al mejor conocimiento de cualquier circunstancia que afecte a los menores y que redunde en la mejor protección del interés de los mismos. De ahí que tampoco en estos procesos se apliquen rígidamente los criterios de distribución de la carga de la prueba (artículo 217 LEC), sin perjuicio de que en la valoración de la misma se haya de partir de la capacidad y aptitud de los progenitores para asumir la custodia de sus hijos, por lo que habrá de probarse lo contrario para adoptar cualquier decisión en tal sentido.

En resumen, no se acoge la alegada infracción de lo dispuesto en el artículo 80.3 CDFA, pero sí del contenido del artículo 80.2, conforme a lo anteriormente expuesto sobre la adopción del régimen de custodia compartida como criterio preferente, pues de lo expuesto en la sentencia recurrida, confirmatoria de la de primera instancia, se aprecia que no ha sido correctamente aplicado dicho criterio preferente, por lo que debe ser estimado el primer motivo del recurso.

También denuncia el recurrente en el motivo segundo de su recurso la infracción del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) porque en otro supuesto que reputa idéntico la misma Sala había acordado de oficio la exploración del menor, de la misma edad, haciendo uso de la facultad concedida en el artículo 80.3 CDFA. Debe rechazarse tal interpretación pues los tribunales, atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso, podrán acordar lo que estimen más oportuno en orden al mejor conocimiento de tales circunstancias, debiendo interpretarse que si no lo hacen así es porque tienen los suficientes elementos de juicio para adoptar la resolución que corresponda. Se trata, pues, de una facultad que los tribunales habrán de utilizar a su mejor arbitrio y sin perjuicio de las posibilidades de petición de prueba de todas las partes.

La madre representa para las menores la principal figura de su mundo afectivo, por lo que se opta por la custodia materna, ya que de los informes técnicos emitidos se deduce que la permanencia de las niñas con su madre y un amplio régimen de visitas con el padre es el sistema más beneficioso, y que la menor ha mostrado una clara preferencia a la estancia con su madre. La custodia compartida por parte de ambos progenitores es en el Derecho aragonés el régimen preferente y predeterminado y, aunque no es rígido, solo cede a la custodia individual cuando ésta resulte más conveniente para el interés de los menores, como en este caso.

TSJ de Aragón, Sentencia de 1 de febrero de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas**

Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, resolviendo el recurso de apelación interpuesto contra la de primera instancia, la parte demandada y apelada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El primero de ellos, fundado en la vulneración de los arts. 218.2, 348 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fue inadmitido por auto de esta Sala de 11 de noviembre de 2011, por las razones que en el mismo se exponen, y que sustancialmente sostienen que la sentencia recurrida está motivada, en cuanto a las cuestiones que han sido objeto del debate procesal, y que no existe vulneración de los preceptos invocados en segundo y tercer lugar, que ordenan la valoración de las pruebas pericial y testifical conforme a la sana crítica, de modo que dicha valoración es facultad de los tribunales de instancia, no revisable a través de los recursos extraordinarios, que no constituyen una tercera instancia.

Queda por examinar el recurso de casación, que se interpone al amparo de lo prevenido en el art. 477.3 de la LEC, invocando la existencia de interés casacional, y en el que se denuncia la infracción de los arts. 75 y siguientes del Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, que aprueba el Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFR). En particular, respecto a la interpretación del interés de los menores y a la mayor conveniencia de la custodia compartida para éstos.

Interpuesta la demanda de divorcio contencioso por la representación de D.^a Salvadora contra D. Heraclio, el Juzgado de Primera Ins-

tancia dictó sentencia declarando la disolución del matrimonio por causa de divorcio y acordando, como medidas complementarias, entre otras, la guarda y custodia de las hijas de forma compartida para ambos progenitores, que compartirán la autoridad familiar, fijando un sistema de alternancia de la convivencia de las hijas con cada progenitor por años alternos, y estableciendo que sean las hijas las que residan en el domicilio familiar, situado en la localidad de Villanueva de Gállego, y los progenitores los que se alternen en su uso.

La sentencia declara, como hechos relevantes para la resolución del litigio, que D.^a Salvadora y D. Heraclio contrajeron matrimonio canónico en Zaragoza el día 7 de septiembre de 1996, del que constan como descendientes las menores Patricia y Sofía, nacidas en Zaragoza el 10 de mayo de 2001 y el 7 de abril de 2005, respectivamente, estando fijado el domicilio familiar en la C/ [...] n.º [...] de Villanueva de Gállego.

La decisión adoptada acerca de la custodia de las menores se funda en que, aunque la madre puede haber sido la figura principal respecto de las hijas y la que mayor dedicación les ha prestado, la situación cambia en un momento de ruptura, donde las hijas mantienen buenas relaciones con ambos polos parentales. En esta situación de ruptura hay que dar a ambas partes la oportunidad de establecer un contacto directo y permanente con ambas hijas y el sistema de custodia compartida parece el más adecuado. Por otra parte, considera que en este caso ambos progenitores son perfectamente capaces, tienen

recursos económicos suficientes y las menores no presentan problemas añadidos, por lo que debe establecerse dicho sistema.

La sentencia de la Audiencia Provincial revoca el citado pronunciamiento y acuerda otorgar a D.^a Salvadora, apelante en dicha instancia, la guarda y custodia de las menores, fijando un régimen de visitas a favor de D. Heraclio y atribuyendo a la progenitora custodia el uso del domicilio familiar, con duración máxima —salvo acuerdo— hasta cinco años desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

En dicha sentencia la Audiencia explica las razones que conducen a la modificación de la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia. En primer lugar, que la madre representa para las menores la principal figura de su mundo afectivo, y en particular Patricia ha desarrollado una especial vinculación afectiva con su madre. Valora el informe psicosocial obrante en autos y el pericial aportado por la parte recurrente, de los que deduce que la permanencia de las niñas con su madre y un amplio régimen de visitas con el padre es el sistema más beneficioso. Además considera la prueba practicada en segunda instancia por exploración de la menor Patricia, de 10 años de edad. De ella deduce que se trata de una niña madura, reflexiva y sensible, que ha mostrado una clara preferencia a la estancia con su madre, opinión que el Tribunal de segunda instancia considera como un dato a tener en cuenta, juntamente con el resto de las pruebas.

El sistema establecido por el legislador aragonés respecto a la guarda y custodia de los menores en supuestos de separación de sus progenitores, es el de estimar como preferente el de guarda compartida, si bien los Tribunales podrán establecer la guarda individual, cuando sea más favorable para el interés de los menores. Conforme al artículo 80.2 CDFA, El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente.

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 exegéticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos

progenitores es el régimen preferente y pre-determinado 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 establecerse 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).

Para adoptar la decisión, en cada caso, será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales —art. 80.3 CDFA— obrantes en autos, y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio —art. 80.2.c) CDFA—.

Por último, el Tribunal que acuerde apartarse del sistema preferentemente establecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada.

El Tribunal Supremo ha establecido en diversas sentencias parámetros para valorar las circunstancias concurrentes, a la hora de determinar la preferencia entre la custodia individual o la compartida, aplicando lo dispuesto en el art. 92 del Código Civil: del examen del derecho comparado se desprenden criterios como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus actitudes personales; y 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; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida

adecuada en la convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Así se expresa en sentencias de 10 y 11 de marzo de 2010 y 7 de julio de 2011.

Criterios éstos que se traen a colación a efectos de conocimiento de la forma de resolver el conflicto en la comunidad jurídica, y que solo resultan aplicables en derecho aragonés conforme a los parámetros sustantivos y procesales antes expuestos.

La aplicación de tales criterios al caso de autos, en concatenación con lo razonado en el primer fundamento de derecho, conduce a la desestimación del recurso de casación.

La Audiencia Provincial ha explicado pormenorizadamente las razones por las que revoca, en el punto concerniente a la guarda y custodia de las menores, la decisión del Juez de Primera Instancia. Y lo hace fundada en la valoración de las pruebas periciales practicadas en autos, que son coincidentes en rechazar la custodia compartida aconsejando la individual a favor de la madre. Además valora pormenorizadamente la prueba practicada en la segunda instancia, por exploración de la menor que ha alcanzado los diez años de edad, y que se muestra favorable a la estancia con su madre. Dichas consideraciones probatorias, ampliamente motivadas, no son revisables en casación, por cuanto el objeto de este recurso extraordinario no es llevar a cabo una nueva valoración de la prueba, que corresponde a las instancias procesales, sino determinar la recta aplicación del derecho sustantivo al caso de autos.

Resulta así que para el interés de las menores Patricia y Sofía, nacidas el 10 de mayo de 2001 y el 7 de abril de 2005, resulta más conveniente la custodia de la madre, con un amplio régimen

de visitas a favor del padre, lo que permitirá el mantenimiento de la referencia paterna para las niñas. Este sistema ha tenido en cuenta, además, la mayor aptitud de la madre para resolver problemas, que se describen detalladamente en el fundamento de derecho tercero, y la disposición de ayudas para gestionar el cuidado de las menores. Estos datos coadyuvan a la valoración, aunque ciertamente —como pone de relieve el recurrente— la cuestión no ha de resolverse como si se tratase de un concurso, en el que el mejor calificado obtenga como premio la custodia de las hijas. Son factores a atender, comprendidos en los apartados b), d), e) y f) del art. 80.2 del CDFA, que en este caso coadyuvan a los resultados de las pruebas periciales y de audiencia de la menor Patricia.

En definitiva, esta Sala no aprecia infracción de los preceptos denunciados en la sentencia recurrida, sino que la Audiencia ha realizado una ponderación razonable y debidamente motivada de los factores concurrentes, no contraria a la lógica. Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo 744/2011, de 10 de octubre, la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado, cuyo examen solo cabe someterse al tribunal de casación, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, cuando, por ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, esta no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (STS 28 de noviembre de 2008, RC núm. 1789/03, 8 de julio de 2009, RC núm. 693/2005, 10 de septiembre de 2009, RC núm. 1091/2005 y 19 de octubre de 2009, RC núm. 1129/2005).

Junto a la conflictividad y dificultades de comunicación con la madre, se evidencia un palmario incumplimiento por el padre de los deberes de prestación alimenticia motivado en la intencionada supeditación de dicha obligación a una absorbente actividad procesal desplegada de manera directa y personal en los diferentes litigios que le enfrentan a la otra progenitora, por lo que no se estima oportuno conceder la custodia compartida.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 6 de febrero de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio**

El recurso de casación (art. 477.2.3.º LEC) se articula en un único motivo por infracción de los arts. 76.1 y 82 CF, al considerar que la sentencia recurrida vulnera la doctrina de esta Sala (SSTSJC 29/2008 de 31 jul., 31/2008 de 5 sep. y 9/2010 de 3 mar.) que ha interpretado dichos preceptos, por lo que se refiere a la denegación en este caso de la guarda y custodia compartida so pretexto de una falta de «comunicación fluida» entre los progenitores, desconociendo que el interés superior del menor requiere que, en situaciones de crisis matrimonial, se garantice el «contacto directo y permanente» del mismo con ambos progenitores (Principio 14.º, Carta Europea de los Derechos del Niño —CEDN—), así como también que se mantenga la «responsabilidad conjunta» de ambos padres en cuanto a su desarrollo y educación (Principio 12.º CEDN), sin que para ello sea óbice decisivo la falta de estabilidad domiciliaria (STS 1.ª 623/2009 de 8 oct.), ni la falta de armonía entre los padres, con tal de que no pueda ser catalogada de la «extrema conflictividad» propia de las situaciones de malos tratos (SSTSJC 29/2008 de 31 jul. y 9/2010 de 3 mar.).

En esta línea, sobre la base de las ventajas que para todo menor inmerso en un proceso de crisis matrimonial tiene la custodia compartida por ambos progenitores y los perjuicios que, por el contrario y según diversos documentos de Derecho comparado, tiene el sistema de custodia monoparental —pese a la frecuencia con que se aplica en nuestro sistema judicial—, el recurrente alega que aquí se advierten diversos elementos que, con arreglo a la expresada doctrina jurisprudencial, aconsejan la instauración del régimen de custodia compartida demandado:

- 1) el propio interés del recurrente, que lleva varios años reclamándolo ante diversas instancias;
- 2) la opinión favorable de la menor, que debería ser tenida en cuenta dada su actual edad (STC 152/2005);
- 3) el hecho de que no exista entre los progenitores una conflictividad que pueda ser calificada de extrema, sino, pese a la innegable litigiosidad judicial, una comunicación, por diversos medios, en cuanto a lo «imprescindible» para el cuidado de la hija común, que ha propiciado «continuos mini-acuerdos extrajudiciales entre ambos», sin perjuicio de que sea susceptible de mejora;
- 4) la disposición del recurrente a mejorarla a través de la «mediación familiar», que ha solicitado expresamente sin obtener respuesta del tribunal de apelación;
- 5) lo irrazonable que resulta exigir el «acuerdo mutuo» de los padres para establecer la custodia compartida, que haría innecesario cualquier procedimiento contencioso;
- 6) la inexistencia de informes periciales que desaconsejen en este caso la custodia compartida;
- 7) el que, dada la modalidad específica de custodia compartida solicitada en este caso —por años alternos— no sea exigible una comunicación «frecuente» entre los progenitores «salvo incidencias muy puntuales»; y
- 8) el hecho de que concurren buena parte de los factores que la doctrina del TSJC aconseja ponderar para decidir sobre la medida, a saber, además de los ya expuestos: a') el vínculo afectivo de la hija con el recurrente es el adecuado; b') el recurrente ha demos-

trado, según los informes periciales, una idoneidad para el cuidado de la menor similar a la de la madre; c') dispone de flexibilidad horaria dado su trabajo autónomo de traductor; d') a la vista de su bagaje cultural (origen alemán) y lingüístico (habla alemán, italiano, inglés y castellano), sería beneficioso para la hija disfrutar de más tiempo en su compañía; e') las residencias de ambos progenitores están próximas entre sí y con el colegio; y f') el domicilio del padre reúne las condiciones adecuadas para alojar a su hija.

Por contra, objeta el recurrente que pueda ser tomado en consideración como óbice decisivo para la instauración de dicho régimen de custodia —tampoco de un régimen de visitas más amplio— el incumplimiento de la obligación de contribuir económicamente a los alimentos de la menor, debido a su situación de limitada solvencia económica y a su particular dedicación personal a los litigios que le enfrentan a la madre, precisamente, por la custodia de la menor, puesto que dicho planteamiento, además de vulnerar el interés superior de ésta, que requiere de la corresponsabilidad parental más plena posible, se opone a la doctrina del TS, expresada en la STS 1.ª 1285/2002, de 26 de diciembre, sin que conste que este TSJC tenga criterio propio al respecto.

En última instancia, el recurrente considera también contrario a los preceptos citados como infringidos el que se haya rechazado por el tribunal a quo, con el mismo argumento utilizado para desechar la custodia compartida, la adopción de un régimen de visitas más amplio a favor del padre que el instaurado hasta el presente, cuando la lógica dicta que no pueden exigirse los mismos requisitos para ambas medidas, con independencia de las contradicciones de que adolece la legislación española por lo que se refiere al mantenimiento, como categorías conceptuales diferentes y con contenidos funcionales imprecisos, de la patria potestad (art. 154 CC) y la guarda y custodia (art. 139.3 CF) y el derecho de comunicación, relación y visitas (art. 135 CF).

2. En la actualidad, el criterio de esta Sala sobre la llamada custodia compartida en particular, en interpretación del art. 76.1.a) CF en re-

lación con el art. 82 CF, se halla recogida en diversas sentencias —en menor medida, también en varios Autos que resuelven sobre la admisión de recursos de casación— con las que se ha ido formando un cuerpo de doctrina que podemos considerar firme, aunque, no obstante ello, susceptible de cierta sistematización y precisión complementarias a las que será preciso atender ahora.

En efecto, son diversas las resoluciones en las que nos hemos hecho eco de los indudables beneficios para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial que, frente a la custodia monoparental, tiene el sistema comúnmente conocido como custodia compartida, desde la primera en la abordamos específicamente el tema (STSJC 29/2008, a la que siguieron en la misma línea las SSTSJCS 31/2008 y 24/2009).

No obstante, ya desde el principio dijimos que no puede afirmarse que la custodia compartida constituya una solución única que valga para todos, sin perjuicio de que *de lege ferenda* pudiera construirse como una solución preferencial (STSJC 29/2008 FJ5), y más adelante tuvimos ocasión de precisar —siempre bajo la vigencia del CF— que el único criterio a tener en cuenta es el del interés del menor en cada caso, de manera que ni la custodia compartida puede ser considerada «una situación excepcional enfront de la custòdia monoparental» ni tampoco puede primar sobre ésta (SSTSJCS 10/2010 FJ 2, 44/2010 FJ 3 y 27/2011 FJ 8), o, como de forma más clara expusimos en nuestro ATSJCS 131/2011 (FJ 4) con cita de otros (ATSJCS 3 oct. 2011 y 10 nov. 2011, a los que debe añadirse ahora la del ATSJCS 22 dic. 2011 FJ3) para inadmitir sendos recursos de casación, «es incierto que en la situación legal que se contempla [la del CF] pueda establecerse una preferencia de la custodia compartida sobre la custodia monoparental por razón del interés del menor».

Este criterio, sin perjuicio de las apreciables diferencias entre la normativa del CC y la del CF, concuerda también esencialmente con el del TS, que además aclara que «la norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que

persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor» (STS 1.ª 641/2011 de 27 sep. FJ 5).

En cuanto a los criterios a tener en cuenta para detectar cuándo el interés del menor puede aconsejar o, incluso, exigir que se adopte el sistema de custodia compartida frente al monoparental, siguiendo al TS denunciamos la inexistencia en nuestro ordenamiento de un listado legal, por lo que consideramos aceptable, a título meramente ejemplificativo, algunos de los que el Alto Tribunal se ha permitido extraer del derecho comparado, 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 (SSTS 1.ª 623/2009 de 8 oct. FJ 5 y 496/2011 de 7 jul. FJ 7).

De todas formas, nos permitimos advertir que no era necesario ni que se dieran en cada caso todos los criterios ni tampoco que el tribunal debiera examinar todos ellos ante cada supuesto en concreto, «como si se tratase de un listado de supuestos taxativos y de forzosa y legal observancia, sino que atendido uno o varios de ellos y de forma casuística se deberá proceder a examinar la bondad o no de la guarda y custodia compartida en función de todas las circunstancias concurrentes» (STSJC 27/2011 FJ 8, con cita del ATSJ 27 sep. 2010).

En concreto, por lo que se refiere al de la conflictividad y las dificultades de comunicación entre los progenitores, es cierto que en un principio pudo no entenderse correctamente cuando declaramos, apelando a un precedente aislado (STSJC 2/2007), que la custodia compartida debía desecharse «en supuestos de conflictividad

extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos» y, al propio tiempo, que no debía descartarse «frente a cualquier grado de conflictividad» (STSJC 29/2008 FJ 5, y en el mismo sentido SSTSJC 24/2009 FJ2, 9/2010 FJ1 y 10/2010 FJ2 y 44/2010 FJ3), de manera que se interpretara bienintencionadamente como que solo cabía descartar la custodia compartida en aquel supuesto extremo, pero no en los demás.

Sin embargo, bien pronto precisamos que para decidir en esta materia era necesario siempre atender a la naturaleza de las «relaciones interparentales», especialmente en los supuestos de falta de acuerdo, cuando pudieran afectar al menor, teniendo en cuenta que «una de las causas que empecen a la concesión del ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos menores tras la ruptura matrimonial viene constituida, sin duda, por la conflictividad u hostilidad entre los padres, porque cualesquiera que hubieren sido las causas de la separación o del divorcio, es necesario un cierto grado de entendimiento y consenso entre los progenitores para poder ejercer de modo adecuado la responsabilidad parental, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la autoridad judicial en caso de desacuerdo o de conflicto de intereses (arts. 138.1, 139.2 y 151 CF)» (STSJC 9/2010 FJ 1), aunque no por ello cabía sostener «de manera automática» que delante de cualquier situación de conflictividad debía excluirse la custodia compartida, si esta venía exigida no obstante por el interés concreto del menor (STSJC 47/2009 FJ 2).

En el mismo sentido, el TS declara 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» (STS 1.ª 579/2011 de 22 jul. FJ 4).

Por tanto, es lógico que consideráramos que no era arbitrario descartar dicha medida, por no convenir en el supuesto en concreto al menor, ante el «difícil entendimiento entre los padres y una grave conflictividad» (STSJC 44/2010 FJ 3), o atendida la conflictividad «patente» o «alta» puesta de manifiesto por la existencia de «algún

juicio de faltas entre ellos» (STSJC 27/2011 FJ 4), o en razón a una simple conflictividad vinculada a otros factores (AATSJC 27 sep. 2010 FJ 3 y 22 dic. 2011 FJ 3), o a la vista de que «las relaciones de los padres son difíciles y falta comunicación entre ambos» (ATSJC 3 oct. 2011 FJ 2). Si bien, es cierto que en otros supuestos, igualmente por convenir al menor en el caso concreto y en función de las circunstancias allí concurrentes, estimamos que no era óbice para aceptar la corrección de la custodia compartida, «una falta de comunicación que no afecta el desenvolviment integral del menor» (STSJC 10/2010 FJ 2) o «las malas relaciones de los progenitores» (ATSJC 11 abr. 2011 FJ 3) o la conflictividad focalizada que no había trascendido al menor (STJC 9/2010 FJ 1).

Finalmente, por lo que respecta a si también debe atenderse al factor del incumplimiento por alguno de los progenitores de sus deberes frente al menor, es cierto que no hemos tenido ocasión todavía de pronunciarnos expresamente al respecto, pero obligados a hacerlo ahora no podemos dejar de estar de acuerdo con el criterio del TS, para el cual a estos efectos es razonable considerar, entre otros criterios, el relativo «al cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos» (SSTS 1.ª 94/2010 de 10 mar. FJ 4 y 496/2011 de 7 jul. FJ 7, ambas con cita de la STS 1.ª 623/2009 de 8 oct.), e incluso «la propia actitud del recurrente durante el procedimiento» (STS 1.ª 660/2011 de 5 oct. FJ 4), dejando a salvo el derecho de contacto mediante el régimen de visitas del progenitor incumplidor con su hijo, a que se refiere la resolución del TS citada en el recurso (STS 1.ª 1285/2002 de 26 dic.).

3. Pues bien, conforme a la doctrina expuesta, a la vista de los razonamientos del tribunal de apelación descritos en nuestro FD 7 y teniendo en cuenta que la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal convierte en intangibles los hechos declarados allí probados, no podemos considerar arbitrario el pronunciamiento llevado a cabo en este caso en cuanto a la custodia de la menor, atribuida a la madre desde la sentencia que declaró el divorcio, con un régimen de visitas ampliable progresivamente a favor del padre, sin perjuicio de su

eventual revisión en futuro, dependiendo de la favorable evolución apuntada en cuanto al reforzamiento del vínculo entre el padre y la menor, dada la ausencia de efectos de cosa juzgada en esta materia.

En efecto, si bien la notable conflictividad entre los progenitores descrita en la sentencia recurrida se encuentra localizada en la discusión sobre la custodia de la menor y la frecuencia con la que el padre pueda tener a su hija en su compañía, lo que por sí solo podría ser insuficiente para justificar la exclusión de la forma de custodia solicitada, a la vista de que, en principio, habría de resultar objetivamente beneficioso para la menor mantener un nivel de relación similar —no necesariamente igual— con sus dos progenitores, en la medida en que, además de concurrir otros factores positivos (aptitud de ambos progenitores, cercanía de domicilios, etc.), ambos representan, cada uno por su lado, su vínculo más cercano con las dos culturas diferentes y complementarias que en ella confluyen, en la actual situación en que, además de dicha conflictividad y dificultades de comunicación con la madre, se evidencia un palmario incumplimiento de los deberes de prestación alimenticia impuestos por una resolución judicial vigente —no consta que se hubiere modificado—, cuya principal causa no se halla en eventuales dificultades económicas insuperables o difícilmente superables, sino en la intencionada supeditación de dicha obligación a una absorbente actividad procesal desplegada de manera directa y personal en los diferentes litigios que le enfrentan a la otra progenitora, no cabe reputar de arbitraria la decisión del tribunal de apelación, ni siquiera aceptando la agudeza del efugio según el cual la litigiosidad se acabaría si se le diera la razón y al que no podemos dar cobertura en derecho.

Por otra parte, sin perjuicio de las consideraciones vertidas en nuestro FD 5 sobre la ordenación de las pretensiones contenidas en la demanda, la solicitud de que sea impuesta una mediación familiar con vistas a superar las dificultades de entendimiento con el otro progenitor en orden a la fijación de la custodia compartida, debe tenerse en cuenta que la eventualidad prevista en el art. 79.2 CF requiere de un pronóstico

de viabilidad que, por el momento, está muy lejos de poder emitirse en este caso con los datos de que se dispone.

Y finalmente, por lo que se refiere a la solicitud de un régimen de comunicación, relación y visitas a la menor más amplio que el hasta ahora establecido, nos vemos en la necesidad de recordar aquí nuestro criterio, conforme a la cual la revisión en casación del régimen de visitas es-

tablecido en supuestos de separación o divorcio solo es posible en caso de arbitrariedad (SSTS-JC 24/2005 de 26 may. FJ 1), que no puede advertirse por el simple hecho de que se establezca un reparto desigual del tiempo en que cada uno de los progenitores pueda tener al menor en su compañía.

En consecuencia, se desestima el único motivo del recurso de casación.

PENSIÓN ALIMENTICIA

La realización de unos segundos estudios por la hija de 24 años para una nueva capacitación profesional, diferente de la primera y de mayor nivel, no debe ser impuesta al padre que abona la pensión más allá del límite de su finalización en el tiempo razonablemente requerido o, como límite final, en la edad de los veintiséis años.

TSJ de Aragón, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra**

El primer motivo del recurso lo justifica el recurrente en que su hija, de 24 años de edad en el momento de dictarse la sentencia del Juzgado (25 en la actualidad), ya había terminado su formación de peluquera, e incluso trabajado como tal, y comenzó sus estudios de formación profesional de Educación Infantil durante la convivencia del matrimonio, con anuencia del padre, pero entendida con el límite de la finalización de los estudios habituales y, en todo caso, a los 26 años de edad señalados por el artículo 66 de la Ley aragonesa 13/2007, de 27 de diciembre, hoy artículo 69 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA).

La sentencia de instancia, interpretando el artículo 66 de la Ley 13/2006, fija el límite de la prestación alimenticia para la hija en la independencia de la misma, sin fecha concreta. La sentencia de apelación señala que no se ha acreditado falta de aprovechamiento en sus estudios o dejación en su actitud para alcanzar la independencia económica y que los estudios fueron iniciados constante matrimonio, careciendo de sentido negar la ayuda necesaria a los hijos únicamente en virtud de la ruptura familiar posterior, razón por la que mantiene la pensión.

Esta Sala ya ha señalado (sentencias de 2 de septiembre de 2009, 12 de mayo de 2010 y 30 de noviembre de 2011), 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. La última de las sentencias citadas concluye 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 citado precepto.

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.

Por lo anterior, el motivo debe ser estimado en parte en el sentido de mantener la pensión para la hija Patricia en la suma de 340 euros mensuales fijada por el Juzgado y confirmada por la Audiencia, pero hasta la finalización de los estudios de formación profesional de Educación Infantil, en todo caso con el límite máximo de los veintiséis años de edad.

Se deja sin efecto la obligación del padre de contribuir al pago de los gastos extraordinarios de matrícula de la hija, ya que los estudios que ésta realiza en la Universidad Privada han de ser considerados como un gasto extraordinario no necesario y, en defecto de acuerdo al respecto, que no consta en autos, no puede ser de cargo del padre, que atraviesa serias dificultades económicas.

TSJ de Aragón, Sentencia de 11 de enero de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas**

La demanda que ha dado origen a la tramitación de los presentes autos insta la modificación de medidas definitivas adoptadas en sentencia de divorcio, recaída en fecha 22 de diciembre de 2005 y parcialmente modificada en la sentencia de apelación, de 8 de noviembre de 2006, en lo concerniente a dos de los pronunciamientos en ellas efectuados: al importe de la pensión por cargas del matrimonio y alimentos de los hijos comunes, Belén y Aureliano, y la exención del pago de los gastos relativos a los estudios que la hija Belén viene cursando en la Universidad Privada «Nebrija» de Madrid. Las razones en que se funda la demanda son, sustancialmente, la modificación de las circunstancias concurrentes en cuanto a los ingresos que obtiene el demandante, por cuanto ha venido prestando sus servicios a la empresa Bruesa hasta el día 21 de diciembre de 2009, fecha en que ha sido despedido, expresando en la demanda que en la fecha de su presentación (8 de enero de 2010) se encuentra sin empleo ni ingreso alguno.

Tramitado el proceso en primera instancia, recayó sentencia que estimó en parte la demanda. Declara como hecho acreditado que la relación laboral del demandante se extinguió por

despido en fecha 21 de diciembre de 2009, sin que conste la percepción de ingresos con posterioridad. También declara probado que en años precedentes había percibido importantes remuneraciones por su actividad laboral, concretadas en 55.163, 56 euros el año 2008 y 40.000 euros el año 2009. El juez de primera instancia aprecia una variación importante de las circunstancias, lo que justifica también una modificación de la contribución del demandante a las cargas familiares, con base en el art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por ello acuerda reducir el importe de la pensión de alimentos para los hijos, que fija en 150 euros mensuales, actualizables anualmente, y deja sin efecto la obligación de contribuir al pago de los gastos extraordinarios de matrícula de la hija.

La sentencia del Juzgado fue recurrida en apelación por ambas partes. En la segunda instancia se practicó prueba documental y, como consecuencia de la valoración de su resultado, la Audiencia Provincial dictó sentencia estimatoria del recurso interpuesto por D.^a Laura y desestimatoria del deducido por D. José Ángel. En los fundamentos de derecho se declara probado, entre otros extremos: que la hija mayor del ma-

rimonio cursa la triple licenciatura con diploma «Nebrija Lidera», cuyo coste de matrícula del curso 2009/2010 ascendió a 8.380 euros; que los dos hijos del matrimonio, de 22 y 17 años de edad, se encuentran en plena etapa formativa y de estudios, careciendo de independencia económica; y que el actor está percibiendo una Renta Activa de Inserción por importe mensual de 426 euros, hasta el día 11 de diciembre de 2011.

En el fundamento tercero se expresa que del resultado de la prueba practicada en el proceso ha de inferirse la falta de alteración de las circunstancias concurrentes al tiempo de dictarse la sentencia de divorcio, por cuanto, aun tratándose de empleos temporales, ha quedado acreditado el trabajo ininterrumpido del actor desde entonces, y la consiguiente percepción de ingresos por el mismo, manteniéndose incólumes las necesidades de los dos hijos de matrimonio, en plena etapa formativa, sostenidas en exclusiva por los trabajos temporales desarrollados por la madre, D.^a Laura.

En consecuencia revoca la sentencia de primera instancia, manteniendo las medidas acordadas en sentencia firme de divorcio de 8 de noviembre de 2006.

La representación de D. José Ángel interpuso recurso de casación y de infracción procesal. Ambos han sido admitidos a trámite, procediendo examinar primeramente este último, de conformidad a lo establecido en la Disposición Final Decimosexta, apartado 1, regla 6.^a, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El recurso extraordinario por infracción procesal se funda en la existencia de error en la valoración de la prueba, por cuanto el recurrente, tras haber sido despedido por la empresa para la que prestaba sus servicios, ha pasado a cobrar un subsidio de desempleo en cantidad de 426 euros mensuales, expresando que solo lo cobró a partir de abril de 2010, y que con anterioridad ni siquiera sabía si lo cobraría; que entre el 8 de junio y 23 de diciembre de 2010 percibió la prestación del Programa temporal de protección por desempleo e inserción (PRODI) por el mismo importe; y que desde el 12 de enero de 2011 resulta receptor de Renta Activa de Inserción de 406 euros al mes. A partir de ese razonamiento estima que no se le puede imponer obligacio-

nes económicas que se elevan a más de 1.000 euros mensuales cuando sus ingresos son de 406 euros, por lo que la cuantía determinada en la sentencia, además de desproporcionada, resulta de imposible cumplimiento.

Termina instando de la Sala acuerde la supresión o suspensión del pago de la pensión de alimentos impuestas en la sentencia recurrida, así como suprima la obligación de contribuir en los gastos de estudios universitarios de la hija o, en otro caso, señale el importe de pensión de alimentos acorde a la situación actual, o confirme la sentencia de primera instancia de estimación parcial de la demanda.

Dicho recurso extraordinario fue preparado al amparo de lo previsto en el art. 469, 2.^a y 3.^a, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho y de derecho en la valoración de la prueba, en cuanto a la determinación de la cuantía de la pensión de alimentos y contribución a los gastos, en correspondencia con el principio de proporcionalidad; y el escrito de interposición del recurso se desarrolla conforme a los argumentos que precedentemente han sido expuestos.

Es doctrina reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo que la invocación de error en la apreciación de la prueba ha de hacerse al amparo del art. 469.1.4.^o de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que resulte procesalmente correcto hacerlo por la vía del apartado 2.^o de dicho texto legal, por cuanto este motivo está reservado al examen del cumplimiento de «las normas procesales reguladoras de la sentencia». Tampoco la vía del apartado 3.^o es la adecuada al efecto. Así se expresa en sentencia 429/2011, de 9 de junio, que cita otras precedentes.

Es por esta razón que el Ministerio Fiscal entiende improsperable el recurso extraordinario de infracción procesal, por cuanto se interpone sin cita de los concretos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que se fundamenta, invocando en el escrito de preparación un cauce inadecuado, lo que considera defectos procesales de carácter determinante.

Aun apreciando la Sala la incorrecta técnica del escrito de recurso, estima que procede entrar en su consideración, atendidas las circunstancias del caso. La parte recurrente expresa claramente

te su voluntad impugnativa e invoca un defecto procesal relevante, cual es el error notorio en la apreciación de la prueba. La existencia, en su caso, de este error fáctico, notorio o patente, determinaría la arbitrariedad o manifiesta irracionalidad de la sentencia, lo que significa la infracción en el proceso civil de los derechos reconocidos por el art. 24 de la Constitución Española. No puede la Sala ignorar el examen de tan relevante cuestión, por el defecto formal antes citado.

El recurso extraordinario por infracción procesal ha de ser estimado. De la prueba practicada en las instancias resultan los hechos probados que han sido recogidos en los precedentes Fundamentos de Derecho, y de ellos se desprende el notorio error valorativo denunciado por el recurrente.

Consta comprobado que el demandante, cuando instó la modificación de medidas definitivas adoptadas en la sentencia de divorcio, había perdido el empleo que anteriormente tenía, y que le producía elevados ingresos, en los términos que han quedado recogidos. A la fecha de interposición de la demanda no constaban otras percepciones. Aunque la prueba practicada en segunda instancia ha llegado a determinar la percepción de subsidios, devengados a partir de 2 de enero de 2010, y que finalmente se concretan en el derecho a percibir la Renta Activa de Inserción por importe mensual de 426 euros, de ello no puede inferirse la conclusión que saca la sentencia de segunda instancia: la falta de alteración de las circunstancias concurrentes.

Se trata, por el contrario, de una notoria y relevante modificación, que ha de tener consecuencias en la contribución del demandante a las cargas del matrimonio, en los apartados a que se refiere su demanda.

La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal determina que la Sala deba entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada, y dicte nueva sentencia teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiese alegado como fundamento del recurso de casación. Así lo establece la regla 7.^a de la Disposición Final decimosexta, apartado 1, de la LEC, que regula el régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios.

Las alegaciones expresadas en el recurso de casación se centran en la violación del principio de proporcionalidad de la pensión de alimentos en aplicación del artículo 8 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo (Art. 82 Código Foral de Aragón), en consonancia con el Art. 146 Código Civil. Se denuncia que, habiendo quedado acreditada una notoria disminución de los ingresos del actor, ahora recurrente, el mantenimiento de la pensión de alimentos y de la necesidad de contribuir a otros gastos de los hijos en la misma cuantía que estaba establecida en la sentencia de divorcio vulnera la proporcionalidad establecida en la ley.

El tribunal, retomando la instancia, ha de acoger parcialmente la pretensión del recurrente. La demanda se ha interpuesto al amparo del art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite a los cónyuges solicitar del Tribunal la modificación de las medidas convenidas por ellos o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.

El art. 82 del Código de Derecho Foral de Aragón, que recoge la norma contenida en el artículo 8 de la Ley 2/2010, previene que:

1. Tras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo.
2. La contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia a los hijos se determinarán por el Juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres.
3. El Juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos.
4. Los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defec-

de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto.

La aplicación al caso de la norma determina:

- a) que la proporcionalidad en la contribución a los gastos de asistencia a los hijos, atendidas las necesidades de éstos y los recursos económicos disponibles por los progenitores, exige una disminución de la contribución del recurrente, en los términos y la cuantía que habían quedado expresados en la sentencia de primera instancia, es decir, fijando como pensión de alimentos con cargo a D. José Ángel para cada uno de los dos hijos, Belén y Aureliano, la cuantía de 150 euros mensuales actualizables anualmente; sin que proceda extinguir su obligación, ya que el deber
- b) que ha de quedar sin efecto la obligación de contribuir D. José Ángel al pago de los gastos extraordinarios de matrícula de la hija, por aplicación del último párrafo del precepto antes transcrito, ya que los estudios que ésta realiza en la Universidad Privada «Antonio de Nebrija» de Madrid, en la que cursa la triple licenciatura con diploma «Nebrija Líder», cuyo coste de matrícula del curso 2009/2010 ascendió a 8.380 euros, ha de ser considerado como un gasto extraordinario no necesario y, en defecto de acuerdo al respecto, que no consta en autos, no puede ser de cargo del padre recurrente.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

El ex esposo contribuyó de forma relevante a la creación, constante matrimonio, del negocio de farmacia titularidad exclusiva de la ex esposa, hipotecando de consuno la vivienda familiar, propiedad de ambos, y colaborando activamente en el desarrollo del negocio, pues, además de realizar tareas de atención al público, hacía guardias y llevaba la contabilidad cotidiana del establecimiento, con una retribución notoriamente insuficiente, todo ello en beneficio del susodicho negocio, careciendo en la actualidad incluso del puesto de trabajo que ostentaba en dicha farmacia, por lo que resulta evidente el enriquecimiento injusto producido a favor de aquélla y debida en derecho la compensación litigiosa.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 9 de enero de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors**

Contra la Sentencia dictada en fecha 21 de diciembre de 2009 por la Sección 12.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona la parte demandada y, a su vez, actora reconvenzional, interpuso recurso de casación, al amparo del artículo 477.2.3.º de la LEC, fundándolo en un único motivo, que se contrae en la infracción del artículo 41 del Codi de Família a los efectos de fijar una indemnización compensatoria a su favor, y que tras el trámite de alegaciones previsto en el artículo 483.3 de la LEC, el mentado recurso fue admitido por Auto de esta Sala, de fecha 3 de febrero de 2011, aunque no en base a un invocado interés casacional, sino por razón de la cuantía, dado que la «suma gravaminis»

de la apelación superaba con creces, cual apuntó el propio recurrente en el escrito alegatorio presentado, la cantidad establecida a tal efecto en el artículo 477.2.2.º de la LEC.

Centrada, pues, la cuestión litigiosa a resolver, es de señalar, ante todo, que esta materia ha sido ya tratada de forma profusa y detallada por este TSJC.

Así, según estableció la sentencia de esta Sala de 21 de marzo de 2005, la compensación económica por razón del trabajo:

«Obeeix a un intent de mitigar els efectes propis del règim de separació de bens, que es caracteritza per la nul·la comunicació patrimonial»

nial dels bens d'ambdós cònjuges, sent la plas-mació, encara que molt tardana, de la resolució núm. 37/1978, de 27 de setembre del Consell d'Europa, referida a la igualtat dels consorts en dret civil. L'apartat 14 recollia el compromís per part dels estats membres que tinguessin com a règim legal el de separació de bens d'arbitrar les fórmules que fessin possible que, en cas de separació, divorci o nul·litat del matrimoni, el cònjuge més perjudicat pogués accedir a una part equitativa dels bens de l'ex-cònjuge o bé a una indemnització que reparés la desigualtat econòmica resultant de la institució matrimonial. Passant a la pràctica tal compromís, França reformà el seu "Code" creant "le préciput" (art. 1515) i Portugal també esmenà l'art. 1792 del seu Codi Civil mitjançant la "reparaçao de danos não patrimoniais". A Catalunya també es registrà un moviment en tal sentit, amb distints intents de reforma legal fallits, fins a la introducció "ex novo" de tal regulació mitjançant l'art. 23 de la Compilació; modificació normativa no només consolidada en l'actual Codi de família (art. 41 a 43), sinó també en la Llei 10/1998, d'unions estables de parella (art. 13, 16.3r i 31.1r) i també en la Llei 19/1.998, de 28 de desembre, sobre situacions convivencials d'ajuda mútua (art. 7).

Els requisits establerts en el Codi de família per a l'accés a la prestació, prou diferents dels regulats en l'art. 1.438 del Codi civil, són dos (a més, és clar, que el matrimoni es regula per l'esmentat règim legal de separació i que s'extingeixi per separació, divorci o nul·litat, que constitueixen més uns pressupòsits que un requisits pròpiament dits), o sigui, l'existència de dedicació a la casa o treball per part d'un cònjuge en favor de l'altre sense retribució o amb retribució insuficient i que aquest fet hagi generat una desigualtat patrimonial entre ells, causant, per tant, un enriquiment injust, autèntica «ratio» de tal mesura reequilibradora».

Asimismo la STSJC de 26 de marzo de 2003 recoge la doctrina de la Sala en tal particular, al expresar que:

«Aquest Tribunal té establerta repetida jurisprudència per a la interpretació i aplicació de l'art. 41 del Codi de família. El recurrent es fa ressò de la Sentència d'aquesta Sala de 27 de

abril de 2000, però cal esmentar també l'anterior de 31 d'octubre de 1998 i les dues complementades per les posteriors d'1 de juliol de 2002 (referida a la ruptura d'una convivència estable de parella), 21 d'octubre de 2002, 10 de febrer i 10 de març d'aquest mateix any 2003, la doctrina de totes les quals esvaeix els arguments que fonamenten aquest recurs de cassació. En efecte: La d'1 de juliol de 2002, reiterant la doctrina de les anteriors, confirmada per les posteriors, assenyala que la compensació econòmica per raó de treball neix per a equilibrar en el possible les desigualtats que es puguin generar durant una convivència estable quan un dels convivents es dedica a la cura de la llar i dels fills o ajuda en el negoci percebent en tal cas una remuneració insuficient, mentre que l'altre dirigeix i administra el negoci amb l'estalvi —de tot tipus— afegit que suposa la dedicació a la llar; que aquesta compensació per raó de treball intenta impedir o limitar que en cessar aquella convivència, qui ha ajudat i propiciat el manteniment i el desenvolupament del negoci quedi sense la capitalització dels esforços mentre que l'altre retengui l'actiu patrimonial íntegre; es tracta d'aconseguir un equilibri patrimonial just mesurat a l'hora de la crisi de convivència però amb la vista posada en la necessitat de retribuir un treball i un esforç col·lateral però convergent no remunerat o remunerat fins llavors insuficientment. La Sentència de 27 de abril de 2000 ja deia, en termes generals, que sempre que un cònjuge treballi sense retribució generarà un enriquiment a favor de l'altre. La de 21 d'octubre de 2002 afegia que només pel fet de la renúncia d'un dels cònjuges a treballar fora de casa, l'altre ja en resulta enriquit en saber que la casa, i en el seu cas els fills, estan atesos, i que en cap cas es valora si el cònjuge que reivindica la compensació de l'art. 41 ha desenvolupat o no treballs feixucs o penosos. I la de 10 de febrer de 2003 afegeix que als efectes de la compensació econòmica de l'art. 41 no és necessari que la dedicació a la casa hagi estat en règim d'exclusivitat perquè això ni ho expressa l'art. 41 ni s'ajusta a la seva finalitat perquè el que la norma tracta de compensar és el treball desinteressat del cònjuge que opta per dedicar-se a la cura de la llar i dels fills i aquesta opció és precisament la que permet a l'altre cònjuge mantenir, i en el seu cas augmentar, el patrimoni

conjugal, i seria de tot punt injust que aquesta opció —que beneficia ambdós consorts— derivés en l'enriquiment de l'un i en l'empobriment de l'altre; perquè com diu la de 27 d'abril de 2000, no es tracta de comparar la situació actual dels cònjuges, sinó de veure si al moment de la liquidació del patrimoni conjugal es produeix una injustificada desigualtat entre ells, perquè havent contribuït ambdós a l'aixecament de les càrregues del matrimoni (en el cas l'esposa de la forma que preveu l' art. 5.1 del Codi de família) res justifica que després l'un quedi ric, i l'altra resti pobre».

En la STSJ de 10-2-2003 podemos leer:

«La norma trata, como se ha dicho, de compensar el trabajo desinteresado del cónyuge que opta por dedicarse al cuidado del hogar y de los hijos, porque esta opción es precisamente la que permite al otro cónyuge mantener y, en su caso, aumentar el patrimonio conyugal, y sería de todo punto injusto que esta opción —que debe beneficiar a ambos consortes— derivara en enriquecimiento de uno y empobrecimiento de otro. De ahí que la ley no ponga adjetivo alguno a la dedicación a la casa (piénsese en el cónyuge que reduce su jornada laboral para cuidar del hogar y de los hijos) y deja al arbitrio del Juzgador la determinación y fijación de la pensión equilibradora».

Finalmente en la STSJ 12-1-2004, se concluye que:

«Tampoc es ocios recordar que la sentència d'aquesta Sala de 10 de febrer de 2003 afegeix que als efectes de la compensació econòmica de l'article 41 no es necessari que la dedicació a la casa ho hagi sigut en règim d'exclusivitat perquè això no ho expressa l'article 41 ni s'ajusta a la seva finalitat perquè la norma tracta de compensar el treball desinteressat del cònjuge que opta per dedicar-se a la cura de la llar i dels fills i aquesta opció es precisament la que permet a l'altre mantenir, i en el seu cas augmentar, el patrimoni conjugal, i seria de tot punt injust que aquesta opció —que beneficia ambdós consorts— derivés en l'enriquiment de l'un i en l'empobriment de l'altre».

Doctrina ésta que reiteran las más recientes sentencias del TSJC de 25 de mayo de 2006; 29

de mayo de 2007; 4 de septiembre de 2008; 6 de noviembre de 2008; 22 de diciembre de 2008; 13 de julio de 2009; 30 de septiembre de 2009; 21 de mayo de 2010; 22 de diciembre de 2010; 8 de julio de 2011; y 12 de julio de 2011.

Y en lo concerniente al «quantum» de la compensación económica, esta Sala ha declarado, en SSTJ de 25 de mayo de 2006 y 28 de enero de 2008, que:

«La fixació de la quantitat a percebre per la recurrent en el concepte que ara s'analitza no és fàcil, ja que el legislador no dóna en l'esmentat article 41 cap mena de paràmetre, sinó que s'inclina per un total arbitri judicial.

Aquest Tribunal ha rebutjat tant la retribució d'un treball no pagat, donat que la qüestió es més complexa en incidir-hi contribucions de caràcter emocional i la dedicació i recolzament al cònjuge i a la resta de la família, que difícilment es pot incloure en un sou de treballadora de la llar.

Tampoc s'ha considerat encertat determinar una participació fixa en el patrimoni assolit per l'altre cònjuge, donat que el legislador ha exclòs del règim matrimonial català en defecte de pacte, el de participació.

La Sentència de 23 d'abril de 2000, que representà la primera oportunitat que va tenir el TSJ de Catalunya per a pronunciar-se en relació a la naturalesa i efectes de l'art. 41 del CF, es va inclinar per fugir de fórmules generalistes i deixar a l'arbitri del jutge o tribunal la fórmula de restablir l'equilibri patrimonial, atenent a les circumstàncies del cas i a les proves practicades per les parts litigants».

1. Haciendo aplicación práctica del anterior contexto normativo-jurisprudencial al supuesto enjuiciado, es de concluir afirmando que, de los hechos probados en autos, resulta que concurren todos los presupuestos previstos para la concesión de una compensación económica a favor del aquí recurrente, al igual que consideró en su día la Juzgadora de Primera Instancia, dado que aquél trabajó en el negocio de la esposa, con una retribución insuficiente, en función de la labor desempeñada en el mismo —1.200 euros y pico netos (FD 7.º de la sentencia de la Audiencia Provincial, aunque en el mismo Fun-

damento se diga que «tal remuneración no puede reputarse insuficiente, ni puede considerarse un incremento patrimonial el normal funcionamiento del negocio de farmacia no obstante la mayor o menor rentabilidad que pueda reportar a su titular»—, que ha generado una situación de desigualdad en el patrimonio de ambos ex-consortes, y que ha causado un enriquecimiento injusto a favor de la demandante de este proceso de divorcio.

2. Pero es más, en el negocio de farmacia, titularidad exclusiva de la ex esposa, contribuyó a su creación y constitución constante matrimonio y de forma ciertamente relevante, el reconviente Sr. Juan Ignacio, toda vez que, partiendo de que la Sra. Adriana antes y durante un período temporal de casi 20 años, venía trabajando en una farmacia como empleada por cuenta ajena, la realidad es que ambos cónyuges de consuno hipotecaron la vivienda familiar, propiedad por mitad y proindiviso de los dos para obtener un préstamo hipotecario por un importe de 20 millones de las antiguas pesetas (120.202 euros), en cuya escritura constan ambos con la condición de hipotecantes, ella como prestataria y él como fiador, y siendo el destino de dicho montante económico la puesta en marcha del referido negocio de farmacia de la Sra. Adriana, en el que desde el primer momento trabajó el Sr. Juan Ignacio, y no sólo como mero dependiente, como sostiene la hoy recurrida, sino participando y colaborando activamente en el desarrollo del mismo, pues, además de realizar tareas de atención al público, resulta acreditado que hacía guardias, y que llevaba la contabilidad cotidiana del negocio —aparte de que la empresa contara con el adecuado asesoramiento jurídico para los trámites y gestiones técnico-contables—, lo que, con anterioridad, había también realizado el Sr. Juan Ignacio para otras empresas, como reconoce la propia actora en el interrogatorio practicado. Además, su aportación y asistencia en la dirección de la farmacia de la Sra. Adriana, se colige asimismo de la carta de despido que ésta le envió, en la que deja constancia expresa de que no considera conveniente mantener su «colaboración» en el negocio.

En definitiva, como quiera que la suma utilizada para adquirir la farmacia de la Sra. Adriana

procedía del valor del piso familiar propiedad de ambos esposos, permitiendo el Sr. Juan Ignacio para la consecución de aquélla que se hipotecara dicho bien inmueble del que él era copropietario, amén de haber colaborado y participado desde el primer momento en la ideación y puesta en marcha de la farmacia de titularidad exclusiva de su ex esposa, en la que tuvo asimismo una activa dedicación laboral, en los términos antes indicados, todo ello en beneficio del susodicho negocio de la Sra. Adriana, careciendo en la actualidad el Sr. Juan Ignacio incluso del puesto de trabajo que ostentaba en dicha farmacia, es por lo que resulta evidente que se ha producido un enriquecimiento injusto a favor de aquélla, dado el valor patrimonial de la farmacia en sí, y que a fecha del mes de diciembre de 2006, por fondos propios, ascendía a 266.163,97 euros, dato resultante del balance de situación obrante en los autos y que es coincidente con los apuntes contables de la empresa contenidos en la declaración del IRPF del ejercicio del 2006 de la Sra. Adriana —último aportado—, con rendimientos netos de 77.080,13 euros, si bien si se parte de la base de la fórmula que aplica el titulado mercantil en la valoración del negocio y se utiliza sobre los datos que aparecen contenidos en los apartados referidos a la actividad empresarial de Doña Adriana en su declaración de IRPF del ejercicio 2006, como indica la Magistrada-Jueza de Instancia, resultaría una valoración del negocio de la farmacia en 1.000.000 euros, constando acreditado, además, mediante el informe laboral hasta julio de 2007 que el número de trabajadores que ésta tenía en la plantilla de la farmacia era de 6 y que, según propia manifestación, ella tenía unos ingresos derivados del negocio de constante referencia de unos 3.850 euros netos al mes, mientras que el Sr. Juan Ignacio no consta que, tras el despido, obtuviera ingresos fruto de trabajo remunerado alguno y sí sólo rendimientos derivados del capital mobiliario de su titularidad, por un importe de 4.289 euros, como se desprende de su declaración de IRPF del mismo ejercicio del año 2006.

3. Por ende, el desequilibrio entre las masas patrimoniales de ambos consortes en el momento de la disolución del vínculo conyugal, por divorcio, resulta patente y claramente

injustificado para quien participó en la creación del negocio de la esposa, colaboró activamente en su consolidación y trabajó en el mismo desde su inicio con una remuneración del todo punto insuficiente en función de su responsabilidad y ocupación, lo que obliga a casar la Sentencia al no haber aplicado la Sala de apelación en forma correcta el artículo 41 del CF.

4. En cuanto al monto de la compensación económica del susodicho artículo 41 del Codi de Família, acorde con la jurisprudencia de este mismo TSJC (SS. de 27 de abril de 2000, 21 de octubre de 2002, 10 de febrero de 2003, 21 de marzo y 25 de mayo de 2005, 19 de octubre de 2006, 26 de noviembre de 2007 y 28 de enero de 2008, entre otras), en la que se proclama y puntualiza que la posición equilibradora, no comporta igualar patrimonios, ni conceder una participación alícuota de los bienes del otro cónyuge, la Sala, como órgano de instancia en que se convierte y atendidas las circunstancias del caso, singularmente las cantidades que ordinariamente viene concediendo por este concepto, el tiempo de duración del matrimonio y el propio nivel de dedicación del Sr. Juan Ignacio al negocio de la Sra. Adriana, constituido constante matrimonio con relevante participación del aquí recurrente, tal como antes se ha expresado, así como el valor del negocio de farmacia que nos ocupa, estima razonable y adecuado, al igual que hizo en su día la Magistrada-Juez de Primera Instancia núm. 1 de El Prat de Llobregat, esta-

blecer a favor del Sr. Juan Ignacio la cantidad de 60.000 euros, como compensación económica por razón del trabajo, insuficientemente remunerado, realizado en el negocio de farmacia de la Sra. Adriana, quien deberá abonarle tal suma en metálico, en el plazo máximo de 3 años, con devengo, en su caso, del interés legal desde la fecha de notificación de la presente resolución, debiéndose constituir garantía real o aval bancario del pago, acorde con lo estatuido en el artículo 41.2 del propio Codi de Família.

5. Corolario de lo hasta aquí razonado es la estimación parcial del motivo formulado.

Consecuentemente con todo lo explicitado, procede estimar en parte el recurso de casación interpuesto por el reconviniente, lo que comporta que deba casarse parcialmente la sentencia dictada por la Audiencia, y en su lugar, deba estimarse, asimismo en parte, la pretensión de D. Juan Ignacio, en los términos expresados en la precedente fundamentación jurídica, por lo que respecta a la medida dimanante del divorcio de los aquí litigantes relativa a la compensación económica del artículo 41 del Codi de Família; quedando subsistentes los demás pronunciamientos que se contienen tanto en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de El Prat de Llobregat, como en la dictada por la Sección 12.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, con la salvedad de lo relativo a las costas, acorde con lo que se dirá en el subsiguiente Fundamento de Derecho.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

La irregularidad procesal que supuso la continuación del juicio de oposición a la declaración de desamparo celebrado sin la presencia del representante del Ministerio Fiscal tiene efecto causante de indefensión respecto del menor, pues se le privó de la actuación de quien está legalmente llamado por ley a defenderlo, y, por ende, de su derecho a la tutela judicial efectiva. Procede la estimación del recurso por infracción procesal interpuesto, con consiguiente declaración de nulidad de la sentencia recurrida, y orden de retroacción de las actuaciones al momento anterior al de la celebración del juicio.

TSJ Aragón, Sec. 1.^a, Sentencia de 23 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch**

El fundamento de la parte descansa en considerar que la ausencia del Ministerio Fiscal cuando

se celebró vista en el presente procedimiento, el día 9 de junio de 2010, debió dar lugar a la sus-

pensión del acto del juicio, porque, según expone, era preceptiva la intervención del Ministerio público de conformidad con los artículos 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el principio de legalidad sancionado por el artículo 9.3 de la Constitución.

Respecto de tal posible nulidad debe considerarse, como cuestión previa y general, que la regulación del proceso civil establecido por la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, aprobada el día 7 de enero de 2000, en materia como la presente, relativa a protección de menores, se aparta definitivamente del sistema del proceso eminentemente escrito que regía en materia de menores con la regulación anterior, ateniendo a la efectividad en estos procesos, como en los demás de índole civil, de los principios de intermediación, publicidad y oralidad que la ley preconiza, ya en su preámbulo, como los básicos en todo el procedimiento civil. Además, la normativa procesal establecida supera también el antiguo sistema, basado, conforme a la Disposición Adicional 1.ª de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en normas de jurisdicción voluntaria, que hacía posible la aportación de pruebas, en la práctica, casi hasta el momento de dictado de la resolución judicial que le ponía fin, y lo sustituye por la unidad de acto en la práctica de las pruebas.

Así, ahora, por la remisión de los artículos 780 y 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al artículo 753 y luego, de éste, al artículo 443 de igual Ley, regulador del desarrollo del acto del juicio verbal, debe estarse a que en el juicio es donde se resolverá sobre cuantas cuestiones incidentales puedan presentarse, se propondrá y practicará la prueba, y finalmente, por la especial referencia del artículo 753 a ser de aplicación los apartados 2, 3 y 4 del artículo 433, regulador de la vista del juicio ordinario, en el mismo acto, sin solución de continuidad: «(...) 2. Practicadas las pruebas, las partes formularán oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, exponiendo de forma ordenada, clara y concisa, si, a su juicio, los hechos relevantes han sido o deben considerarse admitidos y, en su caso, probados o inciertos. A tal fin, harán un breve resumen de cada una de las pruebas practicadas sobre aquellos hechos, con remisión

pormenorizada, en su caso, a los autos del juicio. Si entendieran que algún hecho debe tenerse por cierto en virtud de presunción, lo manifestarán así, fundamentando su criterio. Podrán, asimismo, alegar lo que resulte de la carga de la prueba sobre los hechos que reputen dudosos. En relación con el resultado de las pruebas y la aplicación de las normas sobre presunciones y carga de la prueba, cada parte principiará refiriéndose a los hechos aducidos en apoyo de sus pretensiones y seguirá con lo que se refiera a los hechos aducidos por la parte contraria. 3. Expuestas sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, cada parte podrá informar sobre los argumentos jurídicos en que se apoyen sus pretensiones, que no podrán ser alteradas en ese momento (...)».

Queda así configurado el momento del juicio como el acto procesal en el que, con plena intermediación judicial y, sobre todo, en unidad de acto, se desarrolla todo lo que en el ámbito probatorio y alegatorio sea procedente desde el punto de vista procesal para resolver la cuestión sustantiva de que se trate. Es innegable, por tanto, la trascendencia del momento de celebración del juicio, puesto que es en él, con independencia de cuanto antes haya podido ser considerado, donde se propone, practica y valora toda la prueba, se define de modo irrevocable la pretensión y la argumentación jurídica de cada una de las partes y, sin trámite posterior alguno, salvo, en su caso, el excepcional de practicar diligencias finales, que no se dio en este supuesto, se dictará sentencia.

Bajo tal prisma de ser esencial al procedimiento la configuración del acto del juicio como el único momento procesal hábil para fijar tanto los datos fácticos a valorar en la resolución judicial, como la normativa jurídica de aplicación, debe tratarse la posibilidad de inasistencia del Ministerio Fiscal a la vista y, en su caso, el efecto anulatorio que su ausencia puede comportar. Junto con la cuestión, que se reputa igualmente de valor esencial, de que el Ministerio Fiscal no interviene en el proceso como parte interesada en mantenimiento de pretensiones vinculadas a aspectos personales o materiales de interés propio, puesto que, por el contrario, su intervención es como parte imparcial en el proceso, y con el

único interés y finalidad de velar por el interés del menor. Así, el artículo 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ordena la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal en procedimientos como el presente, al igual que el artículo 3 apartado siete del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre. En igual línea todas las leyes que regulan la cuestión, como el propio Código Civil, artículo 172, que prevé su intervención ya en el procedimiento ante la entidad pública, como también ordena la Ley Orgánica de Protección del Menor 1/1996, de 15 de enero, o la Ley de Aragón de la Infancia y la adolescencia, 12/2001, de 2 de julio.

Normas de rango legal que, en lo que concierne a cuál deba ser el alcance de la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento judicial, han sido luego interpretadas por la propia Fiscalía General del Estado en el sentido de que el Ministerio Público sí debe asistir a la vista a celebrar. Así, especialmente, la Circular 1/2001, de 5 de abril de 2001, sobre Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, apartado VII.1, recoge que el representante del Ministerio Fiscal asistirá a la vista a fijar su posición definitiva cuando, como ocurre en este caso, al habérseles dado traslado de la demanda se hubieran limitado sólo a abordar cuestiones procesales o admitir hechos aducidos y acreditados. En su apartado VII.4.B, al tratar sobre los procesos matrimoniales, y definir cuál sea el contenido de la vista prevista en el artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, expresamente considera que «Es obligada la intervención del Fiscal en la vista, participando en la práctica de la prueba propuesta por las otras partes, proponiendo a su vez prueba propia, formulando alegaciones en defensa de los intereses de los hijos menores e incapaces (...)».

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, aun en sentencias dictadas con arreglo a la vigencia del sistema anterior, resaltan constantemente la esencial y necesaria intervención del Ministerio Fiscal en todos los procedimientos en que estén implicados menores. Resoluciones entre las que cabe destacar la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional

en fecha 30 de enero de 2006 por el doble motivo de referirse de modo expreso a un supuesto en el que (en procedimiento de divorcio) se excluyó la presencia del Ministerio Fiscal en la exploración de un menor, y por ser aplicada la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. En su antecedente segundo recoge las alegaciones del propio Fiscal del Tribunal Constitucional, de las que procede transcribir, por su mayor interés las siguientes: «(...) El Ministerio Fiscal no actúa en interés propio; siendo necesaria su intervención, desde que la pide ha de concedérsele en beneficio de las menores. (...) En los procedimientos de separación matrimonial o de divorcio en los que están implicados menores el paso del tiempo tiene mucha importancia y puede exigir un cambio de postura en la actuación de las partes y del Ministerio Fiscal. La indefensión sufrida ha de considerarse material y real (STC 149/1998), porque ha producido un efectivo menoscabo del derecho de defensa de las menores por parte del Ministerio Fiscal, que es a quien la Ley encomienda esta función, sin que en definitiva se pueda saber la trascendencia final de la ausencia del Fiscal en la exploración de aquéllas, pues lógicamente no es posible construir una situación que no pudo ser (la exploración en presencia del fiscal y los efectos de la actuación de éste), pero sí es claro que (...) en el acto de la exploración el Fiscal habría formulado preguntas y formado criterio, cosa que le fue vedado. Ello sucedió en un procedimiento, como el de separación y divorcio, en el que es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal siempre que alguno de los interesados sea menor (art. 749.2 Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que es acorde con la función de defensor de los menores y desvalidos que atribuye al Fiscal el art. 3, aps. 6 y 7, de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, y con el hecho de que el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, otorgue a los menores el derecho a ser oídos en los procedimientos en que estén implicados, cuidando de preservar su intimidad. Por ello resulta razonable que en estos procedimientos puedan los Tribunales celebrar las vistas a puerta cerrada y acordar que las actuaciones sean reservadas. El art. 754 Ley de Enjuiciamiento Civil permite en efecto celebrar

las audiencias de menores a puerta cerrada y de manera reservada, pero ello no puede entenderse referido al Ministerio fiscal, porque la defensa del menor quedaría mediatizada o incompleta si hubiera de hacerse por un Fiscal que no ha podido estar presente u observar *in situ* al menor cuando declara, ni hacerle preguntas para averiguar si realmente está expresándose con libertad o si lo hace guiado por influencias extrañas, por timidez o por otros motivos. (...) Que la Ley no afirme de manera explícita que el fiscal ha de estar presente e intervenir en las exploraciones (cosa que sí decía para el convenio matrimonial la disposición adicional sexta de la Ley 30/1981) es algo innecesario, porque la misma misión del Fiscal de defensor del menor en el procedimiento interviniendo de manera preceptiva en él (art. 749.2 Ley de Enjuiciamiento Civil) convierte en obvia su participación en diligencia tan importante como es la exploración de los menores, y su ausencia sería incomprensible. Es más, la ausencia del Fiscal en el acto de exploración no sólo impide a éste ejercer plenamente su función, sino que, precisamente por ello, causa también indefensión al menor que se ve privado del apoyo que el legislador ha querido darle. No otra es la razón por la cual en los procesos en que están en juego directamente los intereses de los menores, como ocurren en los de separación y divorcio, en los que se ventilan medidas tales como su custodia por uno u otro progenitor, que pueden no tener intereses coincidentes con los de los hijos, se llama como parte (imparcial) al Ministerio Fiscal, que, al no tener interés propio, puede realmente actuar en beneficio del menor, a diferencia de los padres que, velando por sus propias apetencias, pueden perjudicar la verdadera voluntad o necesidades del menor. Por todo ello el Fiscal interesa que se le otorgue al amparo, reconociendo su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 Constitución española) y, en consecuencia, que se declare la nulidad de todas las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial desde que el fiscal fue notificado del señalamiento de la exploración de las menores acordada en apelación, para que, reponiendo la Audiencia las actuaciones a aquel momento procesal, autorice al Ministerio Fiscal para estar presente e intervenir en las exploraciones de las menores».

Y, efectivamente, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado en interés del menor, porque, entre otros fundamentos, consideró (Fundamento 5) «(...) En el caso que nos ocupa conviene precisar que el Ministerio Fiscal interpone el recurso de amparo en su carácter de parte en el proceso judicial correspondiente y a su vez en su calidad de defensor de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos. Así resulta inequívocamente de la demanda de amparo, por cuanto se indica que no es sólo el Ministerio Fiscal quien ha podido ver vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, sino también las hijas menores de las partes enfrentadas en el proceso matrimonial, menores por cuyo interés prevalente debe velar el Ministerio Fiscal en virtud de su posición institucional, siendo precisamente esta segunda perspectiva, la defensa del interés superior de las menores, la que cobra especial relevancia a efectos del presente proceso constitucional.

Y ciertamente debe reconocerse así, pues no en vano el art. 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LECiv) establece (como antes lo hacía la disposición adicional octava de la Ley 30/1981), la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en los procesos matrimoniales cuando afecten a menores, incapaces o ausentes, mandato acorde con las funciones que los apartados 6 y 7 del art. 3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, atribuyen a éste para la satisfacción de la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, que el art. 124.1 Constitución española le encomienda, como se recuerda en el art. 1 del citado Estatuto orgánico y en el art. 541.1 Ley Orgánica del Poder Judicial (...) No basta, por tanto, como hizo la Audiencia Provincial, con poner de manifiesto al Ministerio Fiscal el acta con el resultado de la diligencia de exploración para entender cumplidas las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 Constitución española) del fiscal en cuanto garante del interés prevalente de las menores —como se sostiene en los Autos de 17 de abril y 5 de junio de 2001—, sino que es

necesario permitir su intervención efectiva en la exploración, a fin de que el fiscal pueda personalmente oír e interrogar a los menores, para conocer si éstas expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias».

Se concluye por tanto, que toda la normativa de aplicación, sin excepción alguna, ordena que es ineludible la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento donde están implicados menores. Y tal prevención, al igual que la normativa relativa al interés del menor, tal y como señala sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2009: «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 de 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 de julio) y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, (asimismo SSTC 143/1990 (RTC 1990, 143, 298/1993 (RTC 1993, 298), 187/1996 (RTC 1996, 187) y 114/1997 (RTC 1997, 114), así como el ATC 28/2001, de 1 de febrero (RTC 2001, 28 Auto).

Característica de la intervención del Ministerio Público que la hace indisponible para cualquiera de las partes (y también, por tanto, para el propio Ministerio Fiscal). Intervención, en fin, que no cabe sino considerar que es precisa también en el propio acto del juicio, porque conforme a la importancia de tal acto procesal en la actual regulación procesal, a que ya se hizo referencia, es el momento en el que definitivamente, con carácter general, van a ser propuestas y practicadas las pruebas, y fijadas las pretensiones de las partes respecto del menor.

La ausencia de persona investida de imparcialidad, y con el único fin de defender el interés del menor, no cabe entender que pueda verse

suplida por intervención de las demás partes, sean los padres del propio menor o la entidad pública. En primer lugar, porque tal presencia de otras partes es conocida por el legislador y, aún así, ordena que también esté el Ministerio Fiscal como garante de los intereses del menor. En segundo lugar, porque, aun cuando las otras partes puedan defender el interés del menor, no se tiene la certeza total de que lo hagan por encima del subjetivo propio de mantener, en el caso de los padres, la custodia del menor y, en el caso de la entidad pública, la resolución que dictó.

E igualmente no puede entenderse suplida la intervención del Ministerio Fiscal por la presencia de otra institución imparcial, como lo es la Autoridad Judicial presente en la vista y llamada a resolver la cuestión. Porque la actuación del Ministerio Fiscal como parte de un procedimiento, aun cuando esté garantizada su imparcialidad, no es equiparable a la de la autoridad judicial que debe decidir la cuestión, pues las funciones de una y otra institución son, evidentemente, distintas. Ciertamente, en atención al exclusivo interés del menor, está autorizado el Juez a interesar nuevas diligencias probatorias para un mejor enjuiciamiento de la cuestión. Pero la concesión de tal facultad, causada por el interés tuitivo de este procedimiento, no sustituye ni completa la intervención de las partes, ni puede ser entendida, precisamente por su excepcionalidad, como medio que permita, a priori, vaciar de contenido la necesaria contradicción que, con intervención de todas las partes, debe presidir el proceso.

Tampoco cabe entender en este caso suplida tal intervención inmediata y directa en el juicio por el hecho de que, después de la vista, en trámite no previsto en la Ley, por providencia le fuera dado traslado al Ministerio Fiscal para alegaciones, porque, como ya se ha expuesto, es en el acto de la vista donde las partes conocen las alegaciones de las demás, aprecian directamente el resultado de las pruebas y fijan, en unidad de acto y con efectiva contradicción, sus posiciones y pretensiones procesales.

Reputándose, por tanto, legalmente ordenada e insustituible la presencia del Ministerio Fiscal en el acto del juicio, su falta en este caso supuso la infracción de la normativa expuesta.

El efecto que deba tener tal infracción no fue considerado de tal relevancia como para entenderlo causante de indefensión en sentencia de esta Sala dictada el día 25 de mayo de 2011. Con respeto máximo de los pronunciamientos contenidos en tal sentencia, y valorando que partió de un supuesto algo distinto al actual (en ella, en lo que interesa, y a diferencia del presente caso, el Ministerio Fiscal excusó su asistencia a la vista, no consta que la relevancia del juicio tuviera la importancia que sí se da en el presente, y en el recurso de casación manifestó que la asistencia del Fiscal al juicio para nada se intuía que hubiera dado lugar a un fallo distinto del pronunciado por el órgano judicial), debe ahora considerarse que no debe cobrar valor jurisprudencial su decisión final, mediante el dictado de segunda sentencia en similar sentido de considerar sin relevancia anulatoria la falta procesal cometida. La importancia del interés del menor afectado justifica el cambio de la orientación fijada en tal sentencia, puesto que se considera que, como se colige de lo ya razonado antes, si bien el principio natural de que debe partirse es que tanto los progenitores como la entidad pública defenderán mediatamente los intereses del menor, sin embargo no existe seguridad de que ello será siempre realmente así de modo inmediato.

Por último debe igualmente valorarse que las sentencias del Tribunal Supremo que no han reconocido efecto anulatorio al hecho de ina-

sistencia del Ministerio fiscal a la vista en supuestos semejantes al actual, fueron dictadas al amparo de las previsiones procesales anteriores a las recogidas en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, partiendo así, por tanto, de las previsiones relativas al desarrollo del procedimiento de jurisdicción voluntaria, regido, como se dijo, por los principio de trámite escrito y en actos sucesivos, y no, por los ahora aplicables, de oralidad, publicidad, contradicción y unidad de acto para alegaciones, proposición, práctica de prueba y conclusiones. Atendiendo así a distinta normativa que la actual, no cabe considerar de aplicación la doctrina sentada en ellas.

Por todo lo expuesto, en este caso, debe concluirse que la irregularidad procesal que supuso la continuación del juicio celebrado el día 9 de junio de 2010 sin la presencia del representante del Ministerio fiscal tiene efecto causante de indefensión respecto del menor, pues se le privó de la actuación de quien está legalmente llamado por ley a defenderlo, y, por ende, de su derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello, de conformidad con lo establecido en los artículos 238 de la Ley Orgánica del poder Judicial y 469.3 y 476.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede la estimación del recurso por infracción procesal interpuesto, con consiguiente declaración de nulidad de la sentencia recurrida, y orden de retroacción de las actuaciones al momento anterior al de la celebración del juicio.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

No se aprecia ni que la esposa incapaz haya tenido o tenga voluntad de divorciarse de su esposo ni que éste haya incumplido sus obligaciones legales para con ella, ni que existiera desafecto alguno entre los cónyuges, ni que la disolución del matrimonio sea lo más conveniente para los intereses de la incapaz, por lo que se desestima la demanda de divorcio instada por el tutor de la esposa.

AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Miguez del Río**

Por la parte apelante-demandante Dulce, actuando como tutora de la incapaz Noemi, recurre la sentencia dictada en primera instancia que desestimó la demanda formulada solicitando la revocación de dicha resolución, que se declare la disolución por divorcio del matrimonio formado por la incapaz Noemi y por el demandado y apelado Eulogio y se fije una pensión compensatoria mensual por desequilibrio económico de 850 euros.

Por su parte, tanto el apelado Sr. Eulogio como el Ministerio Fiscal han informado solicitando la desestimación del recurso de apelación interpuesto y la confirmación de la resolución recurrida.

Antes de resolver sobre el fondo del asunto planteado por la recurrente conviene dejar constancia de los siguientes hechos cuya realidad consta en las actuaciones: a) que el día 9 de julio de 1988, Noemi y Eulogio contrajeron matrimonio, sin que de dicha unión exista descendencia; b) que en fecha de 30 de marzo de 2009, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de esta ciudad, se dictó auto acordándose el ingreso involuntario de la Sra. Noemi en la Residencia Bañosalud de Venta de Baños; y c) que el día 19 de junio de 2009, por el Órgano Judicial antes

indicado, se dictó sentencia declarándose la incapacidad de Noemi para administrar su persona y bienes y nombrándose tutora de la incapaz a su sobrina Dulce.

En síntesis, la parte apelante muestra su disconformidad con la sentencia dictada en primera instancia al indicarse en dicha resolución que no concurre el requisito de consentimiento de uno de los cónyuges al que se refiere el art. 86 del Cc para poder acordar la disolución por divorcio de un matrimonio, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 81 de la misma norma jurídica.

El recurso de apelación interpuesto no puede prosperar.

En efecto, la recurrente Sra. Dulce, actuando como tutora de su tía incapaz Noemi, ejercita acción para que se declare la disolución por divorcio del matrimonio formado por esta y por el demandado Eulogio, en base a lo dispuesto en el art. 86 del Cc, y se establezca una pensión compensatoria por desequilibrio económico para la esposa y con cargo al esposo de 850 euros mensuales. Desde luego, carece de virtualidad y de sentido decidir aquí sobre el contenido de la alegación número 2 del escrito de interposición del recurso de apelación sobre la legitimación de la tutora de la incapaz para el ejercicio de la

acción de divorcio entablada y sus efectos, por cuanto la cuestión ha sido ya resuelta por el Juzgado de Primera Instancia en el auto dictado el día 17 de febrero de 2011, cuya resolución no fue objeto de recurso alguno y, a mayor abundamiento, porque la sentencia recurrida nada dice sobre tal cuestión y, en consecuencia, no es objeto de litigio, razón por la que nosotros no podemos ahora decidir sobre dicha cuestión en estricta aplicación de lo dispuesto en el art. 456 de la LEC, no sin antes dejar constancia de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2011 según la cual «las anteriores razones llevan a concluir que los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada, siempre que por sus condiciones, no pueda actuar por sí misma. Esta solución no es extravagante en el ordenamiento español, ya que el Código civil legítima al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en la acción para pedir la declaración de nulidad de un determinado matrimonio (art. 74 CC), así como a padres, tutores, guardadores y Ministerio Fiscal cuando la acción tenga por objeto pedir la nulidad de un matrimonio por falta de edad (art. 75 CC). La representación legal del tutor le impone el deber de ingerencia en la esfera jurídica del incapaz cuando sea necesario para obtener su protección, si bien no libremente, sino con las limitaciones que derivan de la naturaleza de función que tiene la tutela y por ello el ejercicio de la acción de divorcio por parte de los tutores debe responder a las mismas reglas que rigen la representación legal por las siguientes razones. 1.^a Debe aplicarse lo dispuesto en el art. 216.1 CC, que es la norma general que rige, en cualquier caso, la actuación de los tutores, porque las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial. Por ello, el art. 271 CC exige autorización judicial para entablar cualquier tipo de demanda. 2.^a En segundo lugar, el ejercicio de esta acción debe obedecer a los intereses del incapaz, por lo que debe justificarse que la actuación se lleva a cabo en interés del incapaz, tal como concluyó, en una legislación distinta, la STC 311/2000. 3.^a Hay que tener en cuenta que en los procedimientos de derecho de familia en los que son parte me-

nores e incapaces se requiere la actuación del Ministerio Fiscal, que deberá velar por sus intereses, con lo que se garantiza que las acciones de los tutores no sean caprichosas o arbitrarias».

En las alegaciones números 3, 4, 5 y 6 del escrito de apelación, se ponen de relieve por la parte recurrente diferentes cuestiones que hacen referencia al valor que ha de darse a la petición de la tutora para que se declare el divorcio de la incapaz y de su esposo-demandado, a que este ha incumplido reiteradamente los deberes y obligaciones para con su esposa que establecen los arts. 68 y siguientes del Cc y discrepando también de la valoración efectuada por el juzgador de Instancia de las pruebas practicadas.

Si examinamos las pruebas obrantes y practicadas, constatamos que no existe dato objetivo alguno que permita acreditar que por la esposa Sra. Noemi, con anterioridad a ser declarada incapaz, se hubiese manifestado o realizado acto alguno tendente a demostrar que deseaba divorciarse de su marido. Tampoco se conoce cuál es su voluntad actual a respecto al no haber prestado declaración en este pleito, no existiendo prueba alguna que demuestre que el esposo Sr. Eulogio haya incumplido los deberes de vivir junto a su mujer, de guardarse fidelidad, de socorrerse mutuamente y de compartir las responsabilidades domésticas o el cuidado de personas que estuviesen a su cargo.

Es cierto, no obstante, que en el año 2008 el esposo demandado interna a su esposa en un centro de mayores, pero eso fue debido a la enfermedad de Alzheimer que esta presentaba. Después, contrata a una mujer para que atienda a su mujer y le ayude en la casa, por cuanto corre el riesgo de autolesionarse y de causarse daños personales. Por los Servicios Sociales del Ayuntamiento de esta ciudad se interviene por la denuncia formulada por un vecino sobre posibles abusos económicos y, presumiblemente físicos, por parte de la cuidadora de la Sra. Noemi, razón por la que el Ministerio Fiscal se interpone demanda solicitando la declaración de incapacidad de la esposa y acordándose su ingreso involuntario en una residencia, dictándose después sentencia y declarándose su incapacidad por presentar demencia degenerativa de tipo senil severa, tratándose de un síndrome orgánico ce-

rebral de carácter permanente y progresivo que anula todas sus facultades mentales, precisando la ayuda de otras personas para realizar todas sus necesidades vitales, y designándose como tutora a su sobrina y ahora recurrente Noemi, habiéndose acordado el archivo judicial de unas actuaciones penales por denuncia interpuesta por esta frente al esposo de la incapaz, según sostiene el demandado y no rebate la actora.

Pues bien, de todo ello, la Sala no aprecia ni que la esposa incapaz haya tenido o tenga voluntad de divorciarse de su esposo ni que este haya incumplido sus obligaciones legales para con ella, ni que existiera desafecto alguno entre los cónyuges, ni que la disolución del matrimonio sea lo más conveniente para los intereses de la incapaz. Es cierto, no obstante, que consta en las actuaciones que se adeuda a la Junta de Castilla y León la cantidad de 10.762,79 euros, al no haberse abonado cantidades devengadas por las estancias de la incapaz Noemi en plazas residenciales concertadas con dicha entidad administrativa, según escrito suscrito por el Gerente Territorial de Servicios Sociales de esta ciudad el día 21 de septiembre de 2011, pero ello no significa que la disolución objeto de autos sea de interés para la incapacitada.

Así es, la disolución del matrimonio comporta importantes repercusiones para los cónyuges y unos efectos secundarios de muy diversa índole, como pueden ser los relativos a la adquisición o modificación de derechos, revocación de donaciones, cesación de deberes recíprocos, disolución del régimen económico matrimonial y otros muchos. En este sentido, la Sala comparte los razonamientos del Juez de Primera Instancia de que la disolución del matrimonio entre el demandado y su esposa incapaz sería un hecho irreversible y quizás desproporcionado para los intereses de la incapaz y sin que se haya demostrado la concurrencia de interés alguno de la incapacitada para que se adopte tal decisión. Por otro lado, no debemos olvidar que las necesidades de la incapaz relativas a lo que resulte indispensable para su sustento, habitación, vestido, asistencia sanitaria y otros que sean necesarios para la satisfacción de sus necesidades humanas, pueden reclamarse al esposo como expresión que son de la solidaridad familiar en los términos que indican los arts. 142, 143 y siguientes del Cc, con lo cual la situación de las condiciones de la esposa incapacitada, en este sentido, no iba ni a variar ni a mejorar por el simple hecho de que ahora se acordase la disolución de su matrimonio.

PATRIA POTESTAD

Los actos de violencia no fueron dirigidos contra la hija del matrimonio y la prueba solo ha consistido en la declaración de ambos cónyuges, por lo que no existe causa para privar al padre de la patria potestad.

AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jacinto José Pérez Benítez**

Al inicio de la vista de juicio, la representación de la esposa puso de manifiesto el acaecimiento de hechos nuevos —referidos a la existencia de un proceso penal y a la adopción de una orden de protección frente al esposo, acordada el día 6.8.2010—, modificando parcialmente sus pretensiones, singularmente en lo relativo a la petición de privación de la patria potestad. El Ministerio Fiscal se opuso a su estimación y la

sentencia recurrida mantuvo la patria potestad de titularidad conjunta.

La resolución de tal cuestión, como también el análisis de la pretensión relativa a la fijación de un régimen de visitas respecto del progenitor no custodio, debe partir del recordatorio de que el criterio que inspirará la presente resolución será el del *favor filii*, consagrado de modo general en nuestro ordenamiento jurídico

co, según se sigue de la cita del artículo 39 de la Constitución española, y de los artículos 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996. En palabras de la sentencia de esta misma Sala de 29 de abril de 2009 (rollo de sala 208/09): «Es sabido que el interés de los menores ha de prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que el *bonum filii* ha sido elevado a principio universal del derecho, viniendo consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos (arts. 92, 93, 94, 103.1, 154, 158 y 170 CC) y en general en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales (también aplicables a ese tipo de convivencia), paterno-filiales o tutelares, constituyendo un principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial que concuerda con el constitucional de protección integral de los hijos (Art. 39.2 CE) y responde a la nueva configuración de la patria potestad (Art. 154.2 CC), siendo también la razón por la que la normativa vigente arbitre fórmulas con que garantizar o servir aquél interés, tales como la audiencia de los menores si tuvieran suficiente juicio y preceptivamente si alcanzaron los doce años (Art. 92.2 CC en relación con los arts. 154.3. y 156.2 CC) y recabar el dictamen de especialistas (Art. 92.5) que puedan colaborar con el juez en el más acertado discernimiento de las medidas que adopte. Aparte de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero sobre Protección Jurídica del Menor, donde se proclama en el Art. 2 la primacía del interés de los menores sobre cualquier otro interés legítimo, y en el Art. 9 el derecho de ser oídos en los procedimientos familiares o de otra índole en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. Asimismo, el sentido proteccionista hacia los menores de edad se

manifiesta en la Convención sobre el Derecho del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20-11-1989, en cuanto que su Art. 9, en relación con el 3, permite incluso a los Tribunales decretar la separación del niño de sus padres cuando, conforme a la Ley y procedimientos aplicables, tal separación sea necesaria, en el interés superior del niño».

La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo, con el consentimiento expreso o tácito del otro, tal como determina el art. 156 del Código Civil, que prevé la forma de actuación en caso de desacuerdo entre los padres sobre la forma y condiciones de su ejercicio.

De conformidad con el art. 170, el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad puede determinar su privación por resolución judicial.

En el presente caso, al igual que aprecia la representante del Ministerio Fiscal, la Sala no aprecia razones que justifiquen tan excepcional medida. Si bien se miran las cosas ni siquiera la parte proponente a justificado la petición en actos concretos del demandado que pudieran suponer un incumplimiento grave de los deberes de la patria potestad. Los actos de violencia —de los que todavía se encuentra conociendo la jurisdicción penal— no fueron dirigidos contra la hija del matrimonio formado por los litigantes. No se ha aportado ningún medio probatorio que justifique, se insiste, el incumplimiento grave de los deberes del padre con relación a la hija. La prueba tan sólo ha consistido, en lo que ahora ocupa, en la contradictoria declaración de ambos litigantes.

Ni siquiera la esposa llegó a precisar actos concretos que permitan adoptar la medida que se solicita.

Habiéndose opuesto al padre se desestima la petición de la madre de matricular a la hija en clases extraescolares de inglés, pues vistas las calificaciones de la hija en idiomas no se estiman necesarias y además interfieren en el régimen de visitas fijado en favor del padre.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 20 de diciembre de 2011

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, reiteró la petición contenida en el escrito inicial, sobre autorización judicial para matricular a la hija en las clases extraescolares de inglés, y ello con la oposición del apelado, y en este sentido, la cuestión ha sido ya resuelta de modo definitivo por el juzgado, que desestima tal solicitud, de manera que aun siendo cierto que la petición se encausa por la vía del artículo 158 del Código Civil, en los términos a que se hace mención en dicho escrito inicial, es lo cierto que la decisión al respecto se enmarca en el artículo 156 de dicho texto legal, de tal modo que ni tan siquiera cabía recurso contra dicha decisión, por cuanto se trata de una decisión que afecta

al ejercicio de la patria potestad, como también afecta a dicho ejercicio de tal función la decisión relativa al centro escolar donde deba cursar los estudios dicha hija, de modo que dicho precepto rige para lo más, y también para lo menos, como es el supuesto que nos ocupa.

A mayor abundamiento, se acogen todos los argumentos expuestos en el auto apelado, por cuanto se trató de imponer una decisión unilateral, las clases que se interesan por la ejecutante no se estiman necesarias, visto el resultado obtenido por la hija en el centro escolar donde cursó los estudios, en la materia sobre idiomas, y no se puede imponer una decisión que afecte al régimen de visitas del padre, todo lo cual determina la desestimación del recurso.

GUARDA Y CUSTODIA

Sufriendo el menor un trastorno autista se mantiene la custodia en favor del padre, pues lo más conveniente para el menor es continuar en este ambiente estable en el que acude a Centros especializados, coadyuvando a esta decisión que la madre vive con los abuelos maternos y el domicilio solo cuenta con tres habitaciones.

AP Huesca, Sec. 1.^a, Sentencia de 28 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Angos Ullate**

1. La demandante sigue interesando en su recurso que le sea atribuida la custodia de su hijo Diego (nacido el mes de octubre de 2007) en lugar de a su padre.

2. El examen de las actuaciones y el visionado de las grabaciones unidas a los autos revela que tanto la madre como el padre se encuentran capacitados para dar a su hijo los cuidados de todo tipo que requiere, e incluso podemos decir que el interés de ambos es especialmente enco-

miable si valoramos el esfuerzo y sacrificio extras que debe de suponer atender a un niño diagnosticado de trastorno del espectro autista, con un grado de discapacidad reconocido del 41%.

3. Es verdad que la actora, sobre el 20 de septiembre de 2010, conforme a lo alegado en la demanda, salió de Jaca y se marchó con el niño y con su segundo hijo (nacido el 12 de julio de 2010 y no reconocido por el demandado) al domicilio de sus padres situado en Humanes

de Madrid, a pesar de que la sentencia de 29 de junio de 2010 (por error material consta el año 2007: folio 14), dictada también por el Juzgado número 1 de Jaca en los autos número 290/2010, dispuso, con acuerdo de los progenitores y tras la definitiva ruptura de la pareja de hecho, la custodia compartida de Diego en el piso situado en Jaca, [...], [...] - [...] (después se trasladaron a otra vivienda situada en la avenida [...] de Jaca). Pero esta actitud no es especialmente reprochable a la actora a los indicados efectos si tenemos en cuenta que fue el propio demandado, en su condición de titular del contrato de arrendamiento que recaía sobre la vivienda, quien instó a la Sra. Montserrat, a finales de julio de 2010, a que, por razones no suficientemente aclaradas, abandonara el piso en el que debía desarrollarse el régimen de custodia compartida, de manera que, como ella no disponía de trabajo remunerado ni recibía de él ningún tipo de pensión, tuvo que ser ayudada económicamente por sus padres, hasta que, como hemos indicado, se trasladó a Humanes de Madrid el 20 de septiembre de 2010, precisamente durante el semestre que correspondía la custodia de Diego a la Sra. Montserrat.

4. Con posterioridad, esta Audiencia provincial, por Auto de 29 de marzo de 2011 (rollo penal 56/2011), desestimó el recurso de apelación interpuesto por la madre contra el Auto de fecha 1 de octubre de 2010 dictado por el Juzgado número 2 de Jaca en las diligencias previas número 820/10, mediante el cual se dispuso, en interés del menor, la entrega inmediata del niño Diego a su padre y la atribución provisional de la guarda y custodia a su padre, más un régimen de visitas a favor de la madre.

5. A la vista de todo lo actuado, no concurren suficientes razones para modificar el anterior criterio relativo a la atribución de la guarda y custodia del menor, luego confirmado en el Auto del Juzgado de fecha 21 de diciembre de 2010 recaído en la pieza de medidas provisionales abierta en virtud de la solicitud planteada en la demanda mediante otosí. Entendemos que lo más beneficioso para el niño es que continúe viviendo con el padre, de acuerdo con el interés superior del menor, el cual es siempre prevalente (artículos 9.3 de la Convención sobre

los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, 103 del Código civil y 76.2 del Código de derecho foral de Aragón). El informe emitido por el Equipo de infancia y familia de la comarca de la jacetania (folio 53 y siguientes) emitido a instancia del Juzgado —y que fue ratificado en el juicio por las profesionales que lo elaboraron, la psicóloga Sra. Coro y la trabajadora social Sra. Isidora, con el visto bueno de la coordinadora Sra. Soledad— pone de relieve que «lo más conveniente para el menor en este momento es continuar en el entorno familiar actual establecido, pues satisface la necesidad del niño de adaptarse a un entorno lo más rutinario posible, tan necesario en relación a su trastorno» y, además —añade—, «una vez establecida la red de apoyos en su centro escolar así como en un centro especializado, sería contraproducente para el progreso en su desarrollo cualquier cambio al respecto». El informe se refiere con todo ello a que el padre traslada al niño a Sabiñánigo dos veces por semana con el equipo de Atención Temprana del Gobierno de Aragón, donde recibe atención especializada y está evolucionando favorablemente, así como a que el padre lleva al menor a natación y a musicoterapia en la Escuela municipal de música de Jaca.

6. Todo da entender, con arreglo a las pruebas practicadas (especialmente, sobre la base de los documentos unidos a los folios 96 a 106), que el niño también recibiría parecidas atenciones en Humanes de Madrid, en el centro de educación «CEIP Campohermoso» de esa localidad, en el que estuvo matriculado del 10 de septiembre de 2010 al 2 de octubre de 2010 (en una anterior ruptura, en 2009, asistió a la escuela infantil «Platero y Yo»), y en el que recibía cinco sesiones de apoyo en pedagogía terapéutica y tres sesiones de apoyo en audición y lenguaje; y en el centro de atención temprana de la asociación ASPANDI situado en Fuenlabrada. Pero el informe antes comentado resalta, como hemos anticipado, la conveniencia en este momento para el menor de seguir con la rutina que le proporciona el actual entorno familiar.

7. Es verdad que la atribución de la custodia al padre conlleva la separación de los hermanos (en puridad, medio hermanos o hermanos de vínculo sencillo), a pesar de que el artículo 92.5 del

Código civil, al hablar de la guarda conjunta, señala que se procurará no separar a los hermanos, mientras que ahora el artículo 80.4 del Código de derecho foral de Aragón también dispone que «salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos». Pero el informe de continua referencia del Equipo de infancia y familia de la comarca de la jacetania considera que no es tan relevante para el desarrollo de Pedro Antonio en el momento actual que se traslade al domicilio de los abuelos maternos para convivir con su hermano menor, sino que son mucho más

prioritarios los aspectos señalados (estabilidad, servicios disponibles y entorno conocido) en relación a la consecución de los objetivos que se plantean y a la satisfacción de sus necesidades, dado su trastorno de desarrollo. Por otro lado, hemos de resaltar que el domicilio de los abuelos maternos en Humanes de Madrid (ambos tienen un trabajo remunerado) solo cuenta con tres habitaciones: una es ocupada por los propios padres de ella, otra por la abuela —ya jubilada— de la demandante y otra por la Sra. Montserrat con el niño menor —más con su hijo mayor durante las visitas acordadas en primera instancia—.

Se atribuye la custodia a la madre, pues ésta proporciona al menor una mayor estabilidad y al mismo tiempo le impone una menor carga de responsabilidad emocional, liberándole de la carga que el conflicto familiar le supone y con respecto del cual la actitud del padre no evita que afloren en el menor las consecuencias del mismo. Es admitido que, bajo la dirección de la madre, logra el hijo una mayor estabilidad y continuidad en los estudios.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ramón Alonso-Mañero Pardal**

El principal motivo de impugnación de la resolución recurrida por parte del Sr. Ernesto es el referido a la atribución de la guarda y custodia de Plácido, el hijo menor de edad de los litigantes (13 años en la actualidad), que la resolución recurrida confiere ahora a la Sra. Carlota, y que el aquí apelante propugna se mantenga con él, en los mismos términos en que se dispuso en el Auto de Medidas Provisionales de fecha 8 de enero de 2010, cuando se atendía a resolver la situación de crisis familiar creada ante la decisión de D.ª Carlota de trasladarse a vivir a su localidad natal —Baracaldo—, en compañía de sus padres y familiares más cercanos.

En la impugnación que ha sido formulada por el Sr. Ernesto contra la indicada medida se indica —simplificando enormemente la cuestión—, que es razón fundamental por la que se acuerda en la instancia el cambio de guarda y custodia del menor la constatación de su bajo rendimiento escolar, sin que se hayan tenido en consideración circunstancias tales como el cambio de colegio en el último año, al trasladarse Plácido a estudiar a la localidad de Tordesillas,

y el accidente fortuito que sufrió el menor y le ha impedido la necesaria continuidad en la asistencia al curso escolar; Sin embargo, la Juez de Instancia no solo contempla dicho dato en su sentencia, sino que en el fundamento de derecho cuarto de la resolución recurrida analiza de forma detallada y pormenorizada el resultado de la prueba practicada para concluir, en análisis que esta Sala comparte y hace enteramente propio evitando así innecesarias repeticiones, que la madre de Plácido, esto es, D.ª Carlota, proporciona al menor una mayor estabilidad, y al mismo tiempo le impone una menor carga de responsabilidad emocional liberándole de la carga que el conflicto familiar le supone y con respecto del cual la actitud del padre no evita que afloren en el menor las consecuencias del mismo. Igualmente, es admitido que bajo la dirección de la madre logra el hijo de ambos litigantes una mayor estabilidad y continuidad en los estudios, siendo mayor la implicación de D.ª Carlota en el seguimiento de dicha cuestión, fundamental en la edad en la que se encuentre el menor, siendo por ello mayores las ventajas que puede implicar el cambio de guarda y custodia, con todo lo

que ello supone, que los inconvenientes que el cambio de lugar de residencia pueden originarse para un menor que ya tiene 13 años de edad y que en absoluto es desconocedor del lugar al

que se traslada al tener la ventaja de una familia materna ya establecida en dicho lugar. Debe por ello mantenerse la decisión adoptada en la instancia.

No existe ningún impedimento en el padre para ejercitar de manera adecuada la custodia de su hija, y no es la edad de esta (mayor de tres años) factor exclusivo para la denegación de la guarda y custodia compartida, por lo que debe acordarse este modelo, que es más beneficioso para el interés de la menor.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Julián Carlos Arque Bescos**

En cuanto a la guarda y custodia debe indicarse que esta Sala tiene declarado que el Código del Derecho Foral de Aragón aprobado por Decreto legislativo 1/2011 de 22 de Marzo del Gobierno de Aragón en su subsección 4.ª (Art. 79 y ss.) al regular las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los padres, a falta de pacto de relación familiar, establece una serie de normas entre las cuales ha establecido como preferencia legal la custodia compartida, al considerar que esta forma de custodia es más beneficiosa para el interés del menor y más respetuosa con los derechos de los progenitores, lo que implica que al estar configurada como regla general, el juez podrá optar por la individual cuando sea más conveniente para el menor, justificando adecuadamente esta opción, ello no implica que la custodia compartida opere de manera automática, sino que en caso de solicitarse por uno de los progenitores la custodia individual deberá realizarse el necesario estudio de los factores que señala la propia normativa y con máximo respeto al principio básico o fundamental e inspirador de la norma que es el beneficio e interés de los hijos menores de edad, tal como indica el art. 76.2 del Código del Derecho Foral en línea con lo proclamado igualmente por el art. 39 CE. LO 1/1996 de 15 de enero sobre protección jurídica del menor, Convención de los Derechos del niño de 1989, Carta Europea de los Derechos del Parlamento de Europa, Ley Aragonesa de la Adolescencia e Infancia y STC 114/1992, 143/1990 y 141/2000 entre otras.

Igualmente en la Sentencia del TSJA de 13/7/2011 se indica expresamente que el legis-

lador aragonés, al promulgar la Ley 2/2010, de 26 de mayo, ha modificado sustancialmente el régimen legal antes existente para los casos de ruptura de la convivencia de los padres, para establecer, de modo preferente, el sistema de custodia compartida respecto de los menores. Así resulta del propio Preámbulo de la Ley 2/2010, del conjunto de sus normas y, especialmente, de los preceptos hoy contenidos en los arts. 75.2 y 76 y 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón (en lo sucesivo, CFA).

Pretende, en primer lugar, propiciar un acuerdo entre los progenitores, mediante una regulación que fomenta el «El pacto de relaciones familiares», inspirado en el respecto a la libertad de pacto del Derecho Foral aragonés, de modo que se atribuye prioridad de la regulación de las relaciones familiares a lo acordado por los padres. Se fomenta este acuerdo, así como la solución del litigio si llegare a producirse, mediante la mediación familiar, que constituye, como expone el mismo Preámbulo, «un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura».

En defecto de estas soluciones de consenso, el legislador establece como preferente el sistema de guarda y custodia compartida: art. 80.2 del CFA, según el cual, El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea mas conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que

deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además a los siguientes factores:

- a) La edad de los hijos.
- b) El arraigo social y familiar de los hijos.
- c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de 14 años.
- d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.
- e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.
- f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.

Por otra parte, para la adopción de la custodia compartida el Juez ha de tener en cuenta el plan de relaciones familiares. Conforme al art. 80.2, el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores. Este plan es trámite necesario, como propuesta del modo de establecer las relaciones familiares a partir del momento de la ruptura, aunque su contenido no es vinculante para el Juez.

En cuanto a la decisión a adoptar, el Preámbulo de la Ley 2/2010 recuerda que «el juez deberá motivar su decisión teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares y los factores a los que se refiere la ley, como la edad de los hijos,

el arraigo social y familiar de los hijos, la opinión de los hijos, la aptitud y la voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos o las posibilidades de los padres de conciliar su vida familiar y laboral».

En el presente supuesto se trata de un menor de 3 años y medio de edad. El informe del gabinete psicosocial adscrito al Juzgado expresamente aconseja que permanezca con cada progenitor en periodos trimestrales o semestrales alternos.

Así mismo, se recomienda un sistema de visitas con el progenitor con el que no conviva consistente en fines de semana desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo y un día entre semana con pernocta. Mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa, Navidad y verano.

Es igualmente necesario indicar que en este tipo de procedimientos tiene relevancia el informe pericial recabado por el juez así lo indican las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 13/7 y 30/9/2011 y STS de 21/7/2011 y 7/4/2011.

También es de destacar, así lo indica el juzgador de instancia, el apoyo de la familia externa en ambos progenitores para la adecuada conciliación laboral con la forma de custodia fijada en la sentencia apelada. No existiendo ningún impedimento en el actor que le impida ejercitar de manera adecuada la custodia con su hija, ni siendo la edad de esta (mayor de tres años) factor exclusivo para la denegación de la guarda y custodia compartida. Por lo expuesto en el presente supuesto la custodia compartida es más beneficiosa para el interés de la menor por lo que se desestima el recurso de la demandada en su petición principal, así como en cuanto al resto de peticiones condicionadas a la concesión a su favor de la guarda y custodia.

La conducta de la madre obstaculizando de forma continua el cumplimiento del régimen de visitas de los hijos con su padre y sus dificultades para mantener a los hijos alejados del conflicto de pareja han sido la fuente principal de sufrimiento para los hijos, lo que ha motivado que la guarda materna inicialmente no se ha revelado como el modelo más beneficioso para los hijos comunes. En la actualidad, y tras el cambio a la guarda paterna, los hijos han experimentado una mejora notable en todos los aspectos psicosociales y académicos.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 23 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Myriam Sambola Cabrer**

El auto dictado en sede de procedimiento de medidas cautelares instado al amparo del artículo 158 CC modifica las medidas establecida en sede de divorcio de fecha 29 de octubre de 2008 dictada por el Juzgado de Primera instancia n.º 1 de Arenys de Mar y atribuye la guarda y custodia de los menores Javier y Raquel al padre, Sr. Donato y establece un régimen de visitas en beneficio de la progenitora no custodia, D.ª Evangelina que detalla en la segunda parte del pronunciamiento y acuerda asimismo la supervisión de la evolución de los menores ante el cambio de régimen de guarda y en punto al cumplimiento del régimen de visitas con apertura de una pieza de seguimiento de visitas, custodia y evolución de los menores.

El recurso que debe ser resuelto ha sido interpuesto por la madre, Sra. Evangelina, quien denuncia error en la valoración de la prueba y en especial de la testifical practicada en las personas de los doctores del Centro de Salud Mental de Calella que cuestiona el criterio y las conclusiones del informe emitido por el SATAF. En adición a lo expresado expone, en esencia, que no existen hechos nuevos posteriores a la sentencia de 29 de octubre de 2008, que la mala relación entre los progenitores no es *ex novo*, que el deterioro del hijo ha sido en parte provocado por la falta de colaboración del padre, instante de la modificación y que ello no supone una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al tiempo del dictado de la sentencia de separación y de la posterior sentencia de modificación de medidas 151/09 cuya vista se celebró al mismo tiempo que la comparecencia de las medidas cautelares 102/2010.

El Sr. Donato se ha opuesto al recurso subrayando que los hijos comunes están en compañía de su padre desde noviembre de 2010 y se han integrado perfectamente al domicilio paterno, cumplen el régimen de visitas establecido y están emocional y psicológicamente estables, por lo que interesa la confirmación íntegra del auto apelado.

El Ministerio Fiscal se ha opuesto al recurso de apelación interesando la confirmación de la resolución apelada.

Los progenitores hoy en litigio formaban una unión estable de pareja en la que nacieron dos hijos, Javier y Raquel, menores de edad. Para mayor claridad en la resolución de la cuestión debatida merecen ser consignados los hechos siguientes:

1.º El 29 de octubre de 2008 se dictó sentencia en la que se atribuyó la guarda de los hijos menores a la madre estableciendo un régimen de visitas estándar para el padre. La referida sentencia fue objeto de recurso de apelación, del que ha conocido la Sección 18 de esta Audiencia Provincial con el dictado de la sentencia de fecha 29 de julio de 2011 en la que no se efectuó pronunciamiento alguno acerca de la guarda y custodia al haber recaído auto de 25 de octubre de 2010 que supera la petición de guarda y custodia compartida formulada por el Sr. Donato en aquel procedimiento.

2.º De forma paralela a la sustanciación de aquella apelación se inició procedimiento de modificación de medidas 151/09 a instancias de la Sra. Evangelina quien solicitaba restricción del régimen de visitas paternofamiliar establecido en la sentencia de 29 de octubre de 2008 a la

que se opuso el Sr. Donato sin pretender en ese proceso cambio del modelo de guarda. Tampoco el Ministerio Fiscal.

3.º Con posterioridad y siguiendo el procedimiento 151/09 su curso, el 22 de julio de 2010, el Sr. Donato presentó demanda de medidas cautelares urgentes al amparo del artículo 158 CC y a la vista del contenido del informe del SATAF de 8 de julio de 2010 en el que se recomienda no sólo no restringir las visitas del padre sino sustituir la guarda materna por la guarda paterna.

4.º El juzgado de Primera Instancia señaló el mismo día, 2 de septiembre de 2010 para la vista del procedimiento de modificación y para la comparecencia de las medidas cautelares interesadas. El 18 de octubre de 2010 se dictó sentencia en el procedimiento de modificación desestimando la pretensión de restricción de la relación paterno filial, sentencia que no ha sido objeto de recurso de apelación y el 25 de octubre se dictó auto resolviendo la petición cautelar y acordando como ya se ha dicho la guarda paterna con seguimiento del CSMIJ de Calella.

5.º Al rollo se han incorporado, de una parte, el informe del SATAF de 28 de abril de 2011 en el que se valora de forma positiva el cambio de guarda, y de otra, los informes de seguimiento del CSMIJ de fechas 17 de junio de 2011 y 17 de julio de 2011, obrantes en la pieza de seguimiento del sistema de custodia, en los que se pone de manifiesto la mejoría de los hijos, en especial de Javier.

El primero de ellos señala que los menores están acudiendo al centro desde el 6 de mayo de 2011 y tras dos visitas individuales con el niño y una con la niña más otra con el padre concluye que el régimen de visitas acordado se está cumpliendo. Subraya que la intervención con Javier es más compleja que la de Raquel. En el informe de 17 de julio se valora una notable mejora del estado anímico de Javier quien presenta un buen funcionamiento psicosocial y académico, pese a mantener un rechazo por la conducta del padre al abandonar el hogar conyugal para estar con otra mujer.

La cuestión aquí controvertida se ciñe al modelo de guarda que mejor tutela el interés de los hijos comunes menores de edad.

La atribución de la guarda no significa asignar de modo exclusivo el ejercicio de la potestad parental al progenitor convivente pues éste sigue siendo conjunto como expresamente señala el vigente artículo 233.8 CCAT siguiendo el cánón interpretativo contenido en el Preámbulo de la ley. La guarda tan sólo implica el cuidado y la atención de los menores de forma directa y habitual a través de la convivencia. Y en este sentido vaya por delante que el modelo escogido no da al progenitor guardador mayor capacidad de decisión sobre la vida del hijo ni correlativamente comporta pérdida de funciones parentales para el progenitor no guardador. Las funciones de guarda se circunscriben a las propias de la convivencia y están directa y exclusivamente relacionadas con el cuidado físico, el deber de corrección y el establecimiento diario de hábitos y pautas educacionales.

En el proceso para la determinación del mejor modelo de guarda deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes que deben ser valoradas atendiendo al superior interés del menor al que hace expresa referencia el artículo 82 CF vigente al tiempo de presentarse la demanda que se resuelve y también los vigentes artículos 233.10.2 y 233.11 CCCAT pues la guarda se establece en interés de los hijos, no de los progenitores debiendo escogerse aquel modelo que mejor proteja o tutele el interés de los hijos comunes. (STS 27 de septiembre de 2011).

En este caso el auto apelado consigna con acierto y claridad la conflictividad extrema que existe entre los progenitores, su gravedad y directa incidencia en los hijos comunes, puesta de manifiesto por los profesionales que han intervenido (Dra. Lorena y Dra. Pilar). También señala la abundante litigiosidad concretada en las numerosas denuncias presentadas por la recurrente contra el Sr. Donato y subraya la conducta obstructiva de la Sra. Evangelina obstaculizando de forma continua el cumplimiento del régimen de visitas de los hijos con su padre. Asimismo destaca el contenido del informe psicosocial de fecha 8 de julio de 2010 emitido por el SATAF en el que no solo se desaconseja restringir el régimen de visitas de los hijos con su padre sino que se recomienda convertir al padre en figura custodia por velar de forma más ajustada por el interés de los menores.

Las citadas conclusiones se reiteran en el informe trimestral del SATAF de fecha 28 de abril de 2011 obrante al rollo y en el que se recoge la buena adaptación de los hijos al cambio de guarda y se constatan las dificultades maternas para mantener a los hijos alejados del conflicto de pareja lo que ha sido precisamente la fuente principal de sufrimiento para los hijos, especialmente para Javier. EL SATAF propone incluso la reducción de las visitas intersemanales con la madre.

La situación de hecho descrita en el auto apelado y la conclusión allí alcanzada se mantiene pues en la actualidad; la guarda materna inicialmente acordada tras la ruptura de los progenitores no se ha revelado como el modelo más beneficioso para los hijos comunes que entraron a muy corta edad en una espiral interminable de intervenciones terapéuticas que no han procurado mejora alguna. Durante el periodo de guarda materna los hijos han estado situados en el centro del conflicto parental lo que les ha producido un intenso sufrimiento emocional, especialmente a Javier, y les ha afectado negativamente al

desarrollar un rechazo cada vez más estructurado a la figura del padre.

En la actualidad y tras el cambio a la guarda paterna, según consta documentado en la pieza de seguimiento que ha sido incorporado al rollo, los hijos han experimentado una mejora notable en todos los aspectos psicosociales y académicos, esto último según información recabada por el SATAF de los tutores y la directora del centro escolar.

También se constata que en la actualidad la relación con ambos progenitores se produce dentro de un marco de normalidad como se recoge en el primer informe emitido por el CSMIJ, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto y mantener la medida acordada en sus propios términos. Y ello sin perjuicio de lo que deba resolverse en el procedimiento principal que necesariamente debe sustanciarse al amparo del artículo 775 LEC e instarse en un plazo no superior a los tres meses del dictado de la presente resolución que tiene carácter provisional por la propia naturaleza del proceso seguido.

La conflictividad solo puede servir de freno a la custodia compartida en caso de que sea extrema (existencia de malos tratos), sin que pueda desecharse este modelo de custodia frente a cualquier grado de conflictividad, pues bastaría que cualquiera de los progenitores se encastillase en evitar cualquier relación o comunicación con el otro para luego utilizar tal circunstancia como pretexto de oposición a la guarda conjunta.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Salinero Román**

En el segundo motivo la parte expone que no se dan los requisitos de la custodia compartida porque no es el régimen más adecuado para el interés de las menores. Destaca en esencia el importante nivel de conflicto entre los progenitores y el error judicial en la valoración del informe emitido por el equipo psicosocial porque el régimen de custodia compartida con entrada y salida de los progenitores en el domicilio conyugal puede ser una fuente de conflictos. Anudada al motivo examinado plantea la cuestión del uso de la vivienda familiar y entiende que debe asignarse el uso a la madre porque el padre dispone de

otro domicilio en el que el matrimonio residió antes de adquirir la vivienda actual.

Sobre la inconveniencia de la adopción del régimen por el nivel de conflicto entre los progenitores la Sala no puede más que expresar el rechazo del motivo. La conflictividad del caso deriva solo de la falta de comunicación y de acuerdo de los padres sobre el régimen de custodia compartida. La conflictividad solo puede servir de freno en supuestos de que sea extrema como los casos de malos tratos, sin que la custodia compartida pueda desecharse frente a cualquier grado de conflictividad pues bastaría

que cualquiera de los progenitores se encastilla-se en evitar cualquier relación o comunicación con el otro para luego utilizar tal circunstancia como pretexto de oposición a la guarda conjunta presentándose como el más adecuado para detentarla en exclusiva. No se compadece esa oposición al régimen de custodia fijado en la sentencia apelada cuando la propia parte apelante solicita un amplio régimen de visitas y además ha existido un gran contacto del padre, nacida ya la crisis, con las menores debido a los horarios de trabajo de la apelante.

El conflicto entre los padres no lo es para las niñas como dicen las integrantes del equipo psicosocial.

Una conflictividad normal entre los padres, que se produce en la mayor parte de los supuestos de crisis matrimonial, debe ceder ante el derecho básico de los hijos de mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y en el derecho deber de los padres de ocuparse de la crianza y educación de los hijos en el ejercicio de la autoridad familiar pues dicha relación continuada permite o debe hacerlo una mejor aceptación de la situación familiar por parte de los hijos en la que ambos padres se impliquen de manera efectiva en todos los aspectos de su educación y desarrollo reduciendo en la medida de lo posible la litigiosidad que provoca en ocasiones el otorgamiento de la custodia a uno solo de ellos. Tiene como ventajas el régimen cuestionado la de facilitar la comunicación de los padres con los hijos y de los padres entre sí para que se produzca un reparto equilibrado de cargas derivadas de la relación paterno filial como algo natural y no como algo eventual o accidental. El interés prevalente ha de ser el del menor. En relación con tal factor y la concurrencia de los requisitos necesarios para su valoración la dificultad se ha mostrado, como señalan las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009 o de 11 de marzo de 2010, en que se trata de un concepto jurídico indeterminado sostenido en una cláusula demasiado abierta de manera que se hace difícil en ocasiones concretar y determinar en qué consiste ese interés en cuanto que en

nuestro ordenamiento jurídico y en nuestro Código Civil, a diferencia de lo que ocurre en otros como el francés o el inglés, no se 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 tomar la decisión sobre la custodia conjunta. Las dos sentencias se preocupan de resaltar una serie de criterios que se están utilizando en el derecho comparado y que pueden ser utilizados y aplicados en el nuestro, tales como la práctica anterior de los padres en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores; el número de hijos; el cumplimiento por 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 cualesquiera otros que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se desarrollaba cuando los progenitores convivían. Entre ellos se menciona, como se acaba de exponer el de los deseos manifestados por las menores. En relación con este factor el equipo psicosocial, cuando comparece ante el Juzgado, hace hincapié en que la niña de más edad es la que más está sufriendo la situación pero refieren las integrantes del equipo, después de la valoración de las menores, que la mayor comparte mucho tiempo con el padre y que quiere estar con los padres. En cuanto el régimen de custodia compartida facilita ese contacto deseado por la hija debe considerarse como un especial factor a proteger y de ahí la ventaja de mantenerlo en interés de las menores. La actitud del padre en sus relaciones con las niñas y sus aptitudes personales para desempeñar su labor de guarda son idóneas según resulta del informe emitido por el equipo de peritos. Como también son idóneas las cualidades de la madre. Los dos presentan una buena alternativa de guarda y custodia.

RÉGIMEN DE VISITAS

Las dolencias que padece la menor la hacen desestabilizarse ante la situación de estrés con que vive las visitas con su madre, presentando después de esos contactos episodios de autolesiones, llanto y problemas de sueño, lo que no se está revelando como beneficioso para la menor, de ahí que proceda su suspensión. La menor cuenta con dos años de edad y vive con su abuela paterna, a la que se le atribuyó judicialmente su guarda y custodia. Sus padres padecen retraso mental y tienen reconocida una discapacidad superior al 40% cada uno.

AP Zaragoza, Sec. 2.^a, Auto de 27 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María Elia Mata Albert**

Recorre D.^a Ana María el Auto de 31 de Marzo de 2011 que estipula entre la menor, Ana-María, y su madre, Ariadna, unas visitas de una hora todos los sábados de 19 a 20 h. en las instalaciones de PEF, pudiendo valorar los técnicos del mismo la duración de la visita, suplicando su revocación y se decrete la suspensión provisional de dichas visitas hasta que no mejore el estado de salud de la menor, o, subsidiariamente, de mantenerse esa visita semanal se realice sin la presencia de la familia materna

D.^a Ariadna impugna la Sentencia suplicando una ampliación de esas visitas a sábados y domingos alternos, pudiendo estar acompañada en ellas por los abuelos maternos de la niña, y se valore que puedan desarrollarse fuera del Centro del PEF.

Alega, sustancialmente, la recurrente, que las dolencias que padece Ana María, le hacen desestabilizarse ante la situación de estrés con que vive las visitas con su madre, acudiendo a ellas llorando, sin que exista un verdadero acercamiento hacia su madre y menos hacia la familia materna, presentando después de esos contactos episodios de autolesiones, llanto y problemas de sueño, lo que no se está revelando como beneficioso para la menor, de ahí su petición de suspensión.

La menor, Ana-María, cuenta con dos años de edad y vive con su abuela paterna, a la que se le atribuyó judicialmente su guarda y custodia. Sus padres padecen retraso mental y tienen reconocida una discapacidad superior al 40% cada uno.

La niña presenta una discapacidad de un 33%, con Grado II de dependencia, presentando retraso psicomotor, en la adquisición y desarrollo del lenguaje, trastorno de conducta, hiperactividad con autolesiones y trastornos de sueño, luxación congénita de caderas, insuficiencia aórtica, variante de Dandy-Walker, estando todavía en periodo de diagnóstico de otras dolencias, acudiendo a periódicas revisiones de genética, neurología, psicología y endocrinología, en los Servicios Públicos de Salud requiriendo cuidados especiales y permanentes.

La madre de la menor, Ariadna, presenta dificultades de expresión verbal y de orientación temporal, requiriendo supervisión de terceras personas para realizar las actividades de la vida diaria y carece de capacidad para ejercer autónomamente su función de madre.

La relación entre la familia materna (abuelos) y la paterna es muy conflictiva.

Las visitas entre la menor y la madre y abuelos maternos se han desarrollado de forma traumática, sin establecimiento de relación entre la hija y la madre, presentando la menor numerosos episodios de crisis de ansiedad tras las mismas, hasta el punto de recomendar los técnicos del PEF la aportación de informes médicos de la niña para valorar la influencia de esos contactos y poner de relieve (informe de Noviembre de 2010) la necesidad de que las visitas se realicen en unas condiciones mínimas de bienestar que hasta entonces no han existido, pese a la colaboración de los implicados.

Ahora, en informe aportado en esta alzada del PEF de Noviembre de 2011, se refiere que

desde Octubre de este año 2011, al acudir la menor al Centro e indicarle que tiene que irse con su madre, entra en llanto, que se prolonga durante 40 ó 45 minutos.

Los hechos que anteceden revelan la existencia de una situación ciertamente muy grave para una menor que, por sus dolencias, no sólo debe hacer frente a continuas asistencias y tratamientos médicos sino, además, a unas situaciones forzadas que escapan de su limitada comprensión y alteran su estabilidad personal con contactos con personas afectadas también de importantes y severas limitaciones (madre y abuelos maternos).

Es evidente que la ampliación de visitas solicitada por la madre no es en absoluto viable.

En cuanto a todo lo expuesto, es claro que las visitas instauradas no están favoreciendo el desarrollo de la menor en todos los órdenes, exacerbando su irritabilidad y generándole ansiedad, por lo que su mantenimiento no se estima adecuado ni beneficioso para ella, por lo que deben suspenderse hasta en tanto los facultativos que la tratan aconsejen su reanudación valorando la ausencia de inconvenientes y riesgos para la niña, en atención a la protección de su prioritario interés y a que las visitas son un derecho de los menores que no puede supeditarse a meras conveniencias o intereses de los progenitores o los abuelos en este caso.

En suma, debe acogerse el recurso de la abuela paterna.

Se acuerda la suspensión del régimen de visitas ordinario al constatarse las reticencias de la menor a pernoctar con su padre, habiéndose agravado la situación, lo que puede influir muy negativamente en el desarrollo de la menor. En el informe pericial se indica que el padre no atiende las necesidades emocionales de la niña ni incluso a las físicas, indicadores que según los expertos podían corresponderse a una situación de maltrato emocional.

AP Guadalajara, Sec. 1.ª, Auto de 23 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María del Carmen Martínez Sánchez**

Como bien dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de septiembre de 2010: «la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, y de conformidad con la normativa internacional, a la sazón, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1959, que proclama que el niño, entre otros derechos, tiene el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad; la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967, establece que en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a la custodia de estos, en caso de divorcio, nulidad y separación», de manera que lo que realmente prima en este tipo de cuestiones es el interés del menor en un intento de protegerle de cualquier posible situación que pudiera perjudicarlo por encima de cualquier otro. Y así con fecha 22 de marzo de

2010 se recibe del Punto de Encuentro Familiar informe de seguimiento en el que se propone la suspensión del régimen de visitas ordinario establecido a favor de don José Ignacio, aconsejando el establecimiento de un régimen de visitas supervisado, lo que se acuerda a la vista de que ya se habían constatado las reticencias de la menor a pernoctar con su padre, y en ese momento la situación se había agravado, lo que podía influir muy negativamente en el desarrollo de la menor, lo que se constata en el informe en el que se expresa que el padre no atiende no sólo a las necesidades emocionales de la niña sino inclusive a las físicas, indicadores que según los expertos podían corresponderse a una situación de maltrato emocional, lo que evidentemente propicia la actuación urgente del Juzgado al amparo del art. 158 CC, y siempre en interés de la menor, y el éxito de la modificación de la medida se constata en un nuevo informe del Punto de Encuentro de 25 de abril

de 2010 en el que se hace constar que la menor evoluciona favorablemente en el sentido de que se muestra más tranquila y confiada, y parece más segura atreviéndose a plantearle a su padre los aspectos de la relación que la incomodan, con lo cual simplemente este informe avala la corrección de la adopción de la medida adoptada el 26 de marzo de 2010, y que inclusive se mostraría incompatible con esa situación, por otra parte carente de cualquier sustento probatorio, de intervención del ámbito emocional de la menor, ya que se constata una evolución favorable en la misma, no ofreciéndose por parte del recurrente motivo alguno que nos haga pen-

sar en la tergiversación de hechos recogida en el informe del Punto de Encuentro no desvirtuado y emitido por especialistas en constatar y efectuar seguimientos de estas situaciones, aparte del simple control, y siendo también una mera elucubración, tampoco constan datos objetivos, esa «estrategia de la madre» que describe. Con lo que la decisión adoptada en su momento fue correcta y en consecuencia debe mantenerse a la espera de nuevos informes del Punto de Encuentro que puedan suponer el necesario mantenimiento o inclusive una modificación de la medida, y siempre, insistimos, en beneficio de la menor.

Se pretende la suspensión del derecho de visitas por unos presuntos abusos sexuales sufridos por el menor pero ha de tenerse en consideración que estos hechos no se realizaron por el progenitor no custodio, sino por un menor de edad, de unos trece o catorce años, primo del menor, que no reside en el mismo domicilio en el que se desarrollan las visitas, por lo que no existe base que justifique con carácter urgente y excepcional la suspensión del régimen de visitas.

AP Sevilla, Sec. 2.^a, Auto de 21 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Rafael Márquez Romero**

Como hemos declarado en reiteradas ocasiones cualquier medida que se adopte respecto de los hijos menores del matrimonio ha de venir condicionada por la perspectiva que permita dilucidar qué sea más favorable para el menor («favor filii»), siendo reiterada la jurisprudencia que declara que el derecho de los menores de relacionarse con su progenitor no custodio no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos. Este derecho sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor, (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Abril de 1991, 19 de Octubre de 1992, 22 de Mayo y 21 de Julio de 1993) pues el Artículo. 160 del C.C. en cuanto establece el derecho del padre o de la madre a relacionarse

con sus hijos es precepto imperativo al declarar que no podrán impedirse o limitarse las relaciones personales sin justa causa y, en el presente caso se pretende la suspensión del derecho de visitas por unos presuntos abusos sexuales sufridos por el menor pero ha de tenerse en consideración que estos hechos, ocurridos en el mes de abril de 2011, fueron denunciados y se siguen actuaciones penales en investigación de los mismos, que fue denunciado como autor de estos hechos, no el progenitor no custodio, sino un menor edad, de unos trece o catorce años primo de Máximo, que no reside en el mismo domicilio en el que se desarrollan las visitas no se acredita la concurrencia de circunstancias que justifiquen con carácter urgente y excepcional la suspensión del régimen de visitas solicitada al amparo de lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil.

Ambos hijos, hoy de 16 años de edad, muestran una clara oposición hacia su padre y hacia la posibilidad de mantener cualquier tipo de relación con él, por lo que en casos como el de autos no parece aconsejable la fijación de un régimen de visitas concreto, dejando que los contactos entre padre e hijos se desarrollen conforme a la voluntad de los propios hijos, debiendo no obstante establecerse un primer contacto entre aquellos, en el Punto de Encuentro Familiar de Zaragoza y con la asistencia y supervisión de los técnicos de dicho Centro, en la que puedan los menores conocer el estado y actitud de su padre hacia ellos y decidir en función de ello si desean mantener nuevos contactos con él.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Acin Garos**

El actor solicita A) se establezca durante un periodo mínimo de un año un régimen de visitas de obligado cumplimiento a su favor, con periodicidad de un día a la semana —martes a falta de acuerdo— o de dos días si se mantiene la periodicidad quincenal —martes y jueves a falta de acuerdo—, respetándose la actividad de jota que ambos menores desarrollan los lunes y miércoles por la tarde, debiendo realizarse dichas visitas en el PEFZ, con la asistencia y supervisión de los técnicos de dicho Centro y con la duración que estimen conveniente en dicho momento; y B) la reducción a 436,91 euros de la pensión señalada en el divorcio, ascendente a 636 euros en el momento de la sentencia.

La demandada, por su parte, pide se deje sin efecto el régimen de visitas establecido a favor del padre, mínimo y de obligado cumplimiento entre seis meses y un año, de modo que los contactos entre padre e hijos se desarrollen según la voluntad de los segundos.

El régimen recurrido prevé que durante un periodo mínimo de seis meses y máximo de un año, los hijos, Marta y Fernando, mellizos, hoy de 16 años de edad, permanezcan con su padre una tarde cada dos semanas, que en caso de desacuerdo serán los miércoles, en el Punto de Encuentro Familiar, con el apoyo de los técnicos del Centro y con la duración que estos consideren conveniente en atención a la evolución de la relación paterno filial, quedando luego las visitas a la libre voluntad de padre e hijos.

Ambos hermanos muestran una clara oposición hacia su padre y hacia la posibilidad de

mantener cualquier tipo de relación con él, presentando los dos una imagen paterna altamente negativa, caracterizada por la desatención y por la ausencia de interés e implicación del padre hacia ellos, lo que ha ido deteriorando progresivamente el vínculo paterno-filial en la perspectiva de los menores. En sus respectivas exploraciones —10-6-2011— manifestaron que las relaciones con su padre son muy malas; que les llamó por teléfono con motivo de las fiestas de su pueblo —agosto 2010—; que la última vez que lo vieron fue en octubre; que el día de su cumpleaños les llamó por teléfono; y que su deseo es ser ellos quienes decidan libremente cuándo relacionarse con su padre.

Sobre tales bases, la Trabajadora Social dice que las visitas podrían ser a conveniencia y deseo de los menores, pero que con la finalidad de favorecer el acercamiento cabría establecer un mínimo de obligado cumplimiento, que podría ser cada dos semanas. Recomendación a la que responde el régimen recurrido.

La Psicóloga, por su parte, aconseja que se deje a los hijos en libertad para acudir con su padre y mantener relación con él cuando surja en ellos tal deseo, como un elemento propio de su desarrollo psicoevolutivo y de su proceso de maduración personal, pero a la vista del reconocimiento por parte del padre de su responsabilidad en la situación actual, lo que constituye un factor favorable en la posibilidad de una recuperación de la relación paterno-filial, recomienda que se establezca un primer contacto entre los menores y su padre, en un punto de encuentro familiar, para que de manera supervisada y con

el apoyo de los técnicos del mismo, puedan los menores conocer el estado y actitud de aquel hacia ellos y decidir en función de ello si desean mantener nuevos contactos con él. Solución a la que se estará en la parte dispositiva, pues en casos como el de autos, como esta Sección declaraba en SAP 23-7-10, no parece aconsejable el mantenimiento estricto de un régimen de visitas, en cuanto una adecuada relación entre

progenitor no custodio y adolescente se desarrolla mejor en un clima flexible y de libertad de comunicación que acudiendo a la judicialización e imposición coactiva de las visitas; pero, siendo deseable que el padre haga participe a sus hijos de la citada actitud de reconocimiento de responsabilidades, deben apurarse las posibilidades de recuperación de los vínculos y de una relación normalizada.

Las hijas deben pernoctar en el domicilio del padre las noches que la madre tenga trabajo, pues se considera como la opción más adecuada al interés y beneficio de las menores.

AP León, Sec. 2.^a, Sentencia de 19 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Muñiz Díez**

La demandante impugna varias de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio, entre ellas, como queda dicho, la cuantía de la pensión de alimentos de las hijas impuesta a cargo del padre, que interesa sea incrementada a la cantidad de 300,00 euros mensuales para cada hija, y el régimen de visitas de las menores establecido a favor del padre, concretamente en cuanto a que las menores hayan de pernoctar en el domicilio paterno las noches que la madre tenga trabajo.

Las medidas que ahora se impugnan responden al acuerdo logrado entre los progenitores en el acto de la vista, tal como aparece recogido en el acta de la misma, pero es que, además, y en cuanto a la pensión alimenticia se refiere, los datos que debemos tener en cuenta para valorar la situación económica de los progenitores para la determinación de la pensión de alimentos de las hijas comunes, Aurelia y Esperanza, de 15 y 10 años de edad en la actualidad, y que son las siguientes: el demandado, como brigada del ejército, tiene unos ingresos mensuales en torno de los 1.980,00 euros, más pagas extraordinarias; los de la madre, que trabaja como enfermera interina, ascienden en torno a los 1.800,00 euros mensuales, debiendo soportar ambos progenitores las cargas hipotecarias de los prestamos de

Nova Caixa Galicia y Caja España, y la mitad de los gastos extraordinarios de las hijas, nos llevan a concluir que la pensión de alimentos fijada a cargo del padre, por importe de 250,00 euros mensuales para cada una de las hijas, resulta ajustada y ponderada a las circunstancias concurrentes por lo que debe ser mantenida en la cuantía señalada sin otra precisión que declarar que la misma deberá ser actualizada anualmente en atención a las variaciones que experimente el IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya y ello con el fin de mantener el poder adquisitivo de la prestación alimenticia.

Finalmente, y en lo que hace a la medida acordada relativa a que las hijas deban pernoctar en el domicilio del padre las noches que la madre tenga trabajo se considera como opción más adecuada al interés y beneficio de las menores, conforme el principio de *favor filii*, que reiteradamente ha recogido la jurisprudencia como principio rector de las medidas que se establezcan en relación a los menores en los casos de separación, nulidad matrimonial o divorcio, frente a la planteada por la esposa de quedar aquellas al cuidado de otros familiares, por lo que también debe ser mantenida.

VIVIENDA FAMILIAR

En el convenio regulador no se dice que la atribución del uso se extinguirá solamente si la recurrente contrae nuevo matrimonio o vive maritalmente con otra persona, sino que tendrá lugar en uno u otro supuesto, de lo que no cabe colegir que queden excluidas otras posibles causas de cese de un uso que es derecho por naturaleza provisional y temporal.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Acin Garos

En lo que se refiere al uso de la vivienda familiar, insiste la recurrente en que ambas partes estipularon en el convenio de su separación —22-12-03— que la atribución del uso de la vivienda se extinguiría si D.ª Carmela contraía nuevo matrimonio o vivía maritalmente con otra persona, y que por ello, no estándose aquí en ninguno de esos supuestos, el convenio debe permanecer invariado, con subsidiaria ampliación a dos años del plazo de seis meses por el que la sentencia extiende la atribución del uso.

El convenio regulador no dice que esta atribución se extinguirá solamente si la recurrente contrae nuevo matrimonio o vive maritalmente con otra persona, sino que tendrá lugar en uno u otro supuesto. De lo que no cabe colegir que queden excluidas otras posibles causas de cese de un uso que es derecho por naturaleza provisional y temporal (arts. 91 y 96 CC y art. 81.3 CDFA).

El art. 96.3 CC. dispone que, no habiendo hijos —situación no contemplada en el art. 81 del Código de Derecho Foral de Aragón, a la que es asimilable el caso de que los existentes sean mayores de edad y tengan ingresos propios, vd STS 23-11-98— «podrá acordarse que el uso de tales bienes» —vivienda familiar y objetos de uso ordinario existentes en la misma— «corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección», pero «por el tiempo que prudencialmente se fije». Y bajo tal pauta, la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales viene declarando que, salvo casos realmente excepcionales, entre los que no está el de autos, en ausencia de hijos comunes o cuando éstos sean independientes económica-

mente, la atribución a uno de los cónyuges del uso del que fuera domicilio común no puede prorrogar de forma indefinida su vigencia, pues entonces, el derecho de quien conforme al art. 96 ha de merecer una protección preferente entraría en colisión con los legítimos derechos que al otro consorte puedan corresponder sobre el referido inmueble, no tanto en cuanto a su uso, como en lo que respecta a su disposición mediante operación conducente a la efectiva liquidación del patrimonio.

En el caso, el uso de la vivienda y ajuar familiar se atribuyó a esposa e hijos en los términos que resultan de la cláusula primera del convenio regulador, hay que entender que en función de la convivencia del hijo mayor de edad, pero dependiente económicamente —el otro ya gozaba por entonces de autonomía económica, pues ninguna pensión se estipuló en su favor— y de lo dispuesto por el art. 96.1 CC, que no habla de hijos menores de edad, sino de los hijos y del cónyuge en cuya compañía queden. Ese hijo conviviente ha cumplido ya 32 años y es también independiente económicamente, tal y como lo admite la demandada, que en su contestación solicita se declare extinguida la pensión en su favor. Lo que implica el decaimiento del uso atribuido, una vez cesada su vinculación al entorno familiar.

En ese marco, atribuido a la esposa el uso de la vivienda en el convenio aprobado por la sentencia de divorcio —2-2-04—, ha transcurrido ya un tiempo —casi 7 años— que ha cumplido la finalidad perseguida por la resolución judicial, por lo que, debe cesar la obstaculización a los derechos del Sr. Víctor Manuel y dejarse sin efecto el uso atribuido, con la concesión a

la esposa de un plazo prudencial que, considerando la Sala excesivamente ajustado el de seis meses señalado en la instancia, se amplía a 12, al

cabo de los cuales deberá dejar libre la vivienda para proceder a su venta y reparto del importe obtenido.

Aunque se estima la demanda de impugnación del reconocimiento de paternidad y se dejan sin efecto las medidas paterno-filiales adoptadas en el divorcio, no procede dar por extinguida la atribución del uso de la vivienda familiar, pues se otorgó a la esposa en unión de los hijos.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Jover Coy**

D. Alberto interpuso demanda de Juicio Declarativo Especial ejercitando acción de impugnación de reconocimiento de filiación solicitando que se declarara la nulidad del reconocimiento realizado por el actor de su paternidad en relación con el menor Mario y que D. Alberto no es el padre biológico del menor, condenando a D.ª María Cristina a estar y pasar por ello, y ordenándose la cancelación en el Registro Civil de Cartagena del apellido paterno.

Igualmente solicitaba la representación del actor que se dejaran sin efecto las medidas definitivas acordadas en sentencia de 20 de febrero de 2009 en el procedimiento de Divorcio de mutuo acuerdo n.º 37/2008 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Cartagena.

Para ello alegaba la representación del actor que tras la realización de una prueba biológica de paternidad, se había acreditado que el menor Mario no era hijo suyo, porque el patrón genético obtenido de las muestras analizadas no era compatible con la paternidad del Sr. Alberto.

El Juzgado de Violencia sobre la mujer dictó sentencia estimando la demanda y además de declarar la nulidad del reconocimiento realizado por D. Alberto, con los efectos correspondientes, dejó sin efecto las medidas definitivas establecidas en la sentencia de divorcio de 20 de febrero de 2009, incluyendo la atribución del uso de la vivienda conyugal.

Mediante el recurso de apelación interpuesto, pretende la representación de D.ª María

Cristina que se revoque parcialmente la sentencia apelada y se dicte otra dejando sin efecto el pronunciamiento relativo al uso de la vivienda conyugal y el relativo a las costas.

Respecto a la vivienda conyugal, situada en La Palma, c/ [...] n.º [...], se atribuyó a la esposa en el procedimiento de Divorcio de Mutuo Acuerdo n.º 37/2008, y para modificar dicho pronunciamiento hubiera sido necesario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, acreditar que el interés de D. Alberto era el más necesitado de protección, valorando la situación económica y patrimonial de cada uno de los esposos, las personas que se verían obligadas a salir de la vivienda familiar, la posibilidad de contar con otra vivienda que cubra las necesidades de alojamiento, la situación personal y laboral de cada uno de los afectados, el título de ocupación de la vivienda, etc.

Tal acreditación, en virtud de lo preceptuado en el artículo 217 de la Ley de Enjuic. Civil correspondía al actor, y es evidente que no se ha producido, puesto que la sentencia apelada se basa únicamente en el resultado de la prueba biológica.

En consecuencia, al no haberse acreditado que el interés de D. Alberto sea el más necesitado de protección, procede estimar en este punto el recurso de apelación, que tampoco sería viable por afectar el pronunciamiento sobre el uso de la vivienda a un tercero y tener que seguirse dicha cuestión en juicio de diferente tipo.

El hecho de que se haya acordado el régimen de custodia compartida no determina la inaplicación de lo dispuesto en el artículo 96 del CC. La madre tiene mayores dificultades, en función de sus ingresos, para el alquiler o adquisición de otra vivienda donde residir en los períodos en los que el menor conviva con el padre, por lo que no es procedente acordar el uso conjunto.

AP Murcia, Sec. 4.^a, Sentencia de 22 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Martínez Pérez**

El primer motivo se refiere a la atribución del uso de la vivienda familiar, solicitándose que se establezca que el uso de la vivienda familiar corresponde a ambos cónyuges en función del régimen de custodia compartida o, subsidiariamente, que se atribuya el uso al apelante por ser el interés más necesitado de protección. En cuanto a este motivo se alega error en la apreciación de la prueba, discrepándose de lo razonado en instancia, haciéndose mención a los ingresos de la demandada, Sra. Angélica; que se ha partido de una premisa equivocada al aceptarse como ciertos los ingresos reconocidos por la demandada, haciéndose también alegaciones en cuanto al hecho tenido en consideración, relativo a que el padre viva en las inmediaciones de la vivienda familiar, pues esta premisa es equivocada y que la custodia compartida conlleva el que no se efectúe una atribución exclusiva del uso de la vivienda familiar.

La sentencia recurrida atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre y a la hija. Se indica que el uso de la vivienda familiar se ha de atribuir al interés más necesitado de protección, y que en este caso procede hacerlo en favor de la madre en vista la disparidad de ingresos respecto del padre, quien ha percibido más de 80.000 brutos en el año 2010, frente a un muy escaso trabajo de la madre como abogada, que le reporta cantidades netas irrisorias al lado de las que cobra el padre. Se indica que en vista de la mala relación entre los padres no parece posible un uso compartido de la vivienda, sin aumentar el

conflicto, a lo que se añade que el padre, según indica la menor en su exploración, vive en las inmediaciones, por lo que no parece que esta decisión perjudique a la hija.

Que el anterior motivo debe desestimarse, manteniéndose lo acordado en cuanto a la atribución de uso de la vivienda familiar a Doña Angélica y a su hija, pues en efecto se considera que la madre de la menor tiene un interés más necesitado de protección, conclusión ésta que se deduce de un hecho evidentemente significativo, cual es la diferencia sustancial de ingresos de las partes litigantes, mucho mayores los del actor y apelante, como resulta de las declaraciones del IRPF aportadas, debiéndose indicar, en relación con lo alegado en el recurso, que en la declaraciones realizadas conjuntamente, el apelante se mostró conforme con los ingresos declarados por su cónyuge. El hecho de que se haya acordado el régimen de custodia compartida no determina la inaplicación de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, ello teniendo en consideración que la menor debe convivir con la madre durante el período fijado en el régimen de custodia compartida y que la Sra. Angélica tiene mayores dificultades, en función de sus ingresos, para el alquiler o adquisición de otra vivienda en los períodos en que la menor permanezca con el padre, en el caso de que se atribuyera el uso de la misma a ambos progenitores, circunstancia esta por la que no hay lugar a acordar el uso de la vivienda familiar por ambas partes en función del régimen acordado de custodia compartida.

El compartir el domicilio conyugal en la custodia compartida se contempla en el presente caso como una medida transitoria hasta la liquidación de la sociedad conyugal.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Salinero Román**

Sobre el inconveniente que reseña la recurrente acerca de los conflictos que puede generar la entrada y salida de los progenitores del domicilio para cuidar de las niñas hay que aceptar que es cierto que los puso de relieve el equipo psicossocial pero no en los exactos términos que los plantea la recurrente. Las dos integrantes del equipo lo afirman pero siempre que se produzca con carácter indefinido. Las integrantes del equipo, pese a ello, siguen aconsejando el régimen de custodia compartida como el más conveniente en el caso concreto porque además han partido del escenario, puesto de manifiesto por los propios litigantes al equipo, de que tenían intención de vender la vivienda común

y la rotación de las niñas, liquidada la sociedad ganancial, se produciría entre los nuevos domicilios de ambos progenitores. Por tanto el compartir el domicilio conyugal se contempla como una medida transitoria hasta la liquidación de la sociedad conyugal. La otra cuestión de la asignación del domicilio familiar a la esposa carece de razón de análisis cuando ya hemos argumentado sobre lo adecuado de la custodia compartida en la forma establecida en la sentencia que además pone límite temporal al uso de la vivienda en la forma criticada con lo cual se previenen los conflictos que puedan derivarse de la alternancia en el uso de la vivienda.

La vivienda alternativa propuesta por el ex marido no fue aceptada por la esposa ni puede aquél jurídicamente imponer tal cambio, independientemente de que se trate de un piso moderno en la misma localidad.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Fuentes Candelas**

En el presente caso, la madre custodia carece de vivienda propia y la vivienda familiar no pertenece a terceros que puedan poner fin en cualquier momento a la ocupación, sino al padre, y no se trata de un precario sino de un uso con título habilitante como es el convenio aprobado judicialmente. Y ya dijimos que la vivienda alternativa propuesta por el ex marido no fue aceptada por la madre ni puede aquél jurídicamente imponer tal cambio, independientemente de que se trate de un piso moderno en la misma localidad o de las opiniones subjetivas de cada cual.

Finalmente decir que la sentencia de primera instancia realmente basó la decisión en tres hechos que consideró probados: que desde que se trasladó la madre con su hijo a Valdoviño en agosto de 2009 no han vuelto al domicilio de

Oleiros; que el menor estudió el curso pasado en Ferrol (o sea, 2009/2010) y continúa haciéndolo en el curso presente (o sea 2010/2011); y que en la vivienda no hay suministro de agua. Añadió la reseña de la SAP de A Coruña (6.ª) de 30/6/2006, sobre un caso de madre custodia e hija con domicilio en una vivienda nueva de protección oficial, habiendo perdido su destino básico la vivienda familiar, cuyo uso se les atribuyó en su día, al dedicarse solo para guardar frutos o cosechas. Pero, esto no es del todo exacto, ni las circunstancias del caso enjuiciado son las mismas, según resulta de lo señalado en otros apartados de la presente sentencia.

En definitiva, tras considerarlo detenidamente, el Tribunal no ha logrado alcanzar la convicción pretendida por el demandante en orden de

calificar la conducta de la demandada como de abuso carente de amparo legal, habida cuenta de todo lo razonado hasta aquí, la materia examinada, la protección del interés del hijo menor, y las concretas circunstancias analizadas que arrojan serias dudas sobre el hecho de si se trató o no de un cambio definitivo de vivienda. La solución sentenciada en primera instancia dejaría desprotegido al hijo menor. Habría de completarse necesariamente con la atribución del uso de la otra

vivienda alternativa ofrecida por el padre. Pero dada la disconformidad de la madre, no tratarse de la vivienda familiar y no poder imponer el cambio solo el padre, en unión de la situación actual desde que regresaron de Valdoviño, no resulta tampoco que se pueda considerar beneficioso para el interés del menor atribuirle el uso de otra vivienda en vez de permanecer en la familiar, cual sostuvo en la vista de apelación el Ministerio Fiscal, garante de aquel interés.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Aunque era preciso que el cambio de colegio hubiera sido acordado por los progenitores o, en su caso, exigido por el interés del menor, y así valorado judicialmente, teniendo en cuenta que el menor tenía problemas de adaptación y de integración con sus compañeros y que debía repetir curso, la decisión de cambiarle de colegio no se puede considerar arbitraria ni injustificada, siendo por tanto un gasto necesario el generado por cambio de colegio, que debe conceptuarse de extraordinario.

AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Arabela Carmen García Espina**

Dados los términos del convenio en relación a los gastos extraordinarios, es preciso que el cambio de colegio hubiera sido acordado por los progenitores, o en su caso, exigido por el interés del menor, y así valorado judicialmente.

En el caso de autos consta que la actora, comunicó al demandado su intención de cambiar de colegio al menor, y que este se opuso.

No obstante, teniendo en cuenta que Héctor tenía problemas de adaptación y de integración con sus compañeros en el colegio Claret; que tenía, nuevamente (ya había repetido curso), que repetir curso, 1.º ESO (en el curso 2007/2008 de 10 asignaturas había aprobado 2); la decisión de cambiarle de colegio, muy frecuente en estos casos, no se puede considerar arbitraria ni injustificada; sino que teniendo en cuenta que han transcurrido ya dos cursos desde que el cambio de colegio se produjo, a tenor de la evidente mejoría producida, promocionó tanto el curso repetido 1.º ESO como el siguiente 2.º ESO, según resulta de los Boletines de Notas, constatando la orientadora del nuevo colegio, colegio San Miguel, la satisfactoria evolución y desarrollo

como persona y comportamiento del menor desde el cambio de colegio; debe calificarse de una decisión adecuada y correcta, beneficiosa para el menor.

Debiéndose calificar como gasto necesario el cambio de colegio del menor, conllevando este colegio más gastos que el anterior, y, dado que en la fecha de establecimiento de la pensión de alimentos no era previsible este incremento de los gastos por educación, debe considerarse adecuada la calificación de gasto extraordinario, que, sufragado en su integridad por la madre, es repercutible al padre, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio para los gastos extraordinarios.

Ahora bien, los recibos que gira el colegio San Miguel, Colegio Nuestra Sra. de las Viñas, engloban gastos por varios conceptos; siendo solo procedente repercutir al demandado los que constituyen un incremento de gastos en relación con los que tenía en el anterior colegio. Esto es, los gastos por curso 2008/2009, por 130 euros del 6/6/2008 (doc. 6), y los gastos por transporte que se facturan en los documentos n.º 7, 9, 10,

11, 13, 14, 15, 16, 18, 21, 23, 24, 25, 27, 29, 30, 31, 36 y 37, procediendo excluir los gastos por libros y ropa deportiva que ya se tenían en el otro colegio.

En estos recibos consta el gasto, 120 euros ó 130 euros, según el año escolar, por el concepto de media pensión. La manutención ya estaba incluida en la pensión de alimentos, si bien no

se puede ignorar que el gasto por manutención es mayor si se hace fuera de casa. Por ello, y por este concepto solo procede considerar gasto extraordinario la mitad de su importe.

Procede estimar la demanda parcialmente y condenar al demandado a abonar a la actora 1.164,55 euros.

Qué duda cabe que sus circunstancias sí han sufrido modificación sustancial desde que se fijó la anterior pensión, porque este subsidio del paro es una percepción temporal, y hay circunstancia relevante como es el nacimiento de un nuevo hijo del demandante, y el consecuente aumento de sus gastos para su mantenimiento.

APA Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Bernardino José Varela Gómez**

Se trata en el caso, de un padre que ha interesado la modificación de las medidas acordadas en la sentencia del proceso de divorcio en el cual se establecieron a favor del hijo del matrimonio, interesando primero la minoración a 200 euros de la pensión alimenticia, y en segundo lugar la extinción de la pensión compensatoria a favor de la esposa.

Por lo que respecta a la primera cuestión, siendo anteriormente la pensión de 400 euros, luego de 500, y habida cuenta de que actualmente está en paro el actor, que percibe un subsidio de 1.152 euros, teniendo a su cargo un préstamo consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales, que importa al menos 250 euros de cargo mensual, y viviendo con sus padres, a los que debe aportar una cierta

cantidad, que se estima en 300 euros mensuales, aunque su nómina fuera cuando trabajaba de una cantidad similar, qué duda cabe que sus circunstancias si han sufrido modificación sustancial desde que se fijó la anterior pensión, porque este subsidio del paro es una percepción temporal, y además hay otra circunstancia relevante que ha modificado los datos tenidos en cuenta en el momento de la fijación, como es el nacimiento de un nuevo hijo del demandante, y el consecuente aumento de sus gastos para el mantenimiento.

Por todo ello, la fijación que se hace por la juez en la sentencia impugnada en 350 euros mensuales parece una cantidad prudente y en consecuencia se debe de confirmar este criterio.

Dado que el padre carece de recursos para mantener sus propias necesidades debe declararse extinguida la pensión alimenticia del hijo que tiene veintidós años y la capacitación profesional mínima que le permitiría, en principio, insertarse o intentarlo, al menos, en el mercado laboral.

APA Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Bernardino José Varela Gómez**

Se trata en el caso, de un padre que ha interesado la modificación de las medidas acordadas en la

sentencia del proceso de divorcio en el cual se establecieron a favor de los hijos del matrimo-

nio, interesando primero la supresión de la pensión acordada a favor del hijo mayor de edad, y también la minoración.

Efectivamente, resulta acreditado que uno de los hijos es ya mayor de edad, y aunque Pablo se encontraba cursando estudios de un ciclo formativo del grado superior de formación profesional en La Coruña, por lo que percibe una beca de alojamiento, no obstante durante el período no escolar reside con su madre y con su hermano en Ribeira, razones por las cuales se estima que procede la supresión de la pensión alimenticia que venía percibiendo.

Así tiene que ser puesto que de acuerdo con el art. 143 del Código Civil, los alimentos se deben hasta que el alimentista ha obtenido la capacitación profesional que le permita en principio sostenerse por sí mismo, y en tal sentido, el art. 152 del mismo corpus legal hace cesar dicha obligación cuando el beneficiario pueda ejercer un oficio, profesión, o industria, de suerte que no le sea necesaria la pensión para la subsistencia.

Así hay que presumir que sucede en el presente caso, donde el hijo tiene ya la edad, 22 años, según consta en su certificado de nacimiento unido a los autos, y la capacitación profesional mínima, y el ciclo formativo probablemente ha terminado ya en el momento de dictarse esta resolución, que le permitiría en principio insertarse o intentarlo al menos, en el mercado laboral, dejando de depender de los alimentos de un padre. Este por lo demás carece de los recursos suficientes para atender a todas sus obligaciones y a su propia subsistencia, por lo que, encontrándose en una situación por desgracia demasiado similar a la del hijo, es claro que no se dan las condiciones objetivas que justificarían el mantenimiento de la pensión, ni tampoco de los estudios del hijo mayor, que en esta situación no va a poder en efecto seguir estudiando hasta los 30 años, sino que va a tener que intentar seguir trabajando, como por lo demás ya ha hecho en algunos períodos, sin perjuicio de que si quiere seguir formándose profesionalmente, podrá hacerlo al mismo tiempo.

La circunstancia de que la hija mayor de edad haya sido madre no es causa para extinguir su pensión alimenticia, dado que sigue dependiendo económicamente de los padres, pues quien fue su pareja solo la ayuda respecto al hijo común.

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Magdalena Fernández Soto**

En cuanto a las hijas, significar que la circunstancia de que hayan alcanzado la mayoría de edad en absoluto determina la extinción de la obligación económica alimenticia y, de hecho, como ya apuntamos, el segundo párrafo del art. 93 CC establece que, si convivieren en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los art. 142 y siguientes de este Código. Tampoco el hecho de que las hijas hayan desempeñado alguna ocupación laboral supone, por sí mismo, la extinción de la tan repetida obligación, cuando el trabajo realizado es esporádico y discontinuo, que impide gozar de la necesaria independencia económica, la cual sí demandaría la extinción de la obliga-

ción alimenticia, lo que —sin género de duda alguno— no sucede en el presente caso. A este efecto, como causa de la extinción de la obligación de dar alimentos, el apartado 3 del art. 152 CC contempla el supuesto de que el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia; es decir, esa innecesidad de recibir la pensión de alimentos resulta abiertamente incompatible con la precariedad en el empleo, o, lo que es lo mismo, con situaciones de trabajos esporádicos y de cuantía objetivamente reducida, que exigen el mantenimiento de la medida.

Al efecto, como pormenorizadamente se señala en el fundamento cuarto de la sentencia

apelada, Gladys María, aunque comenzó a trabajar después del divorcio en el año 2007, lo hizo en los empleos de camarera que se señalan en la misma, de forma esporádica y precaria, hasta el punto que no llegó a percibir prestación por desempleo por no alcanzar el mínimo cotizado necesario y en la actualidad, cuando la llaman, trabaja dos horas para la empresa Ángel Orujo, Asociación vecinal de Bouzas, cobrando un máximo de 120 euros al mes, si bien con anterioridad llevaba siete meses sin trabajar, asimismo también se ha acreditado cumplidamente que tales ocupaciones las ha venido compatibilizando con estudios semipresenciales de ESO. Las declaraciones vertidas por la mencionada en el acto del juicio se desarrollaron con absoluta espontaneidad no advirtiéndose que hubiera faltado a la verdad en sus declaraciones, en la medida en que reconoció los empleos que desempeñó sin contrato, también vino a indicar que quería continuar con sus estudios, que nunca dejó y que trata de compatibilizar con su trabajo. Lo expuesto elimina la permanencia y habitualidad que propugna el apelante, pues lo fundamental, no es el haber entrado en el mundo laboral sino si este es el suficiente para su mantenimiento, máximo en supuestos como el presente, que con 20 años Gladys María todavía puede y quiere continuar su formación escolar y carece de autonomía económica, por lo menos actualmente.

En cuanto a Celia María, su también escasa y precaria vida laboral, el hecho de que haya

sido madre, que todavía siga dependiendo de su progenitora, ya que la que fue su pareja sólo le ayuda respecto al hijo común, que tampoco haya alcanzado el período mínimo de cotización para percibir prestación de desempleo y que en la actualidad se encuentre sin trabajo, son datos que evidencian la imposibilidad de que Celia María pueda llevar una vida independiente, lo cual unido a su edad (20 años), tampoco exonera al padre de abonarle la correspondiente pensión de alimentos.

Lo anterior no abunda sino en la correcta apreciación de la prueba que se plasma en la sentencia apelada y, en consecuencia, en la falta de demostración categórica y concluyente que las dos hijas del matrimonio, ambas mayores de edad, desempeñen una ocupación laboral estable y permanente que les permita gozar de independencia económica, de ahí la inviabilidad de que se declare extinguida la pensión, resultando también inviable la postulada reducción, en tanto que 125 euros mensuales para cada una de las hijas no responde sino al mínimo vital, así como el establecimiento de un límite temporal ya que la propia naturaleza de la pensión de alimentos se compagina mal con la imposición de un término apriorístico, pues la obligación subsiste en tanto se mantengan los requisitos que establece la ley para la subsistencia del derecho, desconociéndose situaciones futuras que puedan incidir en su extinción.

La situación de paro actual no es equiparable a la que tenía cuando se fijó la pensión de alimentos. En aquel momento se alternaban periodos de paro con otros de trabajo, en la actualidad se evidencia que la situación de desempleo es duradera en el tiempo y por tanto procede reducir la cuantía de la pensión alimenticia.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de diciembre de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Carrillo Vinader

D. Manuel plantea demanda de modificación de medidas adoptadas en el precedente proceso de familia, en concreto para que se rebaje el importe de la pensión de alimentos establecida en la sentencia de separación dictada en 2002, que aprobaba el convenio entre las partes, y mantenida por la

de divorcio de 2005, que en la actualidad importa 448 euros al mes, fundado su petición en que había empeorado su situación económica.

Se opone la demandada, alegando que no existía una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta, pues ya en 2002 es-

taba en paro cuando se comprometió a pagar la pensión de alimentos a favor de sus hijas, añadiendo que las condenas penales y las deudas que actualmente tiene por impago de las pensiones son imputables al deudor que ha desatendido sistemáticamente sus obligaciones, pese a haber tenido capacidad para hacerles frente.

Tras la celebración del juicio se dicta sentencia por la que, partiendo de que resulta evidente la escasa voluntad de cumplimiento de sus obligaciones alimenticias por parte del padre, su situación laboral ha empeorado, estando actualmente en paro, aunque ello no le dispensa de la obligación de prestar alimentos, dada su edad y capacitación para trabajar o solicitar ayuda por desempleo (no lo percibe por no haber renovado la petición), aunque disminuye su importe a un total de 300 euros al mes. No impone costas.

Contra dicha estimación parcial de la demanda la Sra. Soledad plantea recurso de apelación, denunciando indebida aplicación de los arts. 90 y 91 CC, pues, entiende, que no se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias que existían cuando se adoptó dicha medida, ya que en el año 2002, cuando se firmó y aprobó el convenio regulador que fijaba el importe de los alimentos, el padre ya estaba en situación de paro. Las deudas que actualmente tiene por impago de los alimentos comprometidos no pueden tenerse en cuenta para fijar un empeoramiento de su situación económica, porque sólo son imputables a su voluntario incumplimiento, pues se han generado pese a que ha tenido trabajo, además podía pagarlas, tal y como evidencian las sentencias penales que se han dictado. Su actitud ha sido siempre la de desatender sus obligaciones, como pone de relieve que no haya renovado la tarjeta de desempleo. Por todo ello pide la revocación de la sentencia y el dictado de otra que desestime la demanda inicial.

Del recurso se dio traslado a las restantes partes, y tanto el Ministerio Fiscal como el Sr.

Manuel se han opuesto al mismo, pidiendo la confirmación de la resolución apelada.

Es cierto que el actor ha demostrado a lo largo de la vigencia de las medidas definitivas una conducta desatenta, evidenciando su desinterés en el cumplimiento de las obligaciones asumidas respecto de los alimentos de sus hijas menores de edad, razón por la que ha sido condenado en dos ocasiones por los Juzgados de lo Penal, sin que la deuda generada por tales incumplimientos pueda ser tenida en cuenta a la hora de determinar cuál es su actual situación patrimonial, ya que ha sido ocasionada por su comportamiento doloso.

Una prueba más de su actitud es que no ha renovado la tarjeta de desempleo, con lo que está actuando en perjuicio de sus hijas menores.

Pese a ello, en el presente caso lo que se ha tenido en cuenta para rebajar algo la pensión alimenticia es que la situación de paro actual no es equiparable a la que tenía cuando se fijó la pensión de alimentos. En aquel momento (año 2002), tal y como resulta de la vida laboral, se alternaban periodos de paro (con cobro de la prestación de desempleo) con otros de trabajo, por lo que tenía de forma continuada ingresos económicos. Sin embargo, en la actualidad, dada la crisis económica y extensión del paro en la construcción, se evidencia que la situación de desempleo es duradera en el tiempo, de ahí que es razonable concluir que su capacidad económica es inferior a la que tenía entonces, y por ello, teniendo en cuenta que los alimentos han de cuantificarse en función no sólo de las necesidades de quien los recibe, sino también en la capacidad económica del obligado a prestarlos (art. 146 CC), debe concluirse, como hace la sentencia de primera instancia, que resulta ajustado a derecho la rebaja en su importe, por lo que debe rechazarse el recurso de apelación planteado.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La petición de que la extinción de la pensión compensatoria tenga efectos desde una determinada fecha debe ser desestimada, dado que se formuló en el acto de la vista.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Bernardino José Varela Gómez**

En cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas, la supresión de la pensión compensatoria de 150 euros mensuales, es claro que procede declarar su extinción como hace la sentencia impugnada, ya que se había fijado con carácter temporal, y su plazo de vigencia de dos años ya se ha cumplido, además de que la esposa convive con otra persona, con la que ha tenido otro hijo, sin que se haya fijado en la demanda, ni se haya acreditado después cuál es el momento exacto de inicio de dicha convivencia.

Habiéndose solicitado en el acto de la vista la fijación de dicha extinción en una determinada fecha por primera vez, se trata claramente de una petición extemporánea, que implica una mutación de la demanda inicialmente planteada, lo que es susceptible de generar indefensión en la posición de la demandada, no habiéndose además concretado la fecha, por lo que se estima procedente también lo acordado en la sentencia apelada a este respecto, ya que efectivamente el plazo fijado en el convenio ya ha transcurrido extraprocesalmente.

El carácter ganancial de las acciones y participaciones sociales excluye, en tanto no se liquida la comunidad, la atribución de cuotas sobre cada una de ellas y la posibilidad de disposición individual por uno de los cotitulares. Esa carencia de ingresos privativos frente a los que percibe el esposo genera un perjuicio económico en la esposa hasta tanto se proceda a la división de la masa ganancial, por lo que debe reconocérsele una pensión compensatoria que le permitirá la plena disponibilidad de bienes concretos y sus rendimientos.

AP A Coruña, Sec. 5.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Dámaso Manuel Brañas Santa María**

Se aceptan sustancialmente el primero, el segundo y el cuarto, este solo en lo que no contradiga a los siguientes, de los de la sentencia apelada y se rechazan el tercero, por innecesario, y el quinto, si bien el artículo 394, 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil proporciona respaldo legal al pronunciamiento sobre las costas.

El alcance del recurso determina que el ámbito de conocimiento de este Tribunal se circunscribe al pronunciamiento sobre la pensión compensatoria y, por tanto, el efecto devolutivo de la apelación opera solo sobre la procedencia o improcedencia y, en el primer caso, cuantía y duración de la meritada pensión.

Con independencia de la paridad de las partes en cuanto a la comunidad ganancial, desde la disolución del matrimonio concluye de pleno derecho dicho régimen económico-conyugal (artículo 1.392, 1.º, del Código Civil), con la obvia consecuencia de que a partir de ese momento los ingresos obtenidos por el trabajo o actividad personal de uno de los litigantes dejan de ser gananciales. En el presente caso la apelante carece por completo de ingresos de ese tipo, en tanto que el recurrido percibió en 2009 casi sesenta mil euros líquidos por ese concepto, conforme al examen de la prueba hecho en la sentencia impugnada y, con mayor precisión, en el escrito de oposi-

ción. Así mismo cabe notar que la parte recurrida sostiene que, del 25,88% de participación en el capital de Fergo Galicia, SA, solo el 21,39% es ganancial y el 4,49% restante privativo del demandado, con lo que aumentaría la diferencia de ingresos, habida cuenta del volumen de los dividendos acordados. Por otra parte el carácter ganancial de las acciones y participaciones sociales excluye, en tanto no se liquide la comunidad, la atribución de cuotas sobre cada una de ellas y la posibilidad de disposición individual por uno de

los cotitulares, amén de la incidencia al respecto del régimen previsto ahora en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, que reproduce el de las Leyes refundidas. Esa carencia de ingresos privativos frente a los indicados del apelado genera desequilibrio económico en perjuicio de la recurrente en tanto la división de la masa ganancial no le confiera plena disponibilidad de bienes concretos y sus rendimientos, como viene a corroborar la conducta de la contraparte al hacerle transferencias periódicas.

Se reduce la cuantía de la pensión compensatoria al disminuir los ingresos del ex esposo, aunque ello se derive de una opción del trabajador, dado que se trató de una alternativa a un despido por causas objetivas.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Acin Garos**

En lo que se refiere a la pensión compensatoria, alega la demandada que la sentencia articula la reducción introducida en la pensión —un 35,5%— a partir de la disminución de emolumentos experimentada por el actor tras su degradación profesional en la empresa donde trabaja —aquel mismo porcentaje—, ignorando así que de lo que se trató en el caso fue un de un acuerdo consensuado que el Sr. Víctor Manuel no puede utilizar, repercutiéndolo desfavorablemente en los derechos que su ex esposa tiene reconocidos; que del documento que recoge el acuerdo no resulta que la empresa impusiese al Sr. Víctor Manuel unas condiciones cuya no aceptación había de traer consigo el despido irremisiblemente; y que la reducción establecida en sentencia obvia que en el salario del actor no están incluidas las pagas extras —cuatro—, debiendo recalcularse el porcentaje real teniendo en cuenta todos los emolumentos del actor.

Por su parte, el actor, en su impugnación, dice que tras la reducción de emolumentos sufrida, la pensión estipulada, nacida con una finalidad reequilibradora, está surtiendo un efecto contrario, pues actualmente, sumada a su sueldo, los ingresos de la esposa son superiores a los suyos; que esta comenzó a trabajar en una joyería dos meses después del convenio —pro-

yecto que le ocultó— en la que percibe 1.400 euros mensuales, pagas extras incluidas; y que la disminución debe alcanzar un 43% de su importe, al deber de calcularse sobre los ingresos brutos y no sobre el neto —petición esta que se argumenta en la alegación cuarta del escrito de impugnación, pero no tiene luego su correspondiente reflejo en el suplico—.

El Sr. Alberto, Jefe de Recursos Humanos de «Heraldo de Aragón», testigo en el juicio, dijo que en el acuerdo documentado al folio 40 —novación contractual consensuada de las condiciones laborales del actor, Jefe de Sección que pasó a desempeñar funciones propias de Oficial.^a de Administración, con reducción de su retribución bruta total, que de 67.155,04 euros bajó a 38.376,08 euros— se trató de una alternativa a un despido por causas objetivas, en la que el Sr. Víctor Manuel optó por la reducción de sueldo, al fin de mantener su empleo y seguir cotizando hasta su jubilación, en la que de tal forma percibirá un 100% y de lo contrario un 60%.

En ese acuerdo, con el que el Sr. Víctor Manuel se aseguró para el futuro el máximo de su pensión de jubilación, no cabe suponer una finalidad fraudulenta, pues, como apunta el actor, va en contra de la lógica que alguien reduzca en 30.000 euros su salario anual para dejar de pa-

gar 9.000 euros. Aunque tampoco cabe ignorar su condición de acuerdo privado, dejado al margen de una posible discusión en los Tribunales, lo que a la hora de su repercusión en los derechos de la demandada y de la cuantificación de la pensión debe ser valorado.

No procede, pues, el mantenimiento de la pensión del convenio.

Ni tampoco su supresión por las razones del impugnante, pues no puede pretender que el desequilibrio de la esposa desapareció con el trabajo que desarrolló después de la firma del convenio y que no tenía en la fecha de este, lo que, como esta Sección tiene declarado en interpretación del art. 97 CC, chocaría frontalmente con el contenido y finalidad del art. 83 del Código de Derecho Foral de Aragón, no pudiendo penalizarse el desempeño de un trabajo cuya finalidad no es otra que ayudar a su sostenimiento, que evidentemente no queda cubierto con la pensión señalada (SSAP 19-12-08, 22-12-09 y 1-3-11,

entre otras). Por lo demás, no consta acreditado que la esposa ocultase el trabajo que inicio dos meses y medio después del convenio, razón en todo caso devaluada si se tiene en cuenta que en aquel quedó estipulado que la pensión «no se reducirá ni se suprimirá aun cuando la esposa acceda a un trabajo remunerado».

Sí se estima adecuado un reajuste de la pensión, que por aceptación parcial de las razones del recurrente frente a la cuantía señalada, se reduce a 400 euros mes y 800 euros en julio y diciembre, valorándose las mismas conjuntamente con las que del lado de la demandada se ha dicho debían tenerse en cuenta a la hora de la repercusión del acuerdo en sus derechos y de la cuantificación de la pensión, bien entendido que el Juez aplicó el porcentaje reductor sobre un sueldo mensual de 1.848 euros que el Sr. Víctor Manuel admite es de 2.156 euros mes, tras el cómputo de dos pagas extraordinarias, que la demandada dice son cuatro.

Aunque han transcurrido cinco años desde la separación de hecho sin que la esposa haya reclamado nada al esposo, se fija pensión compensatoria en el divorcio pues el esposo durante este tiempo hizo ocho entregas de dinero al grupo familiar.

AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jacinto José Pérez Benítez

Los litigantes contrajeron matrimonio el 30 de junio de 1984. Del matrimonio nacieron dos hijos, Ana Isabel (nacida el 4.4.1985) y Alejandro (nacido el 29.4.1986). En diciembre de 2005 los esposos cesaron la convivencia, que no volvió a reanudarse. El proceso de separación promovido por el esposo en aquellas fechas, finalizó por su propio desistimiento, sin oposición ni alegación alguna de contrario.

Al margen de la situación económica actual de la esposa, por ésta se insiste en que durante el matrimonio dedicó su actividad al trabajo para la casa, mientras que el esposo percibía ingresos por su trabajo por cuenta ajena de forma estable. La cuestión, sin embargo, está en el análisis de la relevancia del dato de hecho del transcurso de un período de más de cinco años sin que se formulara pretensión alguna.

Como razona la sentencia de primer grado, la jurisprudencia ha venido considerando el hecho del transcurso de un período de tiempo prolongado desde el cese de la convivencia sin que se produjera ninguna reclamación del establecimiento de la pensión compensatoria como un indicio de la inexistencia de desequilibrio económico entre los esposos. Así, como afirmamos en nuestra sentencia de 29.6.2006, pese a reconocerse una situación de desequilibrio entre los esposos, el hecho de haber transcurrido nueve años impedía el reconocimiento del derecho, y con cita de otra resolución anterior afirmábamos que «el desequilibrio que se ha de valorar a los efectos de generar un derecho a la pensión compensatoria es el que se produce en el momento del cese de la convivencia, en relación con el momento inmediatamente anterior de normalidad matri-

monial, lo que provoca que, si no se solicita en aquel momento y se deja transcurrir un prolongado período, no sólo se dificulta cualquier comparación, sino que, además, se crea una apariencia de inexistencia de tal desequilibrio, dado que el mismo transcurso del tiempo refleja, bien que el empeoramiento no existió, bien que no tuvo la entidad suficiente para generar un desequilibrio, y, en todo caso, que no exigió una reclamación o petición expresa para su reparación (doctrina, por lo demás, sostenida por la práctica totalidad de las Audiencias Provinciales —cfr. las SSAP Zaragoza 25 julio 2005 67, Valencia 14 julio 2005, Lleida 27 junio 2005, Córdoba 25 junio 2005, Navarra 11 abril 2005...—).

Sin embargo, en el presente caso la Sala considera que la apariencia de falta de desequilibrio, favorecida por el transcurso del tiempo sin solicitar la pensión, resulta contradicha por el material probatorio aportado al proceso. Es hecho probado que a salvo de breves lapsos temporales —así lo manifestaron los testigos y resulta de la documentación aportada—, la esposa no ha percibido ingresos, dedicando su actividad al trabajo para la casa y al cuidado de los hijos; en el momento de la separación de hecho la hija continuaba cursado estudios (si bien contaba con una beca con la que se costeaba los estudios, no podía hacer frente al resto de gastos necesarios) y el hijo no tenía todavía vida independiente (comenzó a trabajar en 2007). El hecho de que en el previo proceso iniciado con la separación de hecho no se hubieran formulado pretensiones por la esposa demandada, se justifica por la situación de enfermedad que ésta padecía, en apreciación de

los testigos y según manifestó la propia reconviniente. De la misma forma, queda acreditado que la esposa apenas ha podido tener una vida económicamente independiente, siendo ayudada desde la separación de hecho por su propia familia (padres y tíos, y de su propia hija), aunque reconoció que percibía cantidades como consecuencia de su trabajo en un invernadero, con los que hacía frente a los gastos de la familia, ante la falta de contribución del demandante inicial. La declaración de la hija del matrimonio convence sobre esta realidad, en apreciación confirmada por la madre de la demandada. En consecuencia, la prueba permite afirmar la existencia del desequilibrio económico que está en la base del reconocimiento del derecho a percibir la pensión compensatoria; al punto fueron así las cosas que el propio esposo reconoce haber hecho ocho o diez entregas en todo este tiempo, durante seis años, por importes de 100 o 150 euros, prueba de la existencia de una situación de necesidad en el grupo familiar. En la determinación de su cuantía ha de tenerse en cuenta la duración del matrimonio, la edad de los esposos y la dificultad de acceso a un empleo. El esposo percibe una prestación por desempleo desde agosto de 2010, por importe mensual de 746 euros, según documentación aportada al acto del juicio. No constan las necesidades a que cada uno de ellos debe de hacer frente. Los hijos cuentan en la actualidad con independencia económica.

Por tales razones, la Sala considera ponderado el establecimiento de una pensión compensatoria en la cuantía mensual de 175 euros mensuales.

El simple paso del tiempo no constituye una causa de extinción de la pensión compensatoria salvo que se haya pactado a plazo o bien se haya impuesto judicialmente de forma temporal; además se da la particularidad de que la situación se ha consolidado en el tiempo por la propia pasividad del ex esposo, que formula su reclamación 20 años después de fijarse aquella y cuando ya la demandada tenía 67 años y es impensable que pueda incorporarse al mercado de trabajo.

AP León, Sec. 1.^a, Sentencia de 19 de diciembre de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Rodríguez López

La sentencia recurrida impugna la sentencia dictada porque no accede a la petición de extinción de la pensión compensatoria establecida en la sentencia de separación dictada el día 1 de oc-

tubre de 1990, que homologó el convenio regulador suscrito por las partes. Considera la parte recurrente que el transcurso del tiempo es causa de extinción de la pensión compensatoria, y que aunque no se fijó un límite temporal se ha de entender establecida para permitir el acceso al mercado laboral del cónyuge en cuyo favor se constituyó, y que su pasividad en la búsqueda de empleo ha de operar como causa de extinción de la pensión compensatoria.

La mejor motivación que este tribunal de apelación puede ofrecer es la jurisprudencia establecida en la sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de fecha 27 de Octubre del 2011 (recurso 1022/2008): «Las condiciones que llevaron al nacimiento del derecho a la pensión compensatoria pueden cambiar a lo largo del tiempo. Cuando ello ocurra, el obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimien-

to han dejado de existir, total o parcialmente. El simple paso del tiempo no constituye una causa de extinción de la pensión, salvo que se haya pactado a plazo o bien se haya impuesto judicialmente de forma temporal. En el presente caso, no puede admitirse la extinción de la pensión compensatoria, porque: 1.º No se había constituido como temporal. 2.º No se ha probado que concurran causas para la modificación de medidas. En consecuencia, esta Sala dicta la siguiente doctrina: el simple transcurso del tiempo no constituye causa de extinción de la pensión compensatoria, salvo que se haya establecido de forma temporal».

En este caso, además, se da la particularidad de que la situación se ha consolidado en el tiempo por la propia pasividad del recurrente, que formula su reclamación 20 años después de haberse fijado la pensión compensatoria, y cuando ya la demandada tenía 67 años y es impensable que pueda incorporarse al mercado de trabajo.

El desequilibrio que puede producirse no es el derivado de la ruptura matrimonial, sino del hecho de que el marido se encuentre en paro en el momento presente, pero ello, además de ser una situación meramente contingente y actual, ya que ha estado siempre trabajando, revela una aptitud laboral que impide la fijación de una pensión compensatoria. Además no consta que él mismo se haya dedicado durante el matrimonio al cuidado de los hijos o de la familia.

AP Cádiz, Sec. 5.^a, Sentencia de 14 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Ercilla Labarta**

Plantea asimismo el apelante la procedencia de fijar a favor del mismo una pensión compensatoria, y a este respecto, la pensión compensatoria que establece el art. 97 del C.Civil, se caracteriza por constituir un derecho de crédito que ostenta el cónyuge al que el hecho de la separación o divorcio le impone un desequilibrio económico respecto del otro cónyuge, que implica un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, pensión que responde a una finalidad cual es, según señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 2-12-87, que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía durante el matrimonio. En el presente supuesto, y como indica la sentencia de instancia el desequilibrio que

puede producirse no es el derivado de la ruptura matrimonial, sino del hecho de que el marido se encuentre en paro en el momento presente, pero ello, además de ser una situación meramente contingente y actual, ya que el mismo ha estado siempre trabajando, lo que revela una aptitud laboral, sin que el mismo se haya dedicado durante el matrimonio al cuidado de hijos o familia, sino que por el contrario ha estado ejerciendo su trabajo normalmente, lo cual incrementado por el hecho de que el mismo incluso está percibiendo una cantidad por desempleo, es determinante de que no proceda señalar una pensión compensatoria a su favor por todo lo cual es procedente la confirmación en este punto de la sentencia recurrida.

CONVENIO REGULADOR

No existe ningún obstáculo legal para aprobar la cláusula del convenio regulador en la que los cónyuges acuerdan liquidar la sociedad de gananciales cuando los hijos alcancen independencia económica.

AP Murcia, Sec. 4.^a, Sentencia de 29 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Moreno Millán**

En idéntico sentido hemos de pronunciarnos con respecto a la cláusula o estipulación octava sobre disolución del régimen económico del matrimonio y liquidación de la sociedad legal de gananciales. En este caso nos hallamos en presencia también de una materia sujeta al poder de disposición de las partes, dado su contenido económico-patrimonial.

En dicha cláusula declaran los cónyuges cuál es el activo y el pasivo de la sociedad ganancial y deciden que su liquidación tendrá lugar cuando se cumplan determinadas condiciones: de un lado, cuando las hijas alcancen la mayoría de edad o sean independientes económicamente, y de otro lado, cuando ambos esposos decidan bien la adjudicación de los bienes a uno de ellos o bien ponerlos a la venta. En este último caso, basado en la voluntad y acuerdo de los esposos, se fija la obligación del Sr. Juan María de contribuir con el pago de 150 euros mes a la carga de proporcionar vivienda a las hijas menores.

Únicamente cabría la integración de tal estipulación con respecto a la primera alternativa que autorregulan sobre el momento de liquidación de la sociedad ganancial, referida a la

mayoría de edad o independencia económica de las menores. Entendemos que esta alternativa habría de comprender de manera conjunta ambas condiciones, la mayoría de edad y la independencia económica de las hijas, y no en la forma alternativa que está regulado, pues en este último supuesto la liquidación podría producirse por el mero hecho de que las menores alcanzarán la mayoría de edad, lo que conllevaría a su vez que quedarían privadas del citado activo ganancial, con el fundado riesgo de carecer de independencia económica, pues, como es conocido, la mayoría de edad no lleva necesariamente anejo tal autonomía económica. En garantía de las menores, entendemos que esa cláusula y en concreto la primera alternativa liquidatoria que contiene habría de quedar integrada en la forma y contenido que hemos señalado.

Por otro lado la autorregulación del acuerdo de los esposos a hacer frente a los gastos que pudieran ocasionarse con respecto a los bienes que cada uno de ellos se adjudica, si bien constituye una consecuencia derivada e inherente a dicha adjudicación, entendemos que en todo caso reforzaría dicho acuerdo de adjudicación y no perjudicaría a las partes.

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia que aprueba el convenio regulador que consensuaron los padres estableciendo la custodia compartida, sin que sea obstáculo que el informe psicosocial no aconseje este modelo de custodia.

AP Álava, Sec. 1.^a, Sentencia de 15 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María Mercedes Guerrero Romeo**

La sentencia de instancia acuerda aprobar el Convenio regulador alcanzado por Isabel y Ar-

gimiro, en el que, disponen que ejercerán conjuntamente la patria potestad actuando siempre

en beneficio de sus hijos, y adoptando también de mutuo acuerdo cuantas decisiones importantes pudieran afectar a los menores relativas a la salud, educación, ocio, etc., así como las referentes a los gastos de carácter extraordinario. La guarda y custodia de los hijos menores será de forma compartida, lo que supone que los menores permanecerán una semana con cada uno de los progenitores en el domicilio correspondiente de cada progenitor. Regulando el régimen de visitas dos días por semana para el cónyuge que no esté con los menores, y distribuyendo el régimen de vacaciones escolares y puentes. El Convenio contiene una disposición por la que los cónyuges se comprometen a aportar seiscientos euros en una cuenta para contribuir a las necesidades básicas de los niños, correspondiendo a la madre las dos terceras partes del ingreso y al padre un tercio, atendiendo a su disponibilidad económica. La alimentación de los menores correrá a cargo del progenitor en cuya compañía se encuentren. El Convenio añade otras disposiciones sobre uso y disfrute de la vivienda familiar y vehículo.

El Ministerio Fiscal se alza contra la sentencia por entender que se ha producido una infracción del art. 92.6 CC que expresa que antes de acordar el régimen de guarda y custodia el Juez deberá valorar la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda. En este caso el establecimiento de la guarda y custodia compartida no salvaguarda el «*bonum filii*» consagrado en el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas. Y todo ello porque considera que la sentencia no atiende el informe del Equipo Psicosocial en el que desaconseja la guarda y custodia compartida.

El informe suscrito por la psicóloga Eulalia el 5 de abril de 2011 viene a decir que el ejercicio de la guarda y custodia compartida comenzó en marzo, residiendo los hijos en el domicilio familiar de cada progenitor por semanas. Que después de realizar entrevistas individuales y conjunta con los progenitores concluye insatisfacción por la alternativa propuesta, con nivel elevado de tensión entre las figuras parentales y mínima comunicación que repercute en su cooperación y toma de decisiones relativas a los

hijos. Estos factores desaconsejan la alternativa propuesta en el Convenio Regulador al no beneficiar el desarrollo adecuado de los menores.

La sentencia de instancia ya comenta este informe concluyendo que lo relevante no es la relación interparental, sino la relación de cada progenitor con sus hijos, lo que no ha sido objeto de informe desfavorable por el Equipo experto. Añade que el «nivel elevado de tensión entre las figuras parentales y mínima comunicación» lo que acredita es una mala relación entre los padres, que se dará tanto si existe un régimen de custodia compartida como con cualquier otra situación. Requeridos los progenitores para que presenten un acuerdo subsidiario no se han pronunciado, por lo que entienden que lo mejor es el sistema de custodia compartida.

La Sala corrobora la valoración que la Juez «a quo» realiza del informe psicológico, la falta de comunicación entre los cónyuges no significa que la relación paterno filial no sea correcta, a los niños no les afecta esta situación. El fiscal en su recurso no valora como serían las relaciones caso que se otorgase la guarda y custodia a uno de los progenitores, pensamos que quizás habría más tensión y podría afectar de forma negativa a los niños. La propia psicóloga dice que se comenzó el régimen en marzo, ella emite el informe en abril (al mes siguiente), no ha pasado demasiado tiempo para que padre y madre se adapten a esta nueva situación que requiere un periodo de transición al que seguro puede ayudar la psicóloga dando pautas de convivencia. Además, no tiene en cuenta a los menores, no sabemos que opinan, y deducimos que ni siquiera fueron oídos por la psicóloga.

En consecuencia, la Sala considera que no se infringe el art. 92.6 CC, no queda acreditada la falta de idoneidad de los padres para mantener el régimen de guarda y custodia compartida con los niños, tampoco se ha vulnerado el principio de «*bonus filii*», precisamente es lo que los padres persiguen al proponer este régimen en el convenio. El fiscal olvida que el apartado quinto del art. 92 Cc recomienda el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador. Es el régimen que más beneficia al menor y también a los padres que

pueden disfrutar del niño durante más tiempo, contribuir a su educación por igual, y compartir con él sus experiencias. Tras la separación las relaciones son difíciles, la custodia compartida muestra la buena disposición de los padres para

contribuir al bienestar de los hijos, quizás en esta primera fase sería aconsejable seguir las pautas de un profesional (un psicólogo por ejemplo), para superar estos baches. Por todo lo expuesto el recurso no puede prosperar.

La pretendida nulidad del convenio regulador que abierta y manifiestamente se afirma por la dirección jurídica de la apelante debe llevarse a cabo a través del procedimiento legalmente establecido, y que no es el presente de modificación de medidas.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 13 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Sanabria Parejo**

Frente a la sentencia desestimatoria dictada por el Juez «a quo» se alza la apelante reproduciendo su dirección jurídica en esta alzada la pretensión articulada en el escrito rector del procedimiento y que fue rechazada por la sentencia de instancia relativa a la modificación del régimen de vistas establecido a favor del progenitor no custodio, y en apoyo de tal pretensión revocatoria, la dirección letrada de dicho litigante esgrime, en el trámite del artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la nulidad del Convenio Regulador en este aspecto al hacerse depender su cumplimiento de una condición sometida a la voluntad de uno de los suscribientes, así como una errónea valoración de la prueba practicada por la Juez «a quo» en cuanto a la aparición de circunstancias novedosas. Definido el debate litigioso en el presente momento y trámite procesales, pues la contraparte interesa la íntegra confirmación de la sentencia de instancia, procede analizar 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 manifiesto el contexto alegatorio y probatorio sometido a nuestra consideración.

A los fines de ofrecer una adecuada, en cuanto ajustada a derecho, respuesta judicial a la problemática así suscitada, parece conveniente recordar que la misma se desenvuelve en el marco, procesal y sustantivo, regulado por los artículos 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 90 y 91, «in fine», del Código Civil. No habilitan dichos preceptos anómalos cauces de revisión, esto es

al margen del sistema ordinario de recursos, de pronunciamientos judiciales que hayan alcanzado definitiva firmeza, a especie de derogación, o atenuación, en el ámbito de los procedimientos matrimoniales, del principio de cosa juzgada en el que, conforme a lo prevenido en los artículos 207 y 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se asienta nuestro sistema procesal. El fundamento de la cosa juzgada radica en la necesidad de evitar la reproducción indefinida de litigios y de conseguir la estabilidad y seguridad jurídica, en cuanto en un anterior proceso haya quedado satisfecha la misma pretensión que se propone en el siguiente, pues la mera posibilidad de que se produzcan sentencias firmes discrepantes y opuestas entre sí, vulnera la legítima expectativa de los justiciables de obtener una respuesta única e inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, e implica, en consecuencia, una quiebra del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva (Sentencias del Tribunal Constitucional 77/1983, 221/1984 y 242/1992, entre otras muchas).

Y es lo cierto que los referidos artículos 90 y 91 se muestran plenamente respetuosos con dicho precepto, dado que tan sólo permiten la modificación de los efectos complementarios sancionados en una sentencia firme en el supuesto de que se hayan alterado sustancialmente los factores que condicionaron su inicial adopción. Por lo cual, y conforme a una reiterada y pacífica interpretación doctrinal y judicial de tales normas, se exige, en orden al posible acogimiento de la acción modificativa, la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1.º 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.
- 2.º Que dicho cambio tenga suficiente entidad, en cuanto afectando a la esencia de la medida, y no a factores meramente periféricos o accesorios.
- 3.º Que la expresada alteración no sea meramente coyuntural o episódica, ofreciendo, por el contrario, unas características de cierta permanencia en el tiempo.
- 4.º 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.

Establecidas las anteriores premisas jurídicas y para su cumplida aplicación al supuesto contemplado en los autos hemos de tener en cuenta, en primer lugar, que la pretendida nulidad del Convenio Regulador que abierta y manifiestamente se afirma por la dirección jurídica de la apelante debe llevarse a cabo a través del procedimiento legalmente establecido y que no es el presente, cuya finalidad ha quedado antes bien delimitada. Y, en segundo lugar, que por tratarse de efectos secundarios, referidos a aspectos puramente contingentes, y sobre todo, por ir muy

ceñidas tales consecuencias jurídicas de la crisis matrimonial a realidades vivenciales, y por ello cambiantes, no podría quedar inamovible y petrificado el pronunciamiento de la sentencia de nulidad, separación o divorcio relativo a tales efectos y las medidas que los disciplinan, pues ello equivaldría a desconocer la realidad humana, sumamente cambiante y variable. Así pues, es un valor asumido en prácticamente la totalidad de los ordenamientos jurídicos que dichos efectos y medidas poseen un valor «rebus sic stantibus», ya que modificada seriamente la realidad que aconsejó su determinación primitiva u originaria en un concreto sentido, deberán ser modificados correlativamente para su correcta y justa ordenación a la nueva realidad. Y esto es lo que ocurre en el Código Civil español, cuyo artículo 91 regula la modificación de dichas medidas con un carácter genérico, mientras que los artículos 93, 94 y 100 contemplan supuestos de modificación específicos con respecto a la contribución de cada progenitor para con los hijos, el derecho de visitas a los mismos o la pensión especial en caso de desequilibrio, respectivamente, no siendo el presente procedimiento una vía de revisión de la bondad o conveniencia de las medidas matrimoniales que en su día fueron acordadas, sino que requiere la aplicación de una serie de bases que luego serán desarrolladas, pero que en absoluto pueden identificarse con la voluntad de las partes o de una de ellas.

No indica la Juez *a quo* razón suficiente alguna que justifique la no aprobación del acuerdo en el que se consensúa que ambos abonarán por mitad los gastos de estudios superiores de sus hijas en centro privado hasta un máximo de 6.000 euros y exigiéndose acuerdo al respecto cuando el coste sea superior a dicha suma.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 9 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ramón Alonso-Mañero Pardal**

D.ª Amanda interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada en el proceso matrimonial de Divorcio de Mutuo Acuerdo seguido con el número 2282.011 ante el Juzgado de Primera Instancia número Diez de Valladolid, interesando en el escrito de interposición del recurso la parcial revocación de dicha resolución, pues li-

mita su impugnación a la decisión de la Juez de Instancia de no aprobar la propuesta efectuada en la estipulación segunda, apartado a) párrafo cuarto del Convenio Regulador acompañado con la demanda en la que se indica que «... en el supuesto que cualquiera de las hijas se viere obligada a cursar estudios superiores (universi-

tarios o de grado superior) en un centro privado y/o que estuviere ubicado fuera de la ciudad de Valladolid y ello por cuanto no le pudiese ser posible matricularse por razones académicas en el centro requerido de Valladolid (insuficiencia de nota de corte) o no existiere oferta de esos estudios en dicha capital, ambos progenitores abonarán por mitad la matrícula y/o gastos de enseñanza (cuotas mensuales de enseñanza) siempre que la cantidad sea inferior a 6.000 euros por curso académico. Si la cantidad a abonar por tal concepto superare tal importe, se requerirá consenso de ambas partes que, de no haberlo podrá dilucidarse tal particular en el juzgado de familia competente a petición de cualquiera de los progenitores».

La Juez de Instancia excluye del convenio aprobado esta estipulación con el argumento de que lo hace para evitar incidentes en ejecución, y ante la trascendencia del gasto referido a estudios que superen los 6.000 euros, dispone siempre la necesidad de previo consentimiento de ambos progenitores. Esta decisión es la que resulta cuestionada en el recurso al considerar la apelante que infringe lo dispuesto en los artículos 90 y 1255 del Código Civil, así como la jurisprudencia que los interpreta del Tribunal Supremo y de esta misma Audiencia Provincial.

El recurso de apelación así interpuesto merece para esta Sala suerte estimatoria, pues se comparten los acertados argumentos expuestos por la apelante en su escrito de impugnación. Conforme dispone el artículo 1255 del Código Civil aludido por la apelante, en relación con el mandato del artículo 90 del mismo texto legal,

que en su párrafo segundo limita la posible intervención del juzgador en relación con los acuerdos adoptados por los cónyuges para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio tan solo a aquéllos que pudieran reputarse dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, debe ser respetada la libre voluntad de los cónyuges con respecto a los pactos o acuerdos por ellos alcanzados siempre y cuando no se contravengan en los mismos las leyes, moral o el orden público, siendo preciso en su caso expresa motivación de las razones por las que no resulta aprobada alguna de las cuestiones objeto de pacto entre los cónyuges.

En el supuesto que nos ocupa no indica la Juez «a quo» razón suficiente alguna que justifique la no aprobación del acuerdo en cuestión, cuando resulta que por medio del mismo lo que se ha consensuado es que ambos abonarán por mitad los gastos de estudios superiores de sus hijas en centro privado hasta un máximo de 6.000 euros (3.000 euros cada uno de ellos), exigiéndose acuerdo al respecto cuando el coste sea superior a dicha suma. En consecuencia, si no se aprecia daño objetivo alguno para las hijas por razón de dicho acuerdo, ni se deduce perjuicio para cualquiera de los cónyuges, la voluntad de estos libremente plasmada en la propuesta de convenio regulador acompañada a la demanda de divorcio debe ser respetada como manifestación del libre ejercicio del derecho de autonomía privada de los cónyuges. Procede por tanto su inclusión en el convenio y consiguiente aprobación de dicha estipulación por la sentencia dictada.

CUESTIONES PROCESALES

El *dies a quo* para la extinción de la pensión de alimentos a favor de las hijas es el de fecha de interposición de la demanda, y más en el supuesto contemplado cuando se acredita suficientemente en los autos que la situación de autonomía económica de las hijas se encontraba estabilizada antes incluso de dicho momento.

AP León, Sec. 1.^a, Sentencia de 30 de diciembre de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel García Prada

Es único objeto de recurso y, por tanto, de impugnación de la sentencia, la determinación del

«dies a quo» desde el que se extingue la pensión de alimentos a favor de las hijas del apelante que

ya se acuerda en la recurrida. Sobre ello centraremos nuestra atención una vez se pasa por conformes por las partes con el pronunciamiento principal de la sentencia.

Ya se adelanta que no se comparte la decisión adoptada al respecto al fijar como día de extinción de las dos pensiones de alimentos a favor de las hijas del recurrente la de la sentencia del juzgado, pues, es norma general que la pensión de alimentos contemplada en el art. 142 del CC, por su naturaleza y finalidad de sustento al alimentista de los elementos esenciales de la vida, se reconoce con efectos desde la fecha de interposición de la demanda, art. 148 del CC, no existe una norma que determine el momento

preciso de extinción, por lo que ha de entenderse es esta misma fecha la que determina el «dies ad quem» y más en el supuesto contemplado cuando se acredita suficientemente en los autos que la situación de autonomía económica de las hijas de las partes se encontraba estabilizada antes incluso de dicho momento.

Asumiendo, por tanto, los motivos de recurso en el sentido expuesto y también las argumentaciones que se hacen el recurso al sostener que las hijas trabajaban al menos desde el año 2006 y que ya en dicho año solicitó la extinción de la prestación por lo que no puede hablarse de desidia o abandono del padre a la hora de solicitar el cese de la pensión de alimentos.

No es objeto del procedimiento de divorcio decidir el uso de los vehículos que posee la familia, pues se trata de un pronunciamiento propio del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales.

AP Murcia, Sec. 4.^a, Sentencia de 29 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Carrillo Vinader**

No atribución del turismo familiar. Entiende la recurrente que la sentencia incurre en incongruencia omisiva al no haberse pronunciado sobre su petición de que se le atribuya el uso y disfrute del vehículo familiar (Volvo, matrícula ... JPG), alegando que en la familia hay otros siete vehículos, titularidad de las empresas o del marido, y una motocicleta de la que ella es titular (aunque formalmente, pues no tiene permiso para conducir motos).

Ciertamente la sentencia no se pronuncia sobre tal cuestión, pero se trata de un tema que no es de los que el art. 91 CC menciona como de los que deben ser objeto de pronunciamiento en la sentencia de divorcio, siendo propio del procedimiento específico de disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, donde, incluso con carácter cautelar, puede solicitarse.

Desestimada en su integridad la demanda solicitando la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia, sin que concurran serias dudas de hecho o de derecho en tal sentido, procede la aplicación del principio objetivo del vencimiento previsto con carácter general en el artículo 394 de la LEC.

AP Murcia, Sec. 4.^a, Sentencia de 29 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Moreno Millán**

La sentencia dictada en la instancia desestima en su integridad la acción ejercitada por el actor D. Raimundo contra la demandada D.^a Violeta, tendente a la modificación del «quantum»

de la pensión alimenticia fijada en la correspondiente sentencia de divorcio de fecha 30 de junio de 2008, por entender concurrente en la actualidad una alteración sustancial de las cir-

cunstancias que en su momento determinaron su adopción.

La citada sentencia desestimatoria de la pretensión actora, atendiendo a la naturaleza del procedimiento no impone las costas a la parte vencida en la «litis».

La parte demandada muestra su disconformidad con dicho pronunciamiento judicial e interesa su revocación y por tanto la aplicación del principio objetivo del vencimiento en esta materia.

Concretada en los indicados términos la cuestión impugnatoria suscitada en esta apelación, entiende este Tribunal, tras la revisión de lo actuado en los presentes autos, que en efecto, asiste razón a la parte recurrente en la pretensión que plantea, por lo que procede, como seguidamente se argumentará, la revocación del cuestionado pronunciamiento judicial.

Y ello se afirma así en esta alzada, porque, como viene manifestando esta Audiencia Provincial, la naturaleza del procedimiento de separación o divorcio no constituye fundamento relevante en orden a la aplicación de las costas.

Téngase en cuenta que ni el art. 394 de la LEC, como tampoco el ya derogado art. 523 de la LEC de 1881, recogen excepción alguna al principio objetivo del vencimiento en materia de costas en razón a la naturaleza del procedimiento de que se trate, por lo que existe una

mayoritaria y consolidada línea interpretativa de las Audiencias Provinciales, entre las que se encuentran la Audiencia Provincial de Murcia, que atienden esencialmente en esta materia de Derecho de Familia, como criterio impositivo de costas, al criterio objetivo del vencimiento y en definitiva a la facultad discrecional del Juzgador que le permite el art. 394.1 de la LEC, en atención a la existencia de serias dudas de hecho o de Derecho, dada la naturaleza de las materias y cuestiones objeto de debate.

Esas serias dudas de hecho, vendrían dadas, en su caso, por la relatividad de muchos conceptos y materias sujetas a conflicto; la necesidad de acudir a los Tribunales para la obtención de una respuesta y regulación de las consecuencias derivadas de la crisis de convivencia matrimonial, dado que no pueden ser objeto de transacción ni de regulación privada (art. 1814 del Código Civil); en definitiva la existencia de hijos menores, cuyos intereses requieren una especial protección, por encima de los particulares de las partes en litigio, fundamentan, sin duda, el éxito y viabilidad de esta línea jurídico-interpretativa, de aplicación al caso objeto de revisión en esta alzada.

En el caso enjuiciado, la pretensión objeto de la demanda es desestimada en su integridad, sin que concurren serias dudas de hecho o de derecho en tal sentido, por lo que procedería la aplicación del principio objetivo del vencimiento previsto con carácter general en el art. 394 de la LEC.

El artículo 158 del CC no establece previsión alguna sobre posibles audiencias o vistas, máxime cuando concurren razones de urgencia o necesidad, por lo que no procede declarar la nulidad de actuaciones.

AP Guadalajara, Sec. 1.ª, Auto de 23 de diciembre de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María del Carmen Martínez Sánchez

Debemos advertir en primer lugar que si bien en el texto del recurso se alude a una posible nulidad de actuaciones en el suplico del escrito no se articula la misma limitándose el recurrente a solicitar la revocación del auto recurrido. En todo caso ningún fundamento tiene el argumento de nulidad puesto que dada la naturaleza de la medida adoptada y las razones por las que se adop-

ta suponen que ninguna vulneración formal que pudiera conllevar esa nulidad apuntada concurre en el caso de autos. Los arts. 238 y siguientes LOPJ prevén la nulidad de actuaciones cuando se vulneren las normas que regulan los actos procesales siempre que se cause indefensión, lo que no ocurre en este caso. El art. 158 CC establece que: «El Juez, de oficio o a instancia

del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres. 2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. 3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor. 4.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria». De manera que la Norma legitima al Juez para adoptar medidas que considere convenientes en orden al bienestar de los hijos para evitarles perjuicios, a instancia de los mismos, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, y sin establecer previsión alguna sobre posibles audiencias o vistas, máxime cuando concurren razones de urgencia o necesidad, como era este caso, y luego veremos. Como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 2005: «Según constante y reiterada doctrina de este Tribunal, el art. 24 CE, en cuanto reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de indefensión, a un proceso con todas

las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, los principios de contradicción e igualdad de armas, imponiendo la necesidad de que todo proceso judicial esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos e intereses. También hemos afirmado que la interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo, a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales la obligación de procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (por todas, SSTC 138/1999, de 22 de julio [RTC 1999\138], F. 4; 114/2000, de 5 de mayo [RTC 2000\114], F. 2; 178/2001, de 17 de septiembre [RTC 2001\178], F 3)», pero también que, y así Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 2008, y en relación al derecho a la tutela judicial efectiva, que: «al ser un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que haya establecido el legislador para cada sector del ordenamiento procesal». Y en este caso y como hemos adelantado no observamos infracción legal alguna que pueda conllevar la nulidad anunciada aunque no articulada formalmente, con lo que inclusive nos vedaría a esta alzada su apreciación, pero en todo caso asiste al padre el derecho a instar nuevamente la modificación si efectivamente considera que la situación está absolutamente normalizada y ello se ve corroborado por datos objetivos.

El demandado se personó en las actuaciones el mismo día de la celebración del juicio y, constando que en el acto de la vista su letrado no pudo intervenir al negarle esta posibilidad el Juez, estima la Sala que se ha causado una efectiva indefensión que determina la nulidad de las actuaciones desde el momento de la personación y celebración de la vista.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Rafael Márquez Romero**

Se solicita en el escrito de interposición de recurso la declaración de nulidad de las actua-

ciones desde la celebración del juicio oral por cuanto que en el mismo, habiendo sido declara-

do en rebeldía el demandado y personado en las actuaciones sin haber contestado la demanda, no se permitió intervenir a la parte demandada en la práctica de las pruebas realizada en el mismo.

La posibilidad de personación del demandado rebelde se encuentra prevista en el artículo 499 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone que cualquiera que sea el estado del proceso en que el demandado rebelde comparezca, se entenderá con él la sustanciación, sin que ésta pueda retroceder en ningún caso, pues el artículo 136 LEC señala que transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate. El principio de preclusión implica la imposibilidad, finalizado el momento oportuno para la realización de un acto procesal de llevarlo a cabo y es precisamente la consecuencia que establece el artículo 499 de la LEC para el caso de que el demandado no se haya personado en el momento establecido al efecto de comparecer y contestar la demanda y que

posteriormente comparezca. En este caso, el demandado a partir del momento en el que comparece se le tendrá como tal, cesará su declaración como demandado en rebeldía, se entenderán con él el resto de actuaciones y podrá llevar a cabo todas las actuaciones procesales previstas legalmente, pero en ningún caso le está permitido realizar aquellos actos procesales ya precluidos. En el presente caso el demandado se personó en las actuaciones el mismo día de la celebración del juicio y la consecuencia de esto es que no le está permitido contestar a la demanda pero sí intervenir el acto del juicio y en la práctica de la prueba desarrollada en el mismo, es decir podrá intervenir como parte procesal sin que se puedan retrotraer las actuaciones y constanding que en el acto de la vista el Letrado no pudo intervenir en la misma estima la Sala que se ha causado una efectiva indefensión que determina la nulidad de las actuaciones desde el momento de la personación y celebración de la vista, debiendo reponerlas a trámite en el momento anterior a la celebración del juicio oral.

La Ley no dice que el resultado de la exploración tenga que ser secreto para los litigantes, aunque sí que los actos y vistas pueden ser a puerta cerrada y las actuaciones reservadas, garantizando el tribunal en las exploraciones que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. Aunque no se considere justificado en el presente caso ocultar el resultado, lo cierto es que el hecho de no haber tenido acceso a su contenido no ha generado indefensión a la apelante.

APA Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Fuentes Candelas

Previamente descartar la nulidad de actuaciones pretendida. La exploración o audiencia del menor se efectuó por el Juzgado de Familia, constanding el acta en un sobre unido al folio 163. Este Tribunal de apelación ha leído lo que pone y lo deja al conocimiento de las partes. La Ley no dice que el resultado tenga que ser secreto para los litigantes, aunque sí que los actos y vistas pueden ser a puerta cerrada y las actuaciones reservadas, garantizando el tribunal en las exploraciones que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas

para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas e incluso recabar el auxilio de especialistas si lo ve necesario (arts. 754, 770 LEC). Aunque no se considere justificado en el presente caso ocultar el resultado, lo cierto es que el hecho de no haber tenido acceso a su contenido no ha generado indefensión a la apelante ni la sentencia apelada ha tomado sus manifestaciones a favor ni en contra y, desde luego, tampoco resulta en absoluto vinculante para el Tribunal lo manifestado por el hijo.

Teniendo en cuenta que el padre fue citado por edictos, debe admitirse la aportación de documentación que hace en el escrito interponiendo recurso de apelación, al no acreditarse que con anterioridad tuviese conocimiento del procedimiento.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Carrillo Vinader**

La apelada Sra. Frida se opone a la admisión de los documentos presentados por el apelante con su escrito de interposición de recurso al entender que no concurre el supuesto previsto en el artículo 460.3 de la Lec y que la aportación ha sido extemporánea, pues no quiso comparecer en el juicio cuando debió hacerlo, tras haber sido citado en forma.

La Sala no entiende acertada la causa de oposición que se invoca para impedir la aceptación de los documentos aportados por el recurrente. Consta en las actuaciones que la actora desde el

primer momento dijo desconocer el domicilio del demandado y que, tras las investigaciones del Juzgado, no fue encontrado en el que figuraba en los registros oficiales, informando la policía que estaba en paradero desconocido por lo que, finalmente, fue citado por edictos. Tras dictarse sentencia ha comparecido en la causa y no hay constancia de que tuviera conocimiento de la misma con anterioridad, por lo que concurre el presupuesto del art. 460.3, ya que no hay dato alguno para entender que su no comparecencia durante la primera instancia haya sido por causa que le sea imputable.

A pesar de que se han incoado diligencias previas en averiguación de un delito por presunto abuso sexual sobre la hija, la apreciación de la prejudicialidad penal como causa de suspensión del procedimiento civil, al amparo del artículo 40 de la LEC, no es correcta, ya que cualquiera que sea la resolución definitiva que se dicte en el procedimiento penal, sus pronunciamientos no pueden afectar a la procedencia o no del divorcio y otras medidas coetáneas al mismo.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 19 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Margarita Blasa Noblezas Negrillo**

El auto hoy recurrido acuerda la suspensión del procedimiento de divorcio, en el cual, entre otros extremos, se solicitaba la adopción de medidas tales como la guarda y custodia y régimen de visitas, y pensión alimenticia, al haberse incoado diligencias previas n.º 873-2010 del Juzgado de Instrucción 5 de los de Sant Boi de Llobregat en averiguación de un delito por presunto abuso sexual sobre la persona de la hija de las partes, como consecuencia de la denuncia interpuesta por la hoy actora. El procedimiento fue sobreesido provisionalmente por auto de 17-2-2011, si bien ha sido recurrido. Contra el mismo se alza el apelante alegando la aplicación indebida del art. 40 LEC, así como la interpretación restric-

tiva en cuanto a la preferencia de la jurisdicción penal sobre la civil.

Sentadas así las bases del recurso, antes de nada diremos que el art. 10.2 LOPJ establece que la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de esta, determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca... La STS de 11-6-92 establece que la ley procesal civil consagra la prejudicialidad penal para el supuesto de que la sentencia civil haya de fundarse exclusivamente en la existencia de un delito,

de ahí su interpretación restrictiva. Es decir, la cuestión prejudicial penal no debe ser entendida de un modo absoluto, sino relativo, al entender que el pleito civil puede continuar cuando se ha dictado en el procedimiento penal auto de sobreseimiento, como así refiere la STS de 22-9-89, ya sea libre o provisional. Por otro lado tal prejudicialidad solo viene referida a aquellos extremos de un juicio que estén directa o íntimamente relacionados con el proceso penal, de tal modo que el hecho investigado en el proceso penal produce un efecto reflejo en el proceso civil, vinculando a éste a emitir un pronunciamiento en uno u otro sentido. Sin embargo el hecho instruido o conocido por la jurisdicción penal como posible infracción criminal no puede afectar a aquellos extremos que no resultarían vinculados por la decisión del proceso penal.

En nuestro caso si bien es un hecho cierto que aún no se ha resuelto definitivamente la causa penal, ello no puede condicionar que se resuelva la demanda de divorcio y otros efectos derivados del mismo, tales como la determinación del uso de la vivienda familiar, la fijación de la pensión alimenticia, atribución de la guarda y custodia y demás. Es obvio que la reso-

lución definitiva que se dicte en la causa penal puede afectar la patria potestad y régimen de visitas, pero insistimos, la existencia de una causa penal por una infracción de esa naturaleza ni vincula, ni puede condicionar la estimación en su caso, del divorcio ni otras cuestiones diferentes a las señaladas. En conclusión, la apreciación de la prejudicialidad penal como causa de suspensión del procedimiento civil, al amparo del art. 40 LEC, no es correcta, ya que cualquiera que sea la resolución definitiva que se dicte en el procedimiento penal, sus pronunciamientos no pueden afectar a la procedencia o no del divorcio y otras medidas coetáneas al mismo, pues claramente el art. 40.2 exige la apreciación de la misma que «la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se proceda en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el proceso civil», requisito que no concurre por las razones expuestas, por lo que procede estimar el recurso de apelación, y en su consecuencia, se revoca la resolución recurrida a fin de que se dicte sentencia resolviendo la demanda de divorcio y, en su caso, las medidas complementarias, salvo las que pudieren verse afectadas por el procedimiento penal.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Es procedente aplicar la compensación entre, por un lado, la cantidad reclamada por atrasos de pensión compensatoria y de alimentos para la hija y, por otro lado, la mitad de las cantidades pagadas por el ejecutado por gastos extraordinarios de lentillas, gafas y odontología, además de lo pagado por el IBI de la vivienda adjudicada en liquidación de gananciales a la esposa. La ejecución versa sobre pensiones alimenticias atrasadas y por tanto no hay inconveniente para aplicar las reglas del Código Civil sobre compensación.

AP Albacete, Sec. 1.ª, Auto de 30 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Salinas Verdeguer**

En la presente ejecución de título judicial, derivado de un proceso matrimonial, la ejecutante pretende que se revoque el auto en que se estimó la oposición, aplicando la compensación entre, por un lado, la cantidad reclamada por atrasos de pensión compensatoria y de alimentos para la hija y, por otro lado, la mitad de las cantidades pagadas por el ejecutado por gastos extraordina-

rios de lentillas, gafas y odontología, además de lo pagado por impuesto sobre bienes inmuebles de la vivienda adjudicada en liquidación de gananciales.

Aun siendo cierta la prohibición de compensación de las deudas ordinarias con la alimenticia, en aplicación de la regla «in preteritum non vivitur», esta prohibición sólo se aplica cuando

se reclaman los alimentos en el momento en que han de ser prestados, tal como dispone el artículo 151 del Código Civil, según el cual los alimentos no pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos, aunque añade que «podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas». En este caso la ejecución versa sobre pensiones alimenticias atrasadas y por tanto no hay inconveniente para aplicar las reglas del Código Civil sobre compensación.

La siguiente argumentación, que en el convenio regulador, en su estipulación cuarta, al regular el pago de los gastos extraordinarios urgentes, no contempla los gastos de ortodoncia y lentillas, que no son compensables por tanto, sin embargo la referida estipulación cuarta se refiere a los gastos «de naturaleza médica, odontológicos, así como las gafas o lentillas que pudiese necesitar la menor», entre los que evidentemente se comprenden los gastos de ortodoncia, que

quedan comprendidos dentro de los odontológicos. Igualmente hay que rechazar lo que se argumenta sobre los gastos por lentillas, ya que en el convenio regulador se hace referencia a gastos extraordinarios urgentes y a continuación se inserta la frase transcrita, por ello tanto la señora juez como ahora la Sala cree que la mitad de los gastos justificados de lentillas de la hija pagados por el ejecutado son compensables con la cantidad reclamada como decidió la señora juez de instancia.

Por último se discute la cuantía total de los gastos de ortodoncia satisfechos por el ejecutado, cuando debieron pagarse por mitad, la ejecutante sostiene que la cantidad abonada es sólo de 2.939 euros y no la que se refleja en el auto de 3.489 euros, sin embargo el documento del folio 51, en el que la empresa de ortodoncia resume el estado de cuentas del tratamiento de ortodoncia a la hija de la recurrente consta que el total pagado fue de 3.489 euros, por ello hay que rechazar también el recurso en este punto.

Determinados cambios de circunstancias pueden tener trascendencia como causa de oposición a la ejecución, sin hacer necesaria la presentación de una demanda de modificación de medidas. Piénsese, por poner algún ejemplo, en los casos de convivencia estable de los menores con el progenitor no custodio o de vida independiente o con su pareja de los hijos ya mayores.

AP León, Sec. 2.ª, Auto de 30 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Alberto Francisco Álvarez Rodríguez**

El Auto recurrido, de fecha 10 de enero de 2011, estimó la oposición formulada por D.ª Flor a la ejecución instada por su ex marido D. Avelino en la que reclamaba 5.055,30 euros en concepto de atrasos de los años 2004 a 2009 de la pensión alimenticia reconocida a favor del hijo menor Gaspar en Auto de modificación de medidas de fecha 13 de octubre de 2004, y, en consecuencia, dejó sin efecto la ejecución despachada.

El recurso de apelación interpuesto por la representación del ejecutante considera infringidos, en primer lugar, el artículo 556.1 LEC, en cuanto de la prueba practicada no resulta acreditado el pago y mucho menos que el mismo fuera total y, en segundo lugar, los artículos 11.2

LOPJ y 7.2 CC, en cuanto no solo no ha existido un ejercicio abusivo del derecho por parte del recurrente al reclamar lo que considera se le adeuda, sino que las alegaciones y los argumentos que sustentan su apreciación (mayoría de edad, independencia económica del hijo, convivencia con los abuelos, etc.) solo podrían tener virtualidad en un hipotético procedimiento de modificación de medidas, mas no en un procedimiento de ejecución.

Como ya hemos tenido ocasión de razonar en resoluciones anteriores (Autos n.º 113/2010, de 24 de noviembre y 74/2011, de 20 de octubre), siguiendo una interpretación literal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, algunos tribunales

entienden que la oposición a la ejecución de un título judicial sólo puede basarse en las causas expresamente previstas en los artículos 556 (motivos de fondo) y 559 (motivos de forma) de la citada Ley. Por lo tanto, si el ejecutado quisiera alegar otras causas debería hacer valer sus derechos en otro procedimiento.

Otros tribunales, por el contrario, teniendo en cuenta el carácter tan cambiante de las relaciones personales y económicas en los procedimientos de familia y haciendo gala de una mayor sensibilidad a la problemática que con no poca frecuencia se suscita en la fase de ejecución de dichos procedimientos, entienden que las causas de oposición no pueden ser únicamente las previstas en el citado artículo 556.

Somos de la opinión, y así lo decíamos en aquellas resoluciones, de que determinados cambios de circunstancias pueden tener trascendencia como causa de oposición a la ejecución,

sin hacer necesaria la presentación de una demanda de modificación de medidas. Piénsese, por poner algún ejemplo, en los casos de convivencia estable de los menores con el progenitor no custodio o de vida independiente o con su pareja de los hijos ya mayores.

En el presente caso ha quedado probado que el joven Gaspar, mayor de edad desde junio de 2005, durante estos años ha convivido mucho más con sus abuelos paternos que con su padre, que, sin poder concretar períodos, ha contado con trabajo remunerado durante una buena parte del tiempo en que se habrían generado los atrasos reclamados y que su madre, la ahora apelada, le ha hecho entregas de dinero, en cuantía no determinada. Datos que, en su conjunto y tras escuchar el testimonio de Gaspar en la vista, evidencian la injusticia de la reclamación y la sensatez de la resolución que la desestima que, por lo tanto, previa desestimación del recurso, debe ser confirmada.

Debe admitirse a trámite la demanda de ejecución en la que se insta el cumplimiento de la cláusula del convenio regulador en la que se pactó dividir al 50% los fondos de inversión o cuentas no inventariados en la liquidación de gananciales.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 30 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Carmen Neira Vázquez**

La dirección Letrada de la parte apelante interesando la revocación de la resolución recurrida pidió que se despache ejecución conforme se pide en la demanda ejecutiva y escrito de ampliación y subsidiariamente se ordene al Juzgado que despache ejecución respecto de las liquidaciones expresa y literalmente mencionadas en el convenio regulador y señala entre otras cuestiones que la parte demandada ni siquiera ha insinuado en su escrito de noviembre de 2009 al comunicar al Juzgado la relación de cuentas y depósitos existentes a su nombre en la fecha de divorcio que alguno de dichos depósitos tiene carácter privativo y no debe incluirse en la liquidación operada en el CR.

Por su parte Don Isidoro pide que se confirme el auto y alega entre otras consideraciones cuál es la situación económica que en la actualidad tienen

la sociedad de gananciales que está compensada —sostiene— no sólo por los ingresos y bienes sino también por los gastos que deben ser asumidos y tenidos en cuenta al hacer la liquidación.

Se resuelve en la primera instancia denegar el despacho de ejecución solicitado lo que al parecer de la Sala no es conforme a derecho y a las circunstancias acreditadas del caso.

En efecto, se pide demanda ejecutiva en reclamación del cumplimiento de las medidas patrimoniales que se reflejan en la sentencia dictada por el Juzgado el 30 de mayo de 2007 en los autos de divorcio de mutuo acuerdo para que se abone a la ejecutante la suma de 57.298,10 euros en concepto de principal y otras cantidades para intereses.

Se dicta en su día sentencia de divorcio que aprueba el CR suscrito entre las partes entre cu-

yas medidas se había estipulado la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales acordando dividir por mitad entre los litigantes en la forma que se reseña al folio 22 de los autos significando que el plan de pensiones a nombre del ahora apelado y los fondos inventariados con los números que se indican —señalando— y si dado el caso de que apareciesen más fondos que los que se señalan se procedería en igual forma, previos los pagos que allí se relacionan.

A continuación también se estipula entre otras medidas que si hubiese algún fondo o cuenta corriente no inventariada se repartirá por mitad.

Y es así que en su virtud se presenta demanda ejecutiva que solicita ejecución del CR, requiriendo al ejecutado, y tal pretensión no puede sino ser acogida a la luz de lo establecido en el artículo 18 de la LOPJ, según el cual las sentencias habrán de ser ejecutadas en sus propios términos, estableciendo al efecto el TC, entre numerosas resoluciones, valga entre otras la 148/1989 de 21 de septiembre, que «Pero esto no puede interpretarse restrictivamente, sino más bien a favor de una ejecución satisfactoria, con lo que se quiere decir, en suma, que el Juez

de ejecución ha de apurar siempre, en virtud del principio *pro actione*, del de economía procesal y, en definitiva de su deber primario de tutela, la posibilidad de realización completa del fallo, infringiendo de él todas sus naturales consecuencias en relación con la *causa petendi*, es decir de los hechos debatidos y de los argumentos jurídicos de las partes, que aunque no pasen literalmente al fallo, como es lógico, si constituyen base para su admisión o rechazo por el Juzgador y, por ello fundamento de su fallo, del cual operan como causas determinantes...».

Dicho lo cual la lectura del contenido del CR sin duda contiene los presupuestos inexcusables para el despacho de ejecución todo ello en los términos del artículo 551 de la LEC, al concurrir los presupuestos procesales exigidos, en cuanto el título ejecutivo no adolece de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan son conformes con la naturaleza y contenido de dicho título, y sin que proceda, por otra parte, en este trámite valorar el fondo de la cuestión debatida, a sustanciar en su caso con la parte contraria de manera que procede con estimación del recurso revocar el auto y acodar que procede el despacho de ejecución.

En el auto se razona acertadamente que en el periodo por el que se reclama la pensión alimenticia el hijo matrimonial convivía con el padre que le sostuvo, por ello se da la causa de oposición del artículo 556.1 de la LEC, es decir, «cumplimiento de lo ordenado en la sentencia».

AP Albacete, Sec. 1.ª, Auto de 30 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Salinas Verdeguer**

La parte actora impugna el pronunciamiento en que se estima la oposición a la ejecución de la sentencia de 23 de marzo de 2006 decidida en el auto apelado, argumenta que la resolución incumple la Ley de Enjuiciamiento Civil al admitir una oposición no basada en causa ni documentos del artículo 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no motiva la desestimación de la excepción de cosa juzgada invocada por la recurrente y que incurre en error, infracción de doctrina legal e infracción legal, cuando el auto desestima la petición de ejecución de una obli-

gación alimenticia sosteniendo que el hijo matrimonial mayor de edad para cuyo mantenimiento se estableció, residía en el periodo reclamado con el padre que se opuso a la ejecución y no con la madre ejecutante.

El recurso de la ejecutante no debe tener éxito, pues la ejecución de una sentencia ha de seguir estrictamente lo resuelto en ella, sin entrar a resolver sobre la ejecución de otras resoluciones judiciales, en las que no se puede fundar el cumplimiento de la sentencia que es exclusivo objeto de esta ejecución.

En este caso se pretendió la ejecución o apremio para el pago de cantidades devengadas por alimentos del hijo mayor del matrimonio, en el auto se razona acertadamente que en el periodo por el que se reclama la pensión alimenticia el hijo matrimonial convivía con el padre que le sostuvo, por ello se da una causa de oposición del número uno del artículo 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el «cumplimiento de lo ordenado en la sentencia», pues aunque esta Sala ha declarado reiteradamente que la pensión alimenticia fijada en favor de uno de los cónyuges para el sostenimiento de los hijos mayores del matrimonio, favorece al progenitor para el que se establece y no se cancela con las cantidades pagadas directamente al hijo por el otro proge-

nitro, en los casos en que se prueba que no sólo cesó la convivencia con él, sino que el hijo convive con el otro cónyuge que le sostiene completamente, lo que desaparece por cumplimiento es la obligación del pago de alimentos. En este caso la prueba es abrumadora, la declaración del hijo en el acto de la vista, una declaración escrita anterior que fue ratificada, los actos posteriores de la ejecutante, en el convenio de modificación de medidas y liquidación de gananciales no se hace mención a los alimentos atrasados que se reclaman. En definitiva la Sala comparte el criterio de la señora juez, prefiere su criterio de valoración de la prueba frente al de la parte recurrente y mantiene la existencia de la causa opuesta a la ejecución.

No procede acceder al despacho de ejecución en el que se solicita la devolución de pensiones alimenticias percibidas indebidamente, pues la sentencia que acuerda la extinción de la obligación alimenticia no contiene pronunciamiento alguno en relación con la devolución de las pensiones.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 27 de diciembre de 2011

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 resolución acogiendo los motivos y revoque el pronunciamiento implícito relativo a la no procedencia de despacho de ejecución, ordene la procedencia de que se despache la ejecución y alega entre otras razones que se ejercita la acción de enriquecimiento injusto o de cobro de lo indebido y señala que si la sentencia de la corte de Colmar considera que la recurrente no está obligada a abonar las prestaciones de alimentos debe entenderse que sus efectos afectan asimismo a los preceptos de la sentencia de primera instancia y concluye significando que la recurrente no tenía por qué abonar dichas cantidades debiéndose en consecuencia devolver por quien se enriqueció con las mismas y por ello es por lo que se solicita que se ejecute el título en el sentido de considerar la devolución de dichos pagos.

Se resuelve en la primera instancia denegar el despacho de ejecución que se reitera en esta alzada acordándose en el auto apelado el archivo

del procedimiento.

Y tal objeto de controversia ha de ser examinado a la luz del Reglamento CE número 44-2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil cuyo artículo 38 en cuanto a la ejecución establece que las resoluciones dictadas en un Estado miembro que allí fueren ejecutorias se ejercerán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hubiere otorgado su ejecución en este último.

La sentencia objeto de ejecución es la dictada en su día en la corte de Apelación de Colmar y a cuyo tenor se pide despacho de ejecución de 5.200 euros en concepto de principal y otra cantidad para intereses devengados por la no devolución —se dice— de las rentas pagadas indebidamente desde la fecha de la resolución de la Corte de Apelación de Colmar, esto es, desde 13 de febrero de 2008 hasta el día del recurso.

En su virtud se presenta así demanda ejecutiva que solicita ejecución en los términos señalados, y tal pretensión no puede sino ser examinada a la luz de lo establecido en el artículo 18 de la LOPJ, según el cual las sentencias habrán de ser ejecutadas en sus propios términos, estableciendo al efecto el TC, entre numerosas resoluciones, valga entre otras la 148/1989 de 21 de septiembre, que «Pero esto no puede interpretarse restrictivamente, sino más bien a favor de una ejecución satisfactoria, con lo que se quiere decir, en suma, que el Juez de ejecución ha de apurar siempre, en virtud del principio *pro actione*, del de economía procesal y, en definitiva de su deber primario de tutela, la posibilidad de realización completa del fallo, infiriendo de él todas sus naturales consecuencias en relación con la *causa petendi*, es decir de los hechos debatidos y de los argumentos jurídicos de las partes, que aunque no pasen literalmente al fallo, como es lógico, si constituyen base para su admisión o rechazo por el Juzgador y, por ello fundamento de su fallo, del cual operan como causas determinantes».

Dicho lo cual la lectura del contenido de la sentencia objeto de cuestión, sin duda, no contiene los presupuestos para el despacho de ejecución todo ello en los términos del artículo 551 de la LEC, al no concurrir los presupuestos exigidos, en cuanto el título ejecutivo si bien no adolece de ninguna irregularidad formal, sin embargo los actos de ejecución que se solicitan no son conformes con la naturaleza y contenido de dicho título, y aunque no procede, por otra parte, en este trámite valorar el fondo de la cuestión debatida, es lo cierto que la sentencia de Tribunal de Colmar viene a declarar formalmente y de manera expresa que invalida parcialmente lo juzgado en cuanto a la fijación de la contribución mensual de manutención por parte de la Sra. Coral a favor de Alexandra decidiendo de nuevo en este punto la dispensa a la señora Coral de toda contribución sobre la manutención de Alexandra que queda a cargo de su padre a partir de 1 de junio 2003, por razones de su pobreza, dice que el Sr. Edmundo, queda liberado de la contribución de manutención a cargo de su hija Victoria, que pasa a entregarse directamente a ella desde el presente escrito, y confirma todo lo juzgado

anteriormente que no haya sido modificado por este Tribunal desestimando las restantes demandas de ambas partes.

Nada se dice allí por lo tanto sobre la devolución de lo indebidamente pagado o abonado con anterioridad o en cualquier otro momento y entre sus fundamentos tampoco puede inferirse dicha consecuencia en tanto en cuanto se expresa en su fundamentación que las necesidades de Alexandra desde junio de 2003 son reales y justificadas debidas al hecho de la escolarización en un centro privado y adaptado a su situación añadiendo que sin embargo «este tribunal cree que no debe exigirse a la Sra. Coral la participación en la manutención de Alexandra ya que no es de tipo personal.

En consecuencia —continúa la resolución—, la contribución del señor Edmundo debe ser suprimida a partir de 1 de junio de 2003 desestimando su pretensión de contribución de la Sra. Coral por razones de pobreza financiera de ésta.

Nada dice por lo tanto la resolución sobre la pretensión que ahora se ejercita y por más que se integren aquellos razonamientos para completar el fallo de la sentencia este Tribunal no encuentra razones para acoger la petición que se formula por cuanto la resolución del Tribunal de Colmar analizando la situación financiera de uno y otro interesado a fin de determinar la contribución de la Sra. Coral en referencia a la manutención de Alexandra a partir del 1 de junio de 2003 examina la situación en perspectiva con referencia a las partes y a la joven sin hacer mención, en momento alguno, a teorías o bien próximas al pago de lo indebido o enriquecimiento injusto que de alguna manera pudieran avalar la pretensión que se formula, de reclamar las pensiones ya abonadas, que en última instancia en aplicación de la doctrina jurisprudencial consolidada en materia de prestación alimenticia, bien pudieran entenderse consumidas en las atenciones y satisfacción de las necesidades del alimentista, máxime cuando en dicha sentencia se alude a las necesidades de Alexandra, reales y justificadas debidas al hecho de la escolarización en un centro privado y adaptado a su situación, todo lo cual conduce en su conjunta valoración a desestimar este motivo de apelación y a confirmar el auto recurrido.

Los pagarés que el esposo entregó a la esposa antes de ratificarse el convenio regulador no pueden tenerse en consideración en el proceso de ejecución iniciado por la esposa por el impago durante más de cuatro años de la pensión alimenticia y compensatoria.

AP Cuenca, Sec. 1.ª, Auto de 27 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Marta Vicente de Gregorio**

En orden a la resolución del presente recurso de apelación, se ha de precisar que el procedimiento del que dimana la apelación tiene por objeto la ejecución de la sentencia de divorcio dictada el 22 de junio de 2007, que en lo que aquí interesa, acuerda a cargo del ejecutado el pago como pensión de alimentos a favor de sus hijos la cantidad de 600 euros al mes para cada uno y 500 euros al mes en concepto de pensión compensatoria durante cinco años; reclamándose en la demanda ejecutiva iniciadora de este procedimiento la cantidad de 59.500 euros por mensualidades dejadas de satisfacer desde el 17 de julio de 2007.

El ejecutado se opone a lo anterior manifestado que ha abonado totalmente la deuda que aquí se reclama, aportando fotocopias de pagarés (tres de 18 de enero de 2007 por importe de 30.000 euros, 3.600 euros y 3.000 euros y uno de 26 de enero de 2007 por importe de 23.800 euros).

El auto que hoy se recurre desestima la oposición a la ejecución al no tener por acreditado que dichos pagos anteriores a la sentencia de separación se correspondieran con el pago anticipado de los importes reclamados.

Frente a lo anterior se interpone recurso de apelación por la parte ejecutada, en el que se hace constar que la juzgadora *a quo* incurrido en error a la hora de valorar la prueba practicada, alega vulneración del artículo 217.3.7 y 280 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, manifestando también que la resolución de instancia incurre en incongruencia omisiva; alegaciones que se basan en fundamentar que debió ser la ejecutante quien hubo de hacer prueba de que dichas cantidades no se destinaron al pago de las pensiones y si a deudas anteriores tal y como ella manifestó, que la juzgadora *a quo* no se ha pronunciado sobre la acreditación o no del desti-

no de dichas cantidades y que lo lógico hubiera sido considerar que dichos pagos se hicieron en concepto de abono de las pensiones.

Precisado lo anterior, no podemos obviar que nos hallamos en el seno de una ejecución judicial por incumplimiento de lo acordado en una sentencia de separación en el que clara y terminantemente se establecía la obligación de abono de una determinada cantidad en concepto de pensión alimenticia para los hijos comunes del matrimonio. Para el caso de que se ejecute una resolución judicial, como aquí ocurre, establece el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que el ejecutado puede oponerse a ella por escrito alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, que habrá de justificar documentalmente, y que también podrá oponer la caducidad de la acción ejecutiva y los pactos y transacciones que hubieren convenido para evitar la ejecución siempre que los mismos consten en documento público.

Pues bien, dicho lo anterior, esta Sala, tras el análisis de lo actuado en los presentes autos, participa de las conclusiones obtenidas por la Juzgadora *a quo*, siendo que la valoración por ella efectuada no se considera arbitraria, ilógica o absurda, habiéndose pronunciado sobre los puntos litigiosos, afirmando no tener por acreditado que los pagos efectuados por el ejecutado se correspondan con las deudas aquí reclamadas correspondientes a las pensiones alimenticias y compensatoria fijadas en sentencia de 22 de junio de 2007, y ello porque basta ver los pagarés, que además son de fecha anterior a dicha sentencia y a la ratificación del convenio, para concluir que de los mismos no se extrae que se correspondan con el abono de lo reclamado, y que dichas cantidades importantes de dinero y abonadas por anticipado se correspondan con el pago de las pensiones, pues lo lógico hubiera

sido que así se hiciera constar durante la sustentación del procedimiento de divorcio, tal y como, por ejemplo, hicieron constar las partes otras circunstancias en relación con los hijos. Por lo que, en atención a lo anterior, al no haber dado cumplido cumplimiento a la resolución judicial de cuya ejecución se trata en sus propios términos, no puede considerarse que la resolución recurrida haya incurrido en error en

la valoración de la prueba y procede la desestimación del recurso de apelación en cuanto a dicha pretensión.

En virtud de la flexibilidad que permiten los artículos 398 y 394 de la citada Ley, no ha lugar a hacer especial condena en cuanto a las costas causadas en la presente alzada, y ello en atención a la naturaleza del procedimiento y de las circunstancias concurrentes.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Se declara la competencia del Juzgado de Violencia sobre la mujer para sustanciar el procedimiento de formación de inventario previo al procedimiento de liquidación de gananciales.

AP León, Sec. 1.ª, Auto de 30 de diciembre de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel García Prada

Se ha suscitado cuestión de competencia negativa entre el Juzgado de Instrucción n.º 4 y de Violencia sobre la mujer de León y el Juzgado de Familia sobre el conocimiento de un procedimiento de liquidación de gananciales posterior a la sentencia de divorcio dictada el día 11 de febrero de 2010 por el primero de los órganos citados, rechazando éste la competencia por no estar incluida dentro de los supuestos del art. 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece una competencia para dichos Juzgados de Violencia sobre la mujer exclusiva y excluyente. A su vez el Juzgado de Familia rechaza la competencia por entender que el art. 807 de la LEC al tratarse de una norma específica para el supuesto de liquidación de gananciales otorga el conocimiento del asunto al juzgado que resolvió el procedimiento de divorcio.

La cuestión ahora suscitada no es pacífica en la doctrina de las Audiencias Provinciales existiendo pareceres contrapuestos, así la Audiencia Provincial de Asturias se inclina por considerar que de dichas demandas de liquidación de gananciales debe conocer el Juzgado de Familia por no estar específicamente incluido dentro de las competencias del Juzgado de Violencia sobre la mujer. Por el contrario la Audiencia Provincial de Albacete estima que ha de conocer del proceso de liquidación de gananciales el juzga-

do que lo hizo del procedimiento de separación o divorcio al ser ese proceso accesorio de este último y así disponerlo el art. 807.

A la hora de decidir la cuestión suscitada se podría sostener que no es competente el Juzgado de Violencia sobre la mujer, al disponer el art. 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial que el conocimiento de procesos civiles por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer lo será de forma exclusiva y excluyente en el orden civil cuando concurren simultáneamente los requisitos contemplados en su número tres, entre ellas, que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número dos de dicho precepto (entre las que no está el procedimiento de liquidación de gananciales), este es la tesis que se mantiene en el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias al decir: «... en el meritado artículo no aparece atribuida expresamente competencia de dicho Juzgado de Violencia para conocer de los procedimientos de liquidación de sociedad conyugal, como lo es el que nos ocupa, por lo que, en ningún caso puede conocer el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Gijón de dicho procedimiento y, en su consecuencia, ha de ser el Juzgado de Familia número 9 de Gijón quien ha de conocer del procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales promovido».

Decíamos en nuestro anterior auto de 30 de diciembre de 2011, dictado en el Rollo n.º 654/2001: «Podría decirse que la competencia atribuida a un órgano judicial por haber dictado una sentencia sobre una clase de asunto determinado y no por la materia, entraría en el ámbito de la competencia funcional por conexión (artículo 61 de la LEC), y aunque la liquidación de la sociedad de gananciales ni es ejecución de sentencia ni un incidente del proceso de separación, nulidad o divorcio, nada obsta para que pueda ser establecida legalmente para casos concretos, como el que nos ocupa. Dicho de otro modo: no es tanto que el asunto sea competencia por razón de la materia (artículo 87 ter de la LOPJ) como por conexión establecida por disposición legal. En este sentido se manifiestan los autos dictados por las Audiencias Provinciales de manera casi unánime: auto núm. 1397/2007 de 22 noviembre de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24a), auto de 15 Sep. 2008, rec. 457/2008, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, auto de 15 Sep.

2008, rec. 457/2008, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, auto núm. 245/2009 de 18 diciembre de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2.ª), auto núm. 122/2010 de 20 octubre de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5.ª), auto núm. 5/2011 de 21 enero de la Audiencia Provincial de Albacete (Sección 1.ª), auto núm. 39/2007 de 23 febrero de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5.ª), auto núm. 72/2007 de 28 marzo de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5.ª), auto de fecha 11 de septiembre de 2009, recurso 290/2009, de la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1.ª).

Siguiendo este criterio mayoritario ya establecido en resolución de este Tribunal antes citada, para decidir la contienda suscitada se declara la competencia del Juzgado de Violencia sobre la mujer para sustanciar el procedimiento de formación de inventario previo al procedimiento de liquidación de gananciales instado por la procuradora D.ª María del Mar Martínez Gago en nombre de D.ª Ascensión.

Aunque ciertamente era un tanto sorpresiva la alegación que se hizo en el acto de la vista, como el artículo 426.3 permite realizar peticiones accesorias o complementarias a las formuladas en sus escritos, la inclusión de un bien en el acto de la vista no vulnera ninguna norma procesal ni causa indefensión.

AP León, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel García Prada**

Se argumenta en el recurso que la inclusión de este bien por la parte contraria en el acto de la vista del juicio de forma sorpresiva le ha causado indefensión. Se dice que en todo caso no está acreditado suficientemente que pertenezca a Ismael.

Aunque ciertamente es un tanto sorpresiva la alegación que se hizo en el acto de la vista, como el art. 426.3 permite realizar peticiones accesorias o complementarias a las formuladas en sus escritos, dada la contienda que ahora atrae la atención judicial, se entiende que propiamente no vulnera tal precepto y que efectivamente haya ocasionado indefensión a la parte. Ahora bien,

otra cosa es que se haya demostrado convincentemente en este trámite procesal que dicho bien pertenece a la sociedad de gananciales, teniendo en cuenta la escasa documentación y prueba de otro tipo aportada a los autos (puesta en cuestión por la parte hoy recurrente). Sorprende que aludiendo a un documento del año 2007 no se aportara inicialmente y se haga en el acto del juicio, en todo caso no se estima suficientemente justificada en este momento procesal la titularidad ganancial del bien, por lo que procede excluirlo del inventario dentro del procedimiento en que nos hallamos, sin perjuicio de posteriores acciones de las partes sobre dicho bien.

Inclusión del mobiliario en el activo de la comunidad matrimonial, pese a que todas las facturas figuran a nombre del actor, pues tal constancia no significa que éste fuera el único pagador de ellas. No es común que se elaboren facturas a nombre de dos personas.

AP Ávila, Sec. 1.^a, Sentencia de 29 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María Francisca Caridad Juárez Vasallo**

Comenzando por la primera de las alegaciones del recurso formulado por la representación del Sr. Jesús Ángel, ha de convenirse con el juzgador *a quo* en la inclusión del mobiliario en el activo de la comunidad matrimonial en base al propio art. 1441 del CC, que el recurrente señala como infringido, y ello porque, pese a que todas las facturas figuran a nombre del actor, tal constancia no significa que éste fuera el único pagador de ellas. El argumento que señala la resolución recurrida para avalar su decisión es plenamente válido: ciertamente las facturas figuran a nombre del esposo pero no se ha probado que fuera él quien las abonó. No es común que se elaboren facturas a nombre de dos personas siendo, por el contrario, muy frecuente que, aún realizándose la compra por varias personas, sea facturado sólo a nombre de una de ellas. Es digno de mención que las facturas presentadas (doc. 13 a 25 demanda principal) están a nombre del esposo pero no se prueba en modo alguno que se haya hecho un cargo por tales cantidades en la cuenta de éste, figurando pagos al contado o

pagos a las cuentas de los proveedores sin que se pueda obtener la certeza de que fueron éstos hechos por el Sr. Jesús Ángel.

La regla contenida en el art. 1441 C. Civil ha venido siendo interpretada por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que constituye una presunción de condominio si no resulta suficientemente acreditado, al amparo de las pruebas practicadas en el curso del procedimiento, que los bienes objeto de conflicto son propiedad privativa de uno u otro cónyuge, ya que, como ha señalado la sentencia de la Sala.^a del Tribunal Supremo de 28-4-1997, el citado precepto contiene una presunción *iuris tantum* que respeta la autonomía patrimonial de los cónyuges en régimen absoluto de separación de bienes, al establecer una situación de proindiviso por mitad, que afecta al haber y disponibilidad dominical de cada uno de los consortes, que en definitiva es a lo que lleva la sentencia de instancia, al valorar la contribución de ambos cónyuges en la adquisición del mobiliario, por lo que debe rechazarse el motivo.

Se pretende por el ex esposo que los 64.231,73 euros que entregó para compra de dos locales se constituya en crédito en su favor y forme parte del pasivo de la sociedad de gananciales. Sin embargo, la escritura de venta de los locales tuvo lugar constante matrimonio, y es éste el momento en que se adquiere la propiedad de los locales, siendo determinante el acto propio del esposo reconociendo el carácter ganancial aun cuando la esposa no estaba presente.

AP Palencia, Sec. 1.^a, Sentencia de 28 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Mauricio Bugidos San José**

Se pretende en el siguiente motivo de recurso presentado por la representación de don Narciso que la cantidad de 64.231,73 euros que se entregó para compra de dos locales en Venta de Baños, se constituya en crédito en su favor y for-

me parte del pasivo de la sociedad gananciales, afirmando que dicha entrega se hizo antes del matrimonio con D.^a Felicísima, y con dinero privativo. Se dice que la sentencia de instancia no estimó la petición que ahora se reproduce, al

considerar que tal cantidad en realidad era un adelanto de la futura sociedad de gananciales, pero no tiene en cuenta que el primero de los pagos del total de dos realizados, por importe de 5.600.000 pesetas se hizo el día 12 diciembre 1991; que documentalmente (documentos números 18 y 19 de los presentados por la parte) se constata que se refería al pago de un precio aplazado que además se hizo desde una cuenta titularidad de don Narciso; que la compraventa de los locales se había perfeccionado ya, pues en caso contrario en los documentos en cuestión constaría que se habrían entregado las cantidades antedicha en concepto de arras o adelanto o reserva; que en fecha 15 de julio 1992 se habría producido una segunda entrega también por don Narciso por importe de 5.087.261 pesetas, es decir habría tenido lugar más de un año antes de la celebración del matrimonio con D.^a Felicísima que lo fue en noviembre de 1993; que está acreditado que el total de precio satisfecho fue de 10.687.261 pesetas, de las que 9.502.001 pesetas constituían el precio y 1.185.260 pesetas se entregó en concepto de IVA; que además de todo ello no constan movimientos en cuentas de titularidad de D.^a Felicísima, por lo que era imposible que esta participase en el pago del precio en cuestión; que en la escritura pública de adquisición de fecha 15 febrero 1994 se constata la realidad del precio antedicho; y que si bien en ésta se dice que los locales tienen el carácter de bienes gananciales, ello no significa que lo tenga también el dinero entregado para su pago.

A lo anterior se contesta de adverso diciendo que el documento número 19 que se refiere en el escrito de recurso y al que alude el recurrente al referir el segundo de los pagos, no constata que lo fuese por importe de 5.087.261 pesetas, sino que se hicieron dos pagos, uno de 2.793.038 pesetas y otro de 4.202.879 pesetas, lo que significa que los pagos se hicieron también con aportación de D.^a Felicísima, y que es significativo que don Narciso no haya aportado a autos el contrato privado de compra-venta de los locales, posiblemente porque en él figuraba como adquirente D.^a Felicísima.

La sentencia de instancia, entendiéndose que existía un pacto de ganancialidad entre las partes, consideró que éste abarcaba tanto a los lo-

cales en su día adquiridos, como al importe del precio satisfecho.

El examen de actuaciones ilustra de que los documentos a que se alude por las partes son ciertos, incluido el que refiere dos pagos en un segundo plazo a que se alude por la representación de D.^a Catalina, lo que matiza la afirmación del recurrente, y en consecuencia de que el primero de los pagos se hace desde una cuenta de don Narciso, y de cuál fue el precio de adquisición. No obstante lo cual, el recurso se va a desestimar.

El artículo 1355 del Código Civil dice que podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales 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 en que se satisfaga. Dicho artículo ha sido interpretado afirmando su aplicación tanto si el pacto de ganancialidad se realiza antes de la adquisición del bien o después. En el caso tal artículo es de aplicación, puesto que ha de considerarse el pacto como existente antes de la adquisición del bien, y a pesar de que el primero de los plazos de pago se hiciese a través de una cuenta de titularidad de don Narciso antes de la adquisición de la propiedad. La escritura de venta de los locales se data en febrero de 1994, es decir constante matrimonio, y es éste el momento en que se adquiere la propiedad de los locales en razón a lo establecido en los artículos 1462 y 609 del Código Civil. El primero de ellos dice que se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en posesión del comprador, y que cuando la venta se haga mediante escritura pública, el otorgamiento de esta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma Escritura no resulta claramente lo contrario, y el segundo establece que la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten... a consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Es decir el otorgamiento de escritura supone la entrega de posesión y esta se constituye en la tradición que exige el artículo 609 para la adquisición de propiedad. Por todo ello no cabe duda del carácter de ganancial de los locales.

La pregunta que surge es si la aplicación de tal artículo comporta despojar del carácter

de privativo a los bienes o dinero con el que se adquirió el bien, siendo criterio constante el de que ello no es así, y en consecuencia de la posibilidad de la exigencia del crédito en cuestión, al amparo de lo establecido en el artículo 1358 del Código Civil.

Sin embargo, el propio hecho del reconocimiento del carácter de ganancial de los locales, que además lo hace don Narciso sin la presencia de D.^a Felicísima en el momento de otorgamiento de la escritura pública de compra-venta, puede indicar un reconocimiento de que el pago del precio que ya estaba realizado con anterioridad le había sido de forma conjunta, lo que se indicaría también por el hecho de que en principio fue entregado una cantidad superior a la que resultó ser el precio último, cantidad superior que en su totalidad no se ha demostrado que su procedencia última fuese de exclusiva titularidad de don Narciso, pero es que a mayor abundamiento, y aunque así no fuese, el hecho de que durante 15 años no se dejase constancia alguna de la exis-

tencia del crédito en favor de don Narciso, indica que este tuvo la voluntad de donar también el dinero que era de su propiedad a la sociedad de gananciales. No puede argüirse que la reclamación la hubiese debido diferir al momento de la extinción de la sociedad de gananciales, por no tener la posibilidad legal de hacerlo con anterioridad, pues es uniforme en la doctrina la tesis, de la que la jurisprudencia se hace eco al respecto, de considerar la posibilidad de exigibilidad inmediata de la reclamación del reembolso por pagos hechos en beneficio de la sociedad de gananciales, excepto aquellos a que se refiere el artículo 1362. 1 del Código Civil.

En consecuencia, se concluye en que entre los cónyuges que formaban la sociedad de gananciales, en su día hubo un pacto previo a la adquisición de los locales, sea éste anterior o posterior a la celebración del matrimonio, pacto en el que se incluía la voluntad de don Narciso de donar las cantidades entregadas para pago del precio.

Resulta imposible concluir que un bien adquirido después de la extinción de la sociedad de gananciales pueda pasar a formar parte de una sociedad que ya no existe. Ello no es óbice para que se resuelva que la cantidad de 13.800 euros, que se ha dicho que salió de una cuenta bancaria que tenía el carácter de ganancial para pago del vehículo, se constituye en crédito en favor de la sociedad de gananciales.

AP Palencia, Sec. 1.^a, Sentencia de 28 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Mauricio Bugidos San José**

En el primer motivo de recurso que se articula por la representación de don Narciso, se pide que se excluya del activo de la sociedad de gananciales a que nos hemos referido en el anterior fundamento, al turismo Peugeot modelo 207, matrícula ...-KMX, y se afirma que ello es procedente porque el turismo en cuestión fue pagado 10 días después del fallecimiento de D.^a Felicísima, por medio de una transferencia bancaria de 13.800 euros, y matriculado el día 22 octubre 2008, es decir 11 días después, además de que fue anotado en el libro registro de la empresa propiedad del ahora recurrente, el día 27 octubre 2008, todo lo cual indica que la adquisición del

bien en cuestión lo fue después de disuelta la sociedad de gananciales.

La contraparte se opone a tales argumentos afirmando estar sorprendida por que se pretenda la exclusión del activo de la sociedad de gananciales del vehículo antedicho, y no de un ciclomotor, que también aparece en el activo, y que a su juicio reúne las mismas circunstancias que el anterior para que su exclusión de dicho activo pudiera haber sido reclamada. Además argumenta que el objeto que nos ocupa es un bien ganancial porque no se ha acreditado que se haya adquirido con dinero privativo, y que el documento número dos de los presentados

por don Narciso, verifica que la cuenta bancaria desde la que se hace el pago tiene la consideración de ganancial.

La sentencia de instancia dice en favor de la decisión que adoptó, la que entiende colisión de patrimonios privativo y ganancial, que la compra del vehículo se hizo en fechas próximas al fallecimiento de D.^a Felicísima, y que no se acreditó que el pago del vehículo en cuestión se hubiera hecho con dinero privativo.

El examen de actuaciones ilustra de que la prueba documental que se refiere el motivo que nos ocupa, responde a las alegaciones de la parte recurrente; como también resulta ser cierto que el ciclomotor que refiere la representación de D.^a Catalina no le reclama como propio, y que la cuenta bancaria desde la que se hace el pago es ganancial, pues así se admite tácitamente por don Narciso, y además y a salvo prueba en contrario debe estarse a la presunción de ganancialidad a que se refiere el artículo 1361 del Código Civil.

A la vista de todo ello se impone la conclusión estimatoria, teniendo en cuenta que toda la prueba documental aludida acredita que la adquisición del vehículo se produjo después del fallecimiento de D.^a Felicísima, dado que se refiere a actos realizados después del mismo, sin que conste siquiera la entrega del vehículo antes del día 11 octubre, fecha del óbito de la aludida. Por ello, teniendo en cuenta que conforme a lo

establecido en el artículo 1392 del Código Civil, la sociedad de gananciales se disuelve por disolución del matrimonio y que una de las causas de tal disolución es la muerte de uno de los cónyuges de acuerdo con el artículo 85 del mismo cuerpo legal, resulta imposible concluir que un bien adquirido después de la extinción de la sociedad en cuestión, pueda pasar a formar parte de una sociedad que ya no existe.

Ello no es óbice, sin embargo, para que se resuelva que la cantidad de 13.800 euros que se ha dicho que salió de una cuenta bancaria que tenía el carácter de ganancial para pago del vehículo, se constituye en crédito en favor de la sociedad de gananciales, en tanto que con un activo de ésta se hizo una disposición en favor de uno de los pertenecientes a la extinguida sociedad.

Al respecto, además, es de aplicación el artículo 1397 del Código Civil, que en su apartado tercero dice que se comprende en el activo de la sociedad de gananciales el importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueron de cargo de un solo cónyuge, artículo aplicable aunque en el momento de la adquisición del vehículo la sociedad estuviese disuelta, pues precisamente por ello la adquisición del vehículo para don Narciso supone un incremento del patrimonio de este, que es lo que fundamenta que deba de ser él quien pague su precio, aunque haya existido un adelanto del mismo por parte del patrimonio de la aludida sociedad.

El esposo pide que se incluya en el pasivo de la sociedad un crédito a su favor como consecuencia de los saldos de las cuentas bancarias de las que era titular antes de la celebración del matrimonio, pero nos encontramos ante una donación realizada por el ex esposo, que es válida conforme al artículo 632 del Código Civil que no exige forma escrita en el caso de donación de bienes muebles. No se entendería que no hubiese sido esa en su día la voluntad del ex esposo, a la vista de que durante quince años que duró el matrimonio nada dijo en relación a los negocios bancarios en cuestión.

AP Palencia, Sec. 1.^a, Sentencia de 28 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Mauricio Bugidos San José**

En el segundo motivo de recurso la representación de don Narciso pide que se incluya en el pasivo de la sociedad un crédito a favor de este, que resultaría de los saldos de las cuentas banca-

rias de las que era titular antes de la celebración del matrimonio, y lo fundamenta en el artículo 1346 del Código Civil, que dice que son bienes privativos de los cónyuges los que lo fueran an-

tes de la celebración del matrimonio. No obstante el referido motivo se desdobra en dos, pues hace referencia a los saldos de dos cuentas distintas, lo que hará que en la presente sentencia se estudien por separado las cuestiones atinentes a cada uno de los saldos o cuentas referidos.

En relación al primero de ellos, se dice que se refiere a un superfondo Santander con número acabado en [...], por importe de 25.819,55 euros, como acredita el documento número siete de los por él presentados, documento además que debe valorarse conjuntamente con el número cinco, que acreditaría la titularidad del recurrente sobre el referido superfondo. Dice también que el documento número seis de los por él presentados refiere diferentes órdenes de venta en relación al superfondo en cuestión, órdenes de venta realizadas desde el día 28 diciembre 1993 hasta el día 7 mayo 1997, en total de cinco, y cuyo resultado o producto se ingresó en dos cuentas distintas, también del Banco de Santander, una la número [...], y otra la número [...]. Sigue afirmando que la cuenta acabada en 84 se canceló el día 1 abril de 1995 y su saldo se transfirió a la cuenta acabada en 25, referida con anterioridad en último lugar, y que esta última era de titularidad conjunta y se canceló en fecha 13 mayo 2003 con un traspaso de 805,39 euros a la cuenta [...]. Precisamente aludiendo al camino descrito, es por lo que entiende el recurrente que es improcedente que esta última cuenta, que se ha aprobado en la sentencia recurrida que pertenece al activo de gananciales no puede perder tal carácter, pero sí que los fondos que en ella se encuentran en la cuantía que se dice de 25.819,55 euros, se constituyen en pasivo de la sociedad y en crédito a favor del recurrente.

El motivo de recurso se contesta afirmando que D.^a Felicísima era profesora desde el año 1984; que tenía un patrimonio, aunque su reconstrucción documental ha sido imposible; que desde siempre, aun antes del matrimonio, la voluntad de don Narciso y D.^a Felicísima era que el dinero que ambos tenían o ingresaban, era común; que lo prueba además que todo el patrimonio del matrimonio era compartido; que el recurrente ni dejó constancia de su crédito para una eventual posterior reclamación, ni tampoco formuló reclamación alguna durante el matri-

monio; y como argumento último en favor de la desestimación del recurso alude a los artículos 1355 y 1361 del Código Civil. Advierte además de que ya antes del matrimonio había cartillas en entidades de crédito a nombre del D.^a Felicísima y de una hermana de don Narciso, y cuentas corrientes en Caja España y Caja Madrid, de titularidad conjunta de este con D.^a Felicísima, aunque no señala o dice que documentos lo acreditan; y que los movimientos bancarios que constan documentalmente, y que han sido aportados por la contraparte, no indican que los haberes en las cuentas nuevas a que se refiere el recurrente, lo fueron por venta de participaciones.

La sentencia de instancia, al respecto, advierte para desestimar la petición que ahora se reproduce, que no se ha probado que los fondos de las cuentas que en principio eran titularidad de don Narciso tuvieron un destino ganancial.

El examen de actuaciones ilustra de que es cierta la alegación referida a la titularidad de cuentas y negocios bancarios y sucesivos traspasos o transferencias, pues así lo indica la documental que en el escrito de recurso se reseña, si bien del examen de dichos documentos aparece también que cuando la cuenta bancaria acabada en los dígitos 84 se cancela tiene un saldo inferior al que se le había transferido desde la cuenta del recurrente, y que la suma de todo lo transferido es superior a la cantidad de 25.819,55 euros. Además está acreditado que D.^a Felicísima ejercía actividad profesional como profesora, por lo que es evidente que tendría percepción salarial, y por otro lado no consta que el recurrente dejase constancia de su voluntad de reclamar sobre los saldos de cuentas de su titularidad en vida de D.^a Felicísima.

La conclusión desestimatoria se impone, a la vista de lo dicho, y teniendo en cuenta también que es evidente la confusión de patrimonios privativos y ganancial que se produce, no sólo por los sucesivos negocios bancarios a que se ha hecho referencia, sino también porque no haya rastro alguno de las ganancias de D.^a Felicísima, que como se dice existieron, y cuyo destino no pudo ser otro que incrementar el patrimonio ganancial, circunstancias todas ellas que inciden en la voluntad de los componentes de la sociedad de tener un patrimonio común, por tanto en

la voluntad de don Narciso de transferir la propiedad del dinero de su titularidad a la sociedad de gananciales.

Nos encontramos en realidad, ante una donación realizada por Narciso, que es válida conforme al artículo 632 del Código Civil que no exige forma escrita en el caso de donación de bienes muebles, pero que es expresa, como se deduce de las circunstancias estudiadas. No se entendería que no hubiese sido esa en su día la voluntad de don Narciso, a la vista de que durante 15 años que duró el matrimonio nada dijo

en relación a los negocios bancarios en cuestión, antes al contrario los generó con profusión y siempre en el mismo sentido. A mayor abundamiento parecería contradictorio resolver que en su día don Narciso pretendió formar un patrimonio común, y luego cuando la sociedad a la que éste pertenece se disuelve, retornar a la situación previa a la de la existencia de dicho patrimonio común, cuando en ningún momento ha quedado constancia de que esa fuese la voluntad del ahora recurrente en el momento en que autorizaba los negocios bancarios en cuestión.

La sentencia de instancia difiere a un momento procesal posterior, que se desconoce cuál pudiera ser, la acreditación de un posible crédito en favor del esposo por las cantidades adelantadas para pago de vehículos, pero es en la formación de inventario cuando debe resolverse al respecto; y si no está acreditado el carácter privativo del dinero satisfecho, debe entenderse ganancial y por tanto ningún crédito ha nacido en favor del esposo.

AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Mauricio Bugidos San José**

Entrando en el estudio del recurso presentado por la representación de D.ª Catalina, se combate en él que en la sentencia se diga del derecho de añadir en el avalúo una nueva partida al pasivo de la sociedad por importe de la adquisición de los vehículos a que nos hemos referido en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia. Se dice que el demandado no propuso dicha partida, ni tampoco se ha planteado en el procedimiento que la adquisición de los vehículos se hiciera con dinero privativo, y que no fueron bienes objeto de controversia en la formación del inventario.

Al planteamiento del motivo se contesta diciendo que en el recurso presentado por don Narciso se impugna la cuestión referida a la propiedad del vehículo, y que en el escrito de oposición al inventario, se hacía alusión a los diferentes productos financieros que tenía de su titularidad antes de la celebración del matrimonio, y así también a bienes recibidos por el concepto de herencia de sus padres, y que consta la petición de que en el pasivo figurase el importe de los bienes privativos de don Narciso, lo que comporta que en la práctica haya sido una cues-

tión debatida y sobre la que haya de resolverse, pues se ha pretendido discutir sobre la titularidad de los fondos con los que se hizo pago de los vehículos, aunque la discusión se haya hecho de forma amplia y abarcando todos los aspectos referidos a la sociedad de gananciales

La sentencia de instancia al respecto dice que reconoce un crédito en favor de don Narciso por las cantidades que acredite como privativas destinadas a la compra de los vehículos; y que no se vulnera el principio de congruencia pues se concede menos de lo pedido.

El examen de autos ilustra de que en efecto la sentencia de instancia difiere a un momento procesal posterior, que se desconoce cuál pudiera ser, la acreditación de un posible crédito en favor de don Narciso por las cantidades adelantadas para pago de vehículos, pero también la resolución del recurso debe tener en cuenta que ya se ha definido en esta sentencia sobre la propiedad del vehículo y el crédito que ello ha generado en beneficio de la sociedad y que como en la sentencia de instancia se ha declarado el carácter de ganancial del ciclomotor, y no se impugnado a ello ha de estarse.

La resolución del recurso exige considerar que a pesar de lo que se afirma en el fallo de la sentencia en relación al potencial crédito en favor de don Narciso, tal acuerdo se contradice con la fundamentación que en la misma consta en la que no se da por probado que la adquisición de los vehículos se haya hecho con dinero privativo, y antes al contrario dice que no se ha probado, con lo que resulta contradictoria, pues si no se ha probado el carácter del precio pagado por los vehículos, hay presunción de ganancialidad en favor de las cantidades entregadas en tal concepto, y no puede reservarse a un momento procesal posterior una nueva discusión al respecto.

En consecuencia, advertido que en lo que se refiere al vehículo automóvil la cuestión está re-

suelta, que se ha dado por probado que el dinero con el que se pagó es ganancial y por tanto se constituye en crédito en favor de la sociedad, la cuestión de un posible crédito en favor de don Narciso se circunscribe al pago del precio por el ciclomotor; pero que es ésta una cuestión sobre la que se pronuncia en la fundamentación jurídica la sentencia recurrida, quien niega que se haya acreditado el carácter de privativo del dinero que lo satisfizo. Ello así no puede diferirse a un momento procesal posterior contradecir lo argumentado, puesto que es en la formación de inventario cuando debe de resolverse al respecto; y si no está acreditado el carácter privativo del dinero satisfecho, debe de entenderse ganancial y por tanto ningún crédito ha nacido en favor de un Narciso por tal concepto, por lo que el recurso debe de estimarse en este punto.

Debe incluirse una partida de pasivo por el importe de los honorarios de letrado que abonó el esposo ante la reclamación judicial que le formuló un tercero, no siendo obstáculo para ello que tuviese derecho a obtener la justicia gratuita.

AP Lugo, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Moreno Montero**

Finalmente, y por lo que respecta a los honorarios profesionales devengados en defensa de intereses comunes del matrimonio en relación con la reclamación judicial de un tercero, de los propios términos del recurso se desprende

que en efecto se devengaron, sin que el hipotético derecho del marido litigante a la asistencia jurídica gratuita baste para reputar errónea su inclusión en el pasivo de la disuelta sociedad ganancial.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Entiende el recurrente que debió seguirse el trámite del juicio verbal (artículo 781 de la LEC), pero la norma procesal aplicable es la LEC de 1881, que contempla en sus artículos 1825 a 1828 el procedimiento a seguir en caso de acogimiento; existiendo por tanto normas específicas al respecto no se considera que haya existido infracción procesal alguna.

AP León, Sec. 1.ª, Auto de 30 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel García Prada**

El auto del Juzgado que acuerda el acogimiento familiar preadoptivo de la menor hija de la recurrente ha sido impugnado por ésta alegando, en primer lugar, nulidad de actuaciones porque dice

no se ha seguido el trámite adecuado una vez se ha opuesto en sede judicial a la petición interesada por la administración sobre acogimiento familiar preadoptivo. Se dice que conforme se

establece en el art. 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 debió seguirse el trámite del juicio verbal (art. 781 de la vigente).

Consta en el expediente que la apelante tuvo conocimiento de la iniciación del procedimiento de jurisdicción voluntaria sobre constitución del acogimiento de la menor en el mes de julio de 2010, compareciendo en el Juzgado el día 14 de julio no prestando el consentimiento. Seguido el trámite ordinario conforme lo dispuesto en el art. 173.3 del CC que dice: «Si los padres o el tutor no consienten o se oponen al mismo, el acogimiento sólo podrá ser adoptado

por el Juez, en interés del menor, conforme los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil». La norma procesal aplicable (la ya citada Ley anterior) contempla en sus artículos 1825 A 1828 el procedimiento a seguir en caso de acogimiento, existiendo normas específicas al respecto, según ello no se estima infracción alguna en los trámites seguidos hasta ahora (otra cosa son los aplicables a la adopción, en su caso) y después nos referiremos a la decisión de fondo adoptada por el Juzgado, por tanto, no se aprecian las infracciones que justifican la nulidad interesada en el recurso.

La madre continúa necesitando tratamiento para superar el trastorno de abuso de alcohol que padece desde hace ya más de catorce años, precisa de la ayuda de la asistencia social y de un seguimiento médico. Además es madre de otros dos hijos en situación de desamparo, por lo que debe confirmarse el acogimiento, pues la menor se encuentra perfectamente integrada en el núcleo familiar acogedor.

AP Barcelona, Sec. 18.^a, Auto de 28 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Ana María Hortensia García Esquiús**

Plantea la apelante en esta alzada la petición de revocación de la resolución de instancia que desestima su pretensión respecto a la situación de la menor Adela, nacida el 19 de enero del año 2006, la cual fue declarada en situación de desamparo por resolución administrativa de fecha 7 de febrero de 2006 que acordó al mismo tiempo el ingreso de la pequeña en centro de acogida.

La resolución judicial mantiene el acuerdo adoptado por la administración como medida más adecuada para garantizar el bienestar de la menor y este Tribunal no puede más que mostrar su acuerdo con ambas decisiones.

La situación personal de la madre biológica de Adela, que fue oída acerca de la propuesta de acogimiento preadoptivo de la menor, no ha revertido, sino que persisten las dificultades que entonces llevaron a la declaración de desamparo. La Sra. Teodora continúa precisando tratamiento para superar el trastorno de abuso de alcohol que padece desde hace ya más de 14 años, precisa de la ayuda de la asistencia social y de un seguimiento médico. La apelante que es

madre de otros dos hijos en situación de acogimiento en familia ajena (Raquel) y en propia (Jaime), no ha estabilizado su situación. Carece de vivienda propia, de empleo y de recursos para asumir el cuidado de los hijos. En cuando al padre, a pesar de haber comparecido ante el ICAA, manifestando su voluntad de recuperar a los hijos, lo cierto es que estuvo ingresado en el IMAS del Hospital del Mar por el grave problema de toxicomanías que presenta y carece igualmente de estabilidad, tanto a nivel personal como económico.

El Principio de integración familiar general que rige en esta materia tiene su reflejo en nuestro ordenamiento jurídico, entre otros y principalmente, en el artículo 172.4 del Código Civil, que fue reformado por Ley 21/1987, y en el artículo 5 de la Llei 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, aprobada por el Parlamento de Catalunya (DOGC de 17 de enero de 1992). La Ley 21/1987 de 11 de noviembre introdujo por primera vez en el sistema de protección de menores regulado

en el Cc la figura del acogimiento familiar, y a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, se ha visto ampliado el concepto de acogimiento. Pero más concretamente, el artículo 5.1 de la Llei 37/1991 establece las medidas a adoptar en interés del menor colocando en primer lugar la atención en la propia familia del menor y en el apartado 3 que se ha de procurar siempre que sea posible, aplicar medidas que no comporten la separación del menor de su hogar y de su entorno familiar. En desarrollo de este precepto legal, el artículo 14 del Reglamento de Protección de los menores y de la adopción, aprobado por Decret 2/1997, de 7 de enero (DOGC de 13 de enero), establece que los equipos técnicos priorizarán la medida de protección de atención en la propia familia natural siempre que ello sea posible.

Sin embargo, la prioridad al mantenimiento del menor en su familia natural no implica primacía de este derecho sobre el auténtico beneficio del menor, puesto que también el artículo 19 de Convención sobre los Derechos del Niño advierte de la necesidad de adoptar cuantas medidas sean precisas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio. En este sentido, el acogimiento en centro o en familia ajena, se configura como un instrumento legal de protección de los menores, privados temporal o permanentemente de un ambiente familiar idóneo pues el menor lo que precisa para crecer y desarrollar su personalidad, para conseguir su autoestima y seguridad, es sentirse amparado, protegido además de querido y en el proceso de crecimiento no caben las esperas ni puede entender otras razones que una buena convivencia.

Los antecedentes del presente proceso inducen a pensar que aquella situación de negligencia

en el cuidado de la menor podría volverse a repetir porque no ha existido ni un reconocimiento de lo negativo de la actitud anterior ni una voluntad de modificar aquellos hábitos que alteraban la dinámica familiar y que motivaron la intervención no sólo de los servicios sociales. Por el contrario como ya hemos indicado, los informes de seguimiento del estado actual de la familia, no acreditan la viabilidad de un proyecto de recuperación de las funciones tutelares por parte de los padres, ni la capacidad suficiente para asumir con garantías el cuidado de la hija. En este sentido entendemos que es de aplicación a este caso la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 31 de julio de 2009 cuando dice 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.

Puesto que ha resultado suficientemente acreditado en autos que Adela se encuentra perfectamente integrada en el núcleo familiar acogedor, con quienes se encuentra conviviendo desde el mes de diciembre del año 2007, es decir hace ya cuatro años. La niña está creciendo de forma sana, es feliz y todas sus necesidades emocionales y materiales están siendo cubiertas de forma absolutamente beneficiosa para ella. Considera sus padres a los acogedores y está siendo protegida de forma adecuada, por todo lo cual la medida no puede más que considerarse favorable a su interés y en consecuencia confirmada.

La hermana de la adoptante carece de legitimación activa para solicitar la nulidad de la adopción, máxime cuando ésta fue constituida por una resolución judicial tras la tramitación del oportuno procedimiento.

AP Guipúzcoa, Sec. 2.ª, Auto de 26 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Yolanda Domeño Nieto**

Por parte de D.ª Lorena y D. Jacobo se ha interpuesto recurso de apelación contra el Auto de fecha 22 de Febrero de 2011, dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Azpeitia, solicitando se dicte una nueva resolución, por la que se declare la existencia de legitimación activa, expuesta en la demanda, y se ordene admitir consecuentemente a trámite la demanda interpuesta por ellos, y alegan para fundamentar su recurso que la ausencia de un consentimiento válido de la adoptante, así como la ausencia de posesión de estado, son los dos puntos sobre los que se desarrolla la demanda que ha sido inadmitida a trámite, por supuesta falta de legitimación activa, opinión que no comparten, estimando que se ha producido la indebida y errónea aplicación de los artículos 6 y 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que iniciaron el procedimiento solicitando una Diligencia Preliminar, que se admite, cual es la solicitud del Certificado literal de nacimiento de D.ª Florinda, que el auto establece erróneamente que la demanda ha sido formulada por sobrinos de la adoptante, que existe el derecho a obtener la tutela jurisdiccional de quien se encuentre en una determinada situación jurídica y ellos se encuentran en la situación jurídica de familiares directos, esto es, la hermana de la adoptante y el sobrino, hijo de la otra hermana fallecida de la adoptante, que la adoptante no tiene otra familia más que ellos y tienen un interés legítimo y justo, sobre todo un interés moral, y que el fin que pretende preservar el Auto y expediente de Jurisdicción Voluntaria y los intereses que se sacrifican están en perfecta proporcionalidad.

Por su parte el Ministerio Fiscal ha manifestado su adhesión al recurso de apelación interpuesto, solicitando se dicte resolución por la que se declare la existencia de legitimación activa de los demandantes y se ordene la admisión a

trámite de la demanda interpuesta, sosteniendo que se pretende a través de la demanda rectora de la presente litis la declaración de nulidad de filiación adoptiva constituida en el expediente de jurisdicción voluntaria núm. 167/2006, mediante auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Azpeitia y todos los actos derivados de la misma, instada por la hermana viva de la adoptante y por el hijo de la hermana fallecida de la misma, por lo que los demandantes están totalmente legitimados por presentar un interés legítimo e interés en la causa, teniendo dichos demandantes el derecho a obtener la tutela jurisdiccional, al encontrarse en una determinada situación jurídica en relación con la cuestión de fondo, cuya tutela judicial se pretende.

A la vista de los términos en que ha sido formulado el recurso interpuesto y la adhesión al mismo es evidente que se alega por los recurrentes que se ha producido por parte de la Juzgadora de instancia una incorrecta aplicación de la normativa reguladora de la materia de que se trata, en el momento del dictado de la resolución controvertida y en virtud de la cual se inadmite a trámite la demanda por ellos formulada, al estimar que carecen de la legitimación precisa para interponer la acción ejercitada, razón por la cual procede llevar a cabo el examen de las actuaciones, a fin de determinar si, en efecto, han sido o no aplicadas al caso las normas legales pertinentes.

Y, una vez examinadas las actuaciones remitidas a esta instancia, el recurso planteado, así como la adhesión al mismo, han de ser rechazados, por cuanto que se constata de ellas que ciertamente D.ª Lorena y D. Jacobo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 180 del Código Civil, no se encuentran legitimados para impugnar la adopción de D.ª Zaira, verificada

por parte de su tía D.^a Luisa, máxime teniendo en cuenta la circunstancia de que la misma ha sido declarada por auto de fecha 11 de Julio de 2007, dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Azpeitia, en el expediente de Jurisdicción Voluntaria n.º 167/06, tramitado al efecto, según resulta de la certificación de nacimiento que se acompaña al escrito de demanda.

En efecto, el examen del escrito de demanda presentada y de la documentación que a la misma se acompaña permite constatar que por parte de D.^a Lorena, quien actúa en representación de su madre D.^a Adelaida, y por parte de D. Jacobo, hijo de la fallecida D.^a Isabel, se pretende la declaración de nulidad de la adopción de D.^a Zaira, llevada a cabo por parte de su tía D.^a Luisa, con base y fundamento en una supuesta falta de consentimiento válido para su constitución, pero es evidente que los mismos carecen de la oportuna legitimación para verificar dicha impugnación, si se toma en consideración la circunstancia de que el art. 180 del Código Civil recoge el principio de irrevocabilidad de la adopción y que la misma tan solo se extingue en el supuesto de que así sea declarado por el Juez, a petición exclusivamente del padre o la madre que no hayan intervenido en el expediente de adopción tramitado al efecto, de conformidad con las normas que la regulan, y siempre que no haya transcurrido el plazo de 2 años desde que se haya verificado la misma, ni se perjudique gravemente con dicha extinción al menor adoptado.

Ciertamente, el art. 180 del Código Civil dispone con toda claridad y precisión, en su primer párrafo, que «La adopción es irrevocable», si bien añade, no obstante, a continuación que «El Juez acordará la extinción de la adopción a petición del padre o de la madre que, sin culpa suya, no hubiesen intervenido en el expediente en los términos expresados en el art. 177. Será también necesario que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor», lo cual resulta de todo punto lógico, si se tiene en cuenta que el citado precepto exige que en la adopción, que se constituye por resolución judicial, han de consentir, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el

adoptando mayor de doce años, y han de asentir el cónyuge del adoptante y los padres del adoptando no emancipado, por lo que es evidente, en consecuencia con lo expuesto, que D.^a Lorena y D. Jacobo carecen de la legitimación precisa para impugnar la adopción llevada a cabo por D.^a Luisa y su demanda había de ser inadmitida a trámite.

Pero es que, a más abundamiento de lo expuesto, ha de precisarse que en el presente caso se da la circunstancia de que la adopción de que se trata ha sido declarada por una resolución judicial, en concreto, y según resulta de la certificación del acta de nacimiento de D.^a Zaira, que ha sido aportada con el escrito de demanda, por el auto de fecha 11 de Julio de 2007, que fue dictado en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Azpeitia, en el curso del expediente que hubo de tramitarse al efecto, de acuerdo con las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, en el expediente de Jurisdicción Voluntaria n.º 167/06, que concluyó con dicho auto, tras verificar sin duda alguna el Juzgador *a quo* las comprobaciones oportunas acerca de la concurrencia en la adoptante y en la adoptada de los requisitos precisos para la misma, de acuerdo con los preceptos contenidos en el Código Civil.

En efecto, la adopción llevada a cabo por parte de D.^a Luisa con respecto de D.^a Zaira hubo de verificarse por medio de un expediente, cuya regulación se contiene en los artículos 1.829 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, expediente en el curso del cual el Juez *a quo* que lo tramitó, sin duda alguna, procedió a verificar el examen de los requisitos que se exigen para la misma en los artículos 175 y siguientes del Código Civil, apreciando la concurrencia de todos ellos, y, puesto que dicho expediente concluyó con el dictado de una resolución, en concreto con el dictado del auto de fecha 11 de julio de 2007, que aprueba la adopción instada y la estima, así, correctamente verificada, sin que se haya justificado que dicho auto fuera recurrido en su momento, es evidente que dicha resolución es ya firme y que no puede accederse a la pretensión formulada por D.^a Lorena y D. Jacobo de cuestionar ahora, y mediante este procedimiento intentado, dicha resolución, ni esa

adopción que mediante la misma se sanciona como válida a todos los efectos, por lo que procedía inadmitir la demanda por ellos presentada, tal y como con toda corrección ha sido acordado por la Juez *a quo* en la resolución controvertida

e impugnada, la cual ha de ser confirmada, con desestimación, como ya se ha indicado, tanto del recurso de apelación contra la misma formulado por ambos, como de la adhesión verificada por el Ministerio Fiscal.

FILIACIÓN

Para la conservación de los apellidos que vino usando el hijo antes del reconocimiento debe efectuarse la petición dentro del plazo de dos meses previstos en el artículo 59 de la LRC no siendo aplicable el plazo general de los quince años.

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Íñigo Madaria Azcoitia**

La recurrente reconoce que la demanda se presentó el 30 de octubre de 2008 y que la fecha de inscripción del reconocimiento de los apellidos de la menor Dña. Socorro se produce el 11 de abril de 2006. Pero entiende que el plazo de dos meses recogido en la Ley del Registro Civil afecta únicamente para el inicio del expediente administrativo ante dicho organismo, plazo que a su juicio nunca puede hacerse extensible para el ejercicio de la acción en la jurisdicción ordinaria, que al no tener plazo especial considera debe aplicarse el de quince años. Asimismo señala, con cita del art. 59 LRC y art. 209.3.º RRC, que se siguió el expediente administrativo, el cual concluyó con resolución de la DGRN de 15 de junio de 2007, notificada en 17 del mes siguiente, de negatoria de la pretensión de conservar los apellidos y se advertía, conforme al art. 362 RRC, que contra la resolución no cabía recurso, salvo en su caso la vía judicial ordinaria.

Bajo esas premisas es necesaria la referencia al art. 1973 del Código Civil, conforme al cual la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales o reclamación extrajudicial, y por tanto la conexión de la acción y el procedimiento judicial no dota a aquélla de una naturaleza distinta a la que originariamente tenía, del tal suerte que la acción es siempre la misma. Se mantiene idéntica pretensión ante la desestimación cursada en el ámbito administrativo. Por ello la persistencia del plazo específico de prescripción se muestra evidente y coherente con al

propia institución y en la lógica conexión de los procedimientos como instancias sucesivas, aunque no lo sean bajo una estructura de competencia funcional, en el curso de las cuales cualquier vacío que signifique abandono de la acción, por más de dos meses, art. 59 LRC, supone el decaimiento de la acción. En definitiva la prescripción afecta a la acción, es una institución coherente con la estructura material del derecho, con independencia de su ejercicio judicial, extrajudicial o en sede administrativa. La seguridad jurídica que representa la institución del Registro Civil y la certeza de los datos y circunstancias relevantes en esa materia justifican la existencia de ese corto plazo para ejercer una facultad, cuya prolongación posterior por un periodo de incertidumbre de quince años, cual pretende la recurrente, haría totalmente inútil e ineficaz la operatividad de la institución, pues quedarían abiertas tanto la posibilidad para reclamar la conservación de apellidos como para, en su caso, impugnar la conservación de apellidos eventualmente autorizada en sede administrativa.

De otra, el plazo de prescripción reviste un carácter imperativo en cuanto la materia afectada se refiere a cuestiones derivadas de la determinación de la filiación y la publicidad del Registro Civil, por lo cual su apreciación se hace necesaria desde el momento en el cual se ha observado el incumplimiento del referido plazo, sin perjuicio de la facultad de la propia interesada una vez alcanzada su mayoría de edad. En

cualquier caso cabría incluso cuestionar la naturaleza del referido plazo, en cuanto que por tratarse del ejercicio de una simple facultad para promover la modificación de los apellidos una vez que la filiación ha quedado definitivamente establecida, podría incluso considerarse como un plazo de caducidad.

El art. 1964 del Código Civil, establece el plazo de prescripción genérico de quince años en relación a las acciones personales «que no tengan señalado término especial» por tanto si tienen señalado un plazo especial, cual es el supuesto de autos, debe aplicarse éste.

No es aplicable el art. 1936 del Código Civil, en los términos pretendidos por la recurrente, pues tratándose del ejercicio de una facultad no podemos estimar que el derecho sea indisponible.

Finalmente, por las razones expuestas, ninguna indefensión cabe invocar, pues la estimación de oficio de la excepción se muestra ajustada a derecho y, en cualquier caso, el propio recurso de apelación permite alegar las razones de discrepancia y por tanto ejercer el derecho de defensa.

La acción de impugnación de reconocimiento de filiación por falta de exactitud del artículo 140 del CC que pretendió hacer valer el actor en el acto de la vista, y ahora en esta alzada, es una acción distinta y autónoma de la verdaderamente ejercitada (artículo 141 del CC).

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Magdalena Fernández Soto**

Esgrimiendo como motivo impugnatorio el error en la valoración de la prueba, se argumenta en el escrito de apelación que la demandada engañó a su representado desde el momento del embarazo, pues éste nunca tuvo la certeza de que el hijo no era suyo sino hasta que fue contestada la demanda, momento en que de modo fehaciente y por primera vez la demandada reconoce que el menor no es hijo biológico de Don Paulino, razón por la cual la representación de este último ya solicitó en su demanda la realización de pruebas biológicas, pues, insiste, no tenía la certeza de que el menor no fuese hijo biológico suyo. Que la demandada siempre actuó de mala fe engañando a su representado, lo corrobora la prueba practicada en el acto del juicio, entre ella la testifical propuesta por la propia demandada; y, en cuanto a las sospechas a que se alude en la sentencia, las tenían los padres de su representado, no éste, quien, por lo demás, nunca tuvo dudas de que el hijo no fuese suyo, sino hasta el verano anterior a la presentación de la demanda, en que un hermano de la demandada y su última pareja fueron a su domicilio para comentarle que Dimas no era su hijo. Asimismo, también se invoca en el recurso la posibilidad de aplicar el art. 140 CC, ya que, a su juicio y en contra de lo

afirmado en la sentencia apelada, no se alteraría la *causa petendi*.

La apelada peticona la confirmación de la sentencia en base a afirmar que la acción de impugnación de la filiación por vicios del consentimiento está caducada, ya que el demandante asume en la demanda que conoció que no era el padre biológico del menor en el momento de la separación, y, por lo tanto, en el año 2002, tres meses después de su nacimiento.

Alterando el orden de los motivos impugnatorios por razones metodológicas, decir que en el supuesto, como es el caso, de una filiación paterna no matrimonial determinada conforme al art. 120.1 CC, es decir por medio de reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, la impugnación de la misma puede efectuarse por el reconocedor bien al amparo del art. 141 CC si existe vicio de consentimiento, bien por aplicación del art. 140 del mismo texto legal, en otros casos. Ocurre que la acción ejercitada por el actor en su demanda, no es otra que la indicada por la juzgadora en su sentencia y la que expresamente se menciona en la fundamentación jurídica de la demanda, es decir, la acción de impugnación de reconocimiento de paternidad prevista en el art.

141 CC, en relación, se dice, con los art. 1266, 1269 y 1270 CC, reconocimiento realizado con error, por la inducción insidiosa grave de la madre a hacer creer que Don Paulino fue el engendrador de su hijo, ocultando la intervención de otro varón en las posibilidades generativas, hasta el punto que la resistencia por el que aparece como progenitor a reconocer estos hechos tiene que enfrentarse necesariamente con la prueba pericial biológica que también se solicitó en la demanda. Como explicaba, pretendía impugnar el reconocimiento de paternidad del menor Dimas al haber prestado el consentimiento mediando error o «si se quiere fraude o engaño por parte de la demandada». En la narración fáctica de la demanda no hace sino abundar en esta misma imputación de error, fraude y engaño, al referir que el aquí demandante actuó de buena fe, en el convencimiento de que el hijo podía ser suyo porque así se lo dijo la demandada, razón por la que lo reconoció legalmente inscribiéndolo en el Registro, a lo anterior añade que, como resulta de los innumerables procedimientos que mediaron entre ambos, la demandada, cuyo interés según se reveló con el tiempo era meramente económico, lo tenía todo perfectamente planificado, alterando y falseando la verdad, por lo que, visto lo visto, ahora tiene serias dudas de la paternidad, lo que le aboca a la presentación de la demanda.

Conforme dispone el art. 218 LEC la juzgadora ha de resolver de acuerdo con las pretensiones que las partes hubieran deducido oportunamente en el pleito y normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas siempre y cuando ello no implique apartarse de la causa de pedir o acudir a

fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes quisieron hacer valer. En base a ello la jurisprudencia viene estableciendo con reiteración que el Órgano jurisdiccional está autorizado para basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos de los utilizados por los contendientes (principio *iura novit curia*) siempre que ello no implique una modificación de la *causa petendi* o una innovación de la acción ejercitada, pues si tras haberse ejercitado una determinada acción y producido la defensa frente a ella, el órgano judicial estima otra distinta, es evidente que tal resolución se habría dictado con vulneración del deber de congruencia y, lo que es más grave, sin oportunidad de debate y defensa sobre el punto en que el juzgador vino por propia iniciativa a situar la cuestión litigiosa (STS 8 de enero 1992; 8 de junio 1993).

Expuesto lo que antecede, la Sala necesariamente suscribe los argumentos de la juzgadora vertidos en el fundamento cuarto de la sentencia apelada, de ahí que la acción que la representación del demandante pretendió hacer valer en el acto de la vista y ahora en esta alzada, la acción de impugnación de reconocimiento de filiación por falta de exactitud del art. 140 CC, es una acción distinta y autónoma de la verdaderamente ejercitada (art. 141 CC), ya que se sustenta en presupuestos que poco o nada tienen que ver con los esgrimidos en la demanda, tales son, la falta en las relaciones familiares y de la posesión de estado, por lo cual debe rechazarse de plano, en tanto que en modo alguno cabe sustituir extemporáneamente la verdadera acción sustentadora de la demanda.

UNIONES DE HECHO

Se condena al conviviente de hecho a abonar a su pareja la mitad del dinero que ésta le entregó para la compra del inmueble que finalmente fue adjudicado al banco ante el impago del préstamo hipotecario, no pudiendo ampliarse la condena a mayor cantidad al no acreditarse que aquella abonó más parte del crédito hipotecario.

AP Toledo, Sec. 2.^a, Sentencia de 30 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Manuel de la Cruz Mora**

Que la parte demandada recurre por infracción de los arts. 20 y 412.1 de la LEC y 7, 1091 y 1255 del Cc, la sentencia que le condena al pago a la actora de una cantidad resultante de la liquidación de la situación económica mantenida por ambas partes durante el tiempo que duró su convivencia *more uxorio*, aplicando la sentencia la doctrina del enriquecimiento injusto como causa de la condena.

Ambas partes están de acuerdo en que mantuvieron entre 2002 y 2006 una relación de convivencia similar al matrimonio y que durante ése tiempo adquirieron la actora y el demandado con el concurso económico de la actora, un piso que consta descrito en las actuaciones y que se inscribió sólo a nombre del demandado. A la fecha de la separación, 2006, el piso seguía inscrito a nombre del demandado y durante la convivencia, la demandante pagaba con su dinero la mitad de la cuota del préstamo hipotecario, además de haber dado al demandado 24.000 euros inicialmente para la compra del piso citado.

La sentencia de instancia da por probados, porque documentalmente está probado (Documentos 8, 6, 7, 9 a 12), que dicha cantidad entregada en dos veces, primero 3.000 euros y luego 21.000 euros, procedía del patrimonio de la actora y fue invertida en la compra de la vivienda y gastos derivados de la adquisición (seguro, provisión de fondos para la constitución de crédito hipotecario y comisiones de apertura). También da por probada la sentencia de instancia que a cargo de la nómina de la actora se abonaron un total de 6.080 euros correspondientes a la mitad de la cuota del crédito hipotecario de la vivienda inscrita a nombre del demandado, lo cual se prueba por certificación bancaria (Caixa Catalunya).

Estos hechos no sólo están probados por la documental sino también por propio reconocimiento del demandado que pese a no haber contestado a la demanda y ser declarado en rebeldía (Providencia de 26 de septiembre de 2007), posteriormente se persona en el procedimiento y en la audiencia del art. 414.1 de la LEC confiesa que la vivienda se compró a medias durante la convivencia *more uxorio* y ofrece pagar a la demandante 12.000 euros.

Con respecto al régimen aplicable a la liquidación de los bienes adquiridos durante la convivencia «*more uxorio*» el Tribunal Supremo en Sentencia de S 7 de julio de 2010 señalaba que «Esta Sala ha venido manteniendo de forma reiterada que la unión de hecho es una situación no equiparable al matrimonio. La sentencia de 12 septiembre 2005 declara de forma taxativa que la unión de hecho no tiene nada que ver con el matrimonio, aunque ciertamente ambas instituciones se encuentran en el ámbito del derecho de familia. La sentencia de 8 mayo 2008 dice que «(...) no puede aplicarse por analogía la regulación establecida para el régimen económico matrimonial porque al no haber matrimonio, no hay régimen (Sentencia de 27 mayo 1998). La consecuencia de la exclusión del matrimonio es precisamente, la exclusión del régimen. A pesar de ello, en los casos de la disolución de la convivencia de hecho, no se impone la sociedad de gananciales, sino que se deduce de los hechos que se declaran probados que hubo una voluntad de constituir una comunidad, sobre bienes concretos o sobre una pluralidad de los mismos» y en ello están de acuerdo las sentencias de esta Sala de 22 febrero y 19 octubre 2006, que exigen el pacto,

expreso o tácito, para considerar constituida una comunidad de bienes».

En esta misma línea la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2008 señalaba que «Las sentencias de esta Sala con relación a los problemas que plantea la liquidación de las convivencias de hecho han utilizado diversos criterios, que deben resumirse aquí a los efectos de la solución del presente recurso. Previamente, debe recordarse que tanto las sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 14/1990 y 222/1992), como las de esta Sala (17 mayo 1998 y las allí citadas, así como la de 12 septiembre 2005) proclaman la diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio. La sentencia de esta Sala de 12 septiembre 2005 declara que «la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio —Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990 y la 222/92, por todas—, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Por ello debe huírse de la aplicación por «analogía legis» de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC —EDL 1889/1—, art. 96 —EDL 1889/1—, art. 97 —EDL 1889/1—, art. 98 —EDL 1889/1—, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad». Es cierto que esta última sentencia se pronuncia en un supuesto de reclamación de una cantidad semejante a la de la pensión compensatoria del art. 97 CC, pero sus planteamientos generales son coincidentes con sentencias anteriores relacionadas con reclamaciones relativas a la liquidación económica de los bienes adquiridos durante la convivencia, ya sea de forma individual por uno de los convivientes, ya sea en comunidad. Los criterios utilizados por esta Sala en relación a esta problemática pueden resumirse a los efectos de la solución que debe darse a este recurso:

1.º Esta Sala ha declarado siempre que debe estarse a los pactos que hayan existido

entre las partes relativos a la organización económica para la posterior liquidación de estas relaciones (STS de 18 febrero 2003). La sentencia de 12 septiembre 2005, seguida por la de 22 febrero 2006, declara de forma contundente que «las consecuencias económicas del mismo deben ser reguladas en primer lugar por ley específica; en ausencia de la misma se regirán por el pacto establecido por sus miembros, y, a falta de ello, en último lugar por aplicación de la técnica del enriquecimiento injusto».

2.º No se requiere que el pacto regulador de las consecuencias económicas de la unión de hecho sea expreso. Esta Sala ha admitido los pactos tácitos, que se pueden deducir de los *facta concludentia*, debidamente probados durante el procedimiento (SSTS de 4 junio 1998 y 26 enero 2006). Por ello esta Sala ha entendido que se puede colegir la voluntad de los convivientes de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia siempre que pueda deducirse una voluntad inequívoca en este sentido. Las sentencias de 21 octubre 1992, 27 mayo 1998 y 22 enero 2001 admiten que se pueda probar la creación de una comunidad por medio de los *facta concludentia*, que consistirá en la «aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común».

3.º Sin embargo, no puede aplicarse por analogía la regulación establecida para el régimen económico matrimonial porque al no haber matrimonio, no hay régimen (Sentencia de 27 mayo 1998). La consecuencia de la exclusión del matrimonio es precisamente, la exclusión del régimen. A pesar de ello, en los casos de la disolución de la convivencia de hecho, no se impone la sociedad de gananciales, sino que se deduce de los hechos que se declaran probados que hubo una voluntad de constituir una comunidad, sobre bienes concretos o sobre una pluralidad de los mismos.

4.º Los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen comunes a los convivientes, por lo que pertenecen a quien los haya adquirido; sólo cuando de forma expresa o de forma tácita (por medio de hechos concluyentes) se pueda llegar a determinar que se adquirieron en común, puede producirse la consecuencia de la existencia de dicha comunidad».

Conforme a lo anterior, las partes admiten que compraron en común, y por tanto, existe el pacto tácito de someterse a la división de acuerdo a las reglas generales (art. 400 y ss. del Cc).

Sin embargo, esta forma de dividir el bien común, en este caso no es posible jurídicamente porque dicho bien común fue dado en pago de la deuda del préstamo hipotecario que suscribieron (ambos) con La Caixa (Documento n.º 5), ante el impago de dicho préstamo, lo que efectuaron (la demandante representada por su madre) en escritura pública de 16 de julio de 2009, es decir, después de constituida la litis pero antes de dictarse sentencia.

Según esto, la comunidad constituida sobre un único bien (el Tribunal acepta y reproduce las consideraciones de la sentencia de instancia sobre los muebles de la vivienda, pronunciamiento que además, tampoco ha sido recurrido), se disolvió sin liquidar con la entrega (pérdida) del bien a la Entidad bancaria para hacer pago de la deuda del préstamo.

No hay, por tanto, nada que dividir; otra cosa es que deba liquidarse la comunidad ente los comuneros. Y aquí, bien por aplicación analógica de las reglas de la sociedad ganancial, bien por la teoría del enriquecimiento injusto, la demandante resulta ser acreedora en la parte que «habiendo sido pagados sólo por ella», fueron en beneficio de la comunidad (vivienda). Y ya hemos dicho que está probado que la demandante aporta 24.000 euros más que el demandado para la adquisición del piso común. De ese importe, el demandado se aprovechó para la concesión del préstamo hipotecario e hizo pagos relacionados con la compra, convirtiéndose en propietario al cincuenta por ciento de la vivienda. Por su parte, no hubo otra contraprestación similar, limitándose a pagar, a partir de entonces, el 50% de las cuotas mensuales del préstamo, hasta que dejó de pagarlas (lo mismo que hizo la demandante) y tuvieron que entregar el piso en pago de la deuda hipotecaria.

Por *analogia iuris* más que por *analogia legis*, la demandante conserva un crédito contra el demandado que puede repetir, puesto que pagó al acreedor (La Caixa) mayor cantidad que el otro, o, aplicando la teoría del enriquecimiento injusto, el demandado se ha beneficiado y enriquecido en la cantidad inicial no satisfecha (12.000 euros, esto es, el 50% de la cantidad inicialmente entregada por la actora para la adquisición de la vivienda).

En relación con las cuotas del préstamo satisfecha por la actora y que la sentencia estima como integrante asimismo del enriquecimiento injusto (6.080 euros), correspondientes a la mitad de las cuotas del crédito hipotecario de la vivienda, pagadas por la actora durante el período de convivencia *more uxorio*, no pueden considerarse como enriquecimiento del demandado puesto que obedecieron al pago de un préstamo hecho a los dos, con independencia de que la vivienda se pusiera a nombre del demandado (el Registro y la realidad no siempre coinciden) y por tanto, beneficiaban a ambos (desde el principio el demandado admite que, aún cuando el piso estaba a su nombre, era de los dos), y obedecían a la obligación suscrita por los dos con el banco prestamista. Eran deudas de la sociedad constituidas solo sobre éste bien, y para ser consideradas como enriquecimiento injusto faltaría el requisito de la «inexistencia de precepto que obligue a pagar, o que excluya la relación jurídica por la que se efectúa la transferencia patrimonial», en este caso, hay causa (el contrato de préstamo suscrito por la actora y la adquisición de la mitad del piso). Sólo si se hubiera probado que la demandante pagó más cuotas hipotecarias que el demandado, cabría la acción de repetición, pero esto no se ha estimado probado.

Los 6.080 euros pagados por la demandante se corresponden con su parte de préstamo hipotecario, del que el demandado pagó otro tanto.

SUCESIONES

Los coherederos carecen de titularidad sobre los bienes concretos de la herencia hasta la adjudicación porque no existe condominio; únicamente subsiste el conjunto o universalidad patrimonial, y sólo la partición posibilita la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto (patrimonio hereditario) en titularidades concretas sobre bienes determinados. La venta por uno solo de los herederos plantea un problema similar al de la venta de cosa ajena y se resuelve con la nulidad radical del contrato, pues para su validez exige de forma inevitable el consentimiento unánime del resto de los coherederos.

AP Segovia, Sec. 1.^a, Sentencia de 29 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Andrés Palomo del Arco**

La propia parte actora resume del siguiente modo su demanda:

Esta parte interpuso demanda en la que en resumen y esencia mantenía que el abuelo de los demandantes don Fausto adquirió, en cuanto a una cuarta parte por herencia de su madre D.^a Emilia (en 2 de febrero de 1912), y en cuanto a las otras tres cuartas partes por compra que hizo a don Jesús Manuel, don Benito y D.^a Ariadna (en 28 de marzo de 1916) la finca que se describe en el Registro de la Propiedad de la siguiente manera:

Finca urbana: Una casa en el pueblo de Navas de San Antonio en la plaza [...] número [...], que consta de entresuelo principal y desván, corral y pajar accesorios correspondientes a la misma que mide una superficie cuadrada de quinientos veintiocho metros lindante por saliente o derecha con Plaza pública nombrada de las Paneras; izquierda o Norte, con posesión de Justiniano; Poniente o izquierda con posesiones también de José Manuel y Mediodía o frente con dicha Plaza.

Así resulta de la inscripción 1a de la finca registral número [...] del Registro de la Propiedad hoy número 3 de Segovia, obrante al Tomo [...], Libro [...], Folio [...]. Dicha inscripción data del día 31 de agosto de 1917.

También se decía que el citado don Fausto adquirió un pajar colindante a la finca descrita inscrito en el Registro de la Propiedad número 3 de Segovia con número correlativo de finca,

[...], obrante al mismo Tomo y Libro, folio [...], compra realizada el 1 de abril de 1916 a don José Manuel, describiéndose la finca de la siguiente forma:

Finca urbana.—Un edificio destinado a pajar en el casco del pueblo de Navas de San Antonio en la calle de la Corredera, sin número, que mide una superficie cuadrada de ciento cincuenta metros. Linda a Saliente y Mediodía o sea espalda, y derecha, con posesiones de Fausto; Norte o izquierda, casa de herederos de Justiniano y Poniente o frente por donde tiene su entrada con servidumbre de entrada a fincas contigua.

Se expresaba que don Fausto se casó en primeras nupcias con don D.^a Eufrasia, de cuyo matrimonio tuvo una hija llamada Asunción (finada esposa del demandado don José Ramón), contrayendo segundas nupcias con D.^a Marta, en cuyo matrimonio tuvo otros dos hijos llamados Plácido y David (padres de los demandantes), falleciendo el día 18 de enero de 1954 sin haber otorgado disposición testamentaria.

Los demandantes don Pascual, don Luis Miguel y D.^a Fidela son hijos de don Plácido y por lo tanto nietos de don Fausto. Don Plácido falleció el día 20 de marzo de 1982, sin haber otorgado testamento.

Los demandantes don Eulalio, don Mateo y D.^a Sandra son hijos de don David, y por lo tanto también son nietos de don Fausto. Don David también falleció, el día 7 de marzo de 2000, sin haber otorgado disposición testamentaria.

Se decía asimismo que aun cuando las dos referidas fincas pertenecen a la herencia del fallecido don Fausto, don José Ramón (esposo de D.^a Asunción, fallecido durante el curso del procedimiento) dispuso de las mismas como propias, otorgando escritura pública de compraventa ante el Notario de Segovia don Manuel Fermín Domínguez Rodríguez en fecha 18 de febrero de 2006, número quinientos tres de su protocolo, a favor de su sobrino don Baltasar y la esposa de éste D.^a Graciela.

Se decía asimismo en la demanda que estos últimos otorgaron Acta de Notoriedad de fecha 18 de febrero de 2006, número quinientos cuatro de su protocolo para inmatriculación de las fincas, ello a pesar de que ya se encontraban inscritas en el Registro de la Propiedad, causa de que con el tiempo se produjera una doble inmatriculación al dar lugar a una nueva finca registral, número [...] del Registro de la Propiedad número 3 de Segovia (Libro [...], Folio [...], finca registral [...]) en la que las dos fincas registrales [...] y [...] se describían como una sola en estos términos:

Finca urbana.—finca urbana. Casa de dos plantas sita en el término municipal de Navas de San Antonio (Segovia), en la plaza [...] número [...]. Tiene una extensión superficial el solar de mil doscientos cuarenta y tres metros cuadrados (1.243 m²), y la superficie construida es de cuatrocientos veintiséis metros cuadrados (426 m²), es decir doscientos trece metros cuadrados cada una de las plantas, y el resto es patio. Linda al frente por donde tiene su entrada con la calle de su situación; al fondo con las parcelas catastrales números [...], [...] y [...]; a la derecha entrando con la calle [...], y a la izquierda parcelas catastrales números [...] y [...]. CATASTRO.—Referencia Catastral Urbana [...].

Igualmente se decía en la demanda que en fecha 29 de diciembre de 2006 don Baltasar y la esposa de éste D.^a Graciela otorgaron escritura pública de compraventa ante el Notario de El Espinar don Álvaro Romero García, actuando como sustituto legal de su compañero don Francisco Javier García Más, número dos mil ciento cuatro de protocolo, a favor de los también demandados don Guillermo, don Eugenia, don Raúl y D.^a Elvira, casados los dos primeros en

régimen de gananciales con D.^a Visitación y D.^a Rosario respectivamente.

Se terminaba suplicando que se dictara sentencia por la que:

- A) Se declare la nulidad de la escritura pública de compraventa otorgada por don José Ramón ante el Notario de Segovia don Manuel Fermín Domínguez Rodríguez en fecha 18 de febrero de 2006, número quinientos tres de su protocolo, a favor de su sobrino don Baltasar y la esposa de éste D.^a Graciela.
- B) Se declare la ineficacia del Acta de Notoriedad otorgada por don Baltasar y su esposa ante el Notario de Segovia don Manuel Fermín Domínguez Rodríguez, complementaria de título público de adquisición para inmatriculación de finca no inscrita, de fecha 18 de febrero de 2006, número quinientos cuatro de su protocolo.
- C) Se declare la nulidad de la escritura pública de compraventa de fecha 29 de diciembre de 2006, otorgada por don Baltasar y su esposa D.^a Graciela ante el Notario de El Espinar don Álvaro Romero García, actuando como sustituto legal de su compañero don Francisco Javier García Más, número dos mil ciento cuatro de protocolo, a favor de los demandados don Guillermo, Eugenia, Raúl y Elvira, casados los dos primeros en régimen de gananciales con D.^a Visitación y D.^a Rosario respectivamente.
- D) Se declare la cancelación total de la inscripción correspondiente a la finca registral número [...] del Registro de la Propiedad número 3 de Segovia, obrante al Libro [...], Folio [...], librando una vez sea firme esta sentencia el correspondiente mandamiento al citado Registro para la efectividad de tal cancelación.
- E) Se condene a los demandados don Guillermo y su esposa D.^a Visitación; don Eugenia y su esposa D.^a Rosario, don Raúl y D.^a Elvira a desalojar la finca litigiosa, dejándola a la libre disposición de los herederos de don Fausto.
- F) Se condene a todos los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

G) Se condene a los demandados al pago de las costas del procedimiento.

Se solicitaba además como medida cautelar mediante otrosí la anotación preventiva de la demanda en la hoja registral de la finca [...], obrante al Libro [...], Folio [...] del Registro de la Propiedad número 5 de Segovia, que fue acordada tras ser prestada la caución requerida.

Por su parte, conforme resume la Juzgadora *a quo*:

La representación procesal de D. José Ramón mantiene, que D.^a Asunción heredó de su padre Fausto una tercera parte indivisa de la casa, y dentro del matrimonio, es decir, con carácter ganancial, compraron a su dos hermanos las otras dos terceras partes indivisas, por el precio de cincuenta mil pesetas cada parte; D. José Ramón, único heredero de su esposa D.^a Asunción, al fallecimiento de la misma, adquirió la totalidad de la propiedad de la casa. Que la vivienda en la plaza [...] n.º [...] no constaba inscrita, y fue con motivo de la celebración del juicio sobre tutela sumaria de la posesión de la vivienda, cuando se conoció de la posible existencia de otra denominación de la calle, según certificación que expidió el Ayuntamiento. Dicha codemandado, D. José Ramón, formula reconvencción con carácter subsidiario, sobre usucapión o prescripción adquisitiva de una [...] parte indivisa de la vivienda n.º [...] de la plaza [...] en la localidad de Navas de San Antonio (Segovia), para el supuesto de que no se desestimara íntegramente la demanda en razón a los hechos y argumentos expuestos en la contestación.

Estimada parcialmente la demanda inicial por cuanto subordina la eficacia de las compraventas cuya nulidad se insta a que la cosa vendida sea adjudicada a Don José Ramón en las preceptivas operaciones divisorias que se practiquen; y desestimada la demanda reconvenzional, la sentencia de instancia es recurrida tanto por los actores iniciales como por los demandantes reconvenzionales.

Así pues la representación procesal de D. Baltasar y su esposa D.^a Graciela, actores reconvenzionales, cuyo recurso analizaremos en primer lugar por razones sistemáticas, tras describir los antecedentes de la cuestión litigiosa

centran el núcleo de su motivación en la alegación quinta:

Reclamado por la demandante la nulidad de las escrituras de compraventa, aduciendo que la citada casa era propiedad en proindiviso de los herederos de Don Fausto, y no reconociendo la propiedad única y exclusiva de D. José Ramón, esta parte, centró su defensa en demostrar a S.S.^a que la citada casa, en su totalidad, pertenecía a Don José Ramón después del fallecimiento de su esposa D.^a Asunción, y que por lo tanto, ninguna razón existía para declarar nulas las escrituras de compraventa.

Y así, se acreditó documentalmente que una [...] parte indivisa fue heredada por D.^a Asunción de su padre Don Fausto; otra [...] parte indivisa fue comprada constante matrimonio de D.^a Asunción y Don José Ramón, al hermano de la primera —Don Plácido—; y la otra tercera parte indivisa, igualmente y constante matrimonio, se adquirió por compra al otro hermano, Don David. Por lo tanto, la totalidad de la vivienda quedó en poder del matrimonio formado por D.^a Asunción y su esposo Don José Ramón, heredando éste la parte de su esposa al fallecimiento de la misma.

Tal adquisición de la propiedad se acreditó de la siguiente manera:

a) Una tercera parte indivisa descrita anteriormente, la adquiere Asunción por herencia de su padre Don Fausto, (fallecido el 18.01.1954) si bien que no constan efectuadas operaciones particionales en el sentido estricto y escrito, pero si se adjudicaron de conformidad entre los hermanos, que posteriormente procedieron a comprarse y venderse entre ellos.

b) Otra tercera parte indivisa y descrita anteriormente, fue adquirida constante matrimonio al hermano Don Plácido, mediante compra efectuada el 14 de Noviembre de 1956. Ello se acredita mediante el documento número 3 de contestación a la demanda, en que Don Plácido (padre de los demandantes-hermanos Pascual Luis Miguel Fidela), declara haber recibido de Don José Ramón —su cuñado— importe de la casa 6744, debiéndome solamente lo que resta hasta 50.000 ptas. menos 38.256 que ya me entregó, o sea 5000 ptas. Segovia 14 de Noviembre

de 1956. Dicho recibo de pago acredita documentalmente que Don Pascual vendió su tercera parte indivisa a D.^a Asunción y Don José Ramón para su sociedad de gananciales. El documento que reconoce o acredita la venta fue objeto de pericia, al haberse negado por los demandantes que la firma y texto correspondiera a Don Pascual, concluyendo el Informe Pericial, emitido por el Perito Calígrafo, (Folio 242 y ss.) que... el texto debitado ha sido realizado de puño y letra por Plácido. Pero es que además, es significativo, que Don Pascual en el citado recibo habla del importe de... la casa... dando a entender que no existe más que una casa, y que ella es la que se vende, y esta no puede ser otra que la que habían heredado de su padre Don Fausto, en la localidad de Navas de San Antonio.

c) Y finalmente, la otra tercera parte indivisa descrita anteriormente, se compró igualmente, al otro hermano de D.^a Asunción, por un precio igual al anterior de 50.000 pesetas, si bien que, en este caso no se extendió recibo pues Don David (padre de los demandantes-hermanos), recibió de una sola vez el referido precio de 50.000 pesetas, y no hubo necesidad de ir anotando los plazos en aquél año de 1956. Se trataba, por otro lado, de hermanos y ninguna desconfianza existía entre ellos, que además se llevaban perfectamente tanto en el plano familiar como de amistad, pues todos ellos eran personas de alto nivel cultural y económico para los años 1956 —Don José Ramón era militar, Don Plácido, médico; y Don Eulalio, veterinario—.

Pero es que además, la referida compra tenía sentido y razón de ser, pues ya titulares D.^a Asunción y Don José Ramón de dos terceras partes de la casa, se hacía necesario y conveniente adquirir el resto, siendo buena prueba de ello que, Don David nada reclamara sobre la casa en el transcurso de 44 años (desde el año 1956 hasta el año 2000 en que falleció), ni tampoco éste, aportara cantidad alguna en los gastos de la casa, que como consta en la documentación aportada muchos de diferente cuantía e índole se han abonado por Don José Ramón en la conservación de la casa, a lo largo de cincuenta años.

Así las cosas, ante S.S.^a, a nuestro juicio, quedaba más que acreditado que dos terceras

partes de la vivienda correspondían a D.^a Asunción y su esposo Don José Ramón, en régimen de gananciales, si bien que, al no tener constancia documental de la tercera parte indivisa comprada a Don David, se formuló reconvencción invocando la usucapion extraordinaria o prescripción adquisitiva, habiendo sido rechazada, aduciendo S.S.^a Ilma que no se ha acreditado la posesión del inmueble que se pretende adquirir por usucapión, ni tampoco que la posesión hubiera sido a título de dueño, pública, pacífica y no interrumpida.

Y a continuación trata de reforzar su argumentario sobre:

- a) La posesión a título de dueño de la casa con remisión al precedente litigio sobre tutela sumaria de la posesión seguido con el n.º 673/2006, en el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Segovia, tanto a lo allí resuelto como al acopio documental que relata, adicionado con jurisprudencia que permite la usucapión de un comunero frente a otros;
- b) La viabilidad de una titularidad sobre la cuota en la comunidad hereditaria al igual que la matrimonial *post mortem*.

Efectivamente la posibilidad de la titularidad por cuotas, resulta presupuesto de todo su basamento, pero en contra de su alegación, resulta pacífico que nos encontramos ante una comunidad germánica donde no existe titularidad alguna prorrateada sobre cada uno de los bienes individuales que la integran.

Los coherederos carecen de titularidad sobre los bienes concretos de la herencia, hasta la adjudicación no existe condominio; pues mientras, únicamente subsiste el conjunto o universalidad patrimonial (STS 16-4-30); sólo la partición (vid. 1051 y ss.), posibilita la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto (patrimonio hereditario) en titularidades concretas sobre bienes determinados, bien en propiedad exclusiva, bien en proindivisión (STS 20-10-62); y así establece la STS 6-10-97 que producido el hecho sucesorio, todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras que no haya partición, y si en la partición se adjudica algún bien

proindiviso, es cuando pasan a ser titulares en copropiedad.

Doctrina jurisprudencial que se ha mantenido constante en el tiempo y así la STS 9 de febrero de 1933, de manera tajante afirmaba que sólo la partición confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que se le hayan adjudicado; la STS 25 de enero de 1943 que establece que en el período que precede a la partición hereditaria los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente y en ese estado de indivisión ningún coheredero puede reclamar sino para la comunidad hereditaria; la partición tiene el carácter de operación complementaria de la transmisión y es siempre indispensable para obtener el reconocimiento de propiedad sobre bienes determinados; y en idéntico sentido la STS 25 de junio de 1965 establece que no obstante el art. 657 CC, no es posible prescindir de que en el período de indivisión, los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente, permaneciendo indeterminados sus derechos hasta que la partición se realiza, sin que pueda durante tal estado de indivisión, reclamarse para sí, sino para la comunidad hereditaria.

Y precisamente por ello, la enajenación de un sólo de los partícipes de un bien integrante de la herencia, plantea un problema similar al de venta de cosa ajena (STS 8 de enero de 1965), como bien argumenta en este apartado la sentencia de instancia; pero precisamente por ello, no habiendo mediado partición, resulta absolutamente inviable que un heredero se afirme cotitular indiviso de un bien determinado de la herencia; y por otra parte, como bien afirma la contraparte, recurrida por esta representación procesal exclusivamente la desestimación de la reconvención, su planteamiento resulta absolutamente inconciliable con la estimación parcial de la demanda declarado en la sentencia y no recurrido.

En definitiva, al margen de la viabilidad obligacional condicionada de las ventas, constante esa comunidad germánica, ningún efecto transmisivo de la propiedad acarrearán; y de ahí la necesaria desestimación de este recurso.

También recurre en apelación la parte actora inicial, que en sus tres primeras alegaciones relata los antecedentes procesales para concretar el motivo de su recurso en la cuarta y quinta.

La cuarta referida a la nulidad de las escrituras otorgadas por Don José Ramón el 18 de febrero de 2006 y por D. Baltasar y su esposa D.^a Graciela el 29 de diciembre de 2006, con acopio de un extensa cita de doctrina jurisprudencial, plenamente aplicable al caso de autos, por lo que debe ser estimado este motivo.

Así argumenta:

La sentencia apelada se equivoca al interpretar y aplicar la doctrina contenida en la Sentencia que cita de la Sala.^a del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2009, que obliga a estimar íntegramente nuestra demanda.

Al interpretarse incorrectamente aquella Sentencia de nuestro Alto Tribunal la apelada incurre en clara incongruencia interna, produciéndose un claro desajuste entre sus Fundamentos Jurídicos y el fallo, toda vez que aplicando la doctrina contenida en la Sentencia que se invoca de 23 de junio de 2009 del Tribunal Supremo no puede considerarse que nos encontremos ante una venta de cosa ajena con eficacia subordinada a que en las operaciones particionales de don Eulalio se adjudique al vendedor, sino que estamos ante un supuesto de inexistencia o nulidad radical del contrato.

Efectivamente, una cosa es la certeza del contrato y otra su validez y eficacia jurídica. No se cuestiona se efectuara realmente dichos negocios jurídicos, sino si fueron lícitos en cuanto generadores de la transmisión de la propiedad sobre la cosa vendida, porque salvo que se acredite que en ese concreto momento los respectivos vendedores eran propietarios exclusivos de la cosa vendida, en otro caso la venta no podría producir su efectos traslativo del dominio, conforme el art. 609 del Código Civil, al no producir el contrato efecto alguno por su nulidad absoluta, dado que la vendedora carecía del poder de disposición, al necesitar de forma inevitable el consentimiento unánime del resto de los coherederos, de forma que efectivamente nos encontramos ante un negocio nulo por inexistente según el art. 1261.1.º del citado Código (y así la propia STS 23 de junio de 2009 citada). En dicha sentencia, con cita de precedentes, se hace un estudio respecto a la posible validez de la compraventa de cosas determinadas de la herencia por un solo coheredero antes de la partición,

y si bien opta por la general validez del contrato entre las partes desde el principio general de la posibilidad de la venta de cosa ajena en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante declara que dicha eficacia será «puramente condicional», o sea, subordinada en todo caso al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en todo o en parte al vendedor en las operaciones divisorias y ello conforme a la solución generalmente adoptada por dicho Alto Tribunal en sus sentencias de las últimas décadas, pero ello no evita la nulidad de esas compraventas.

Expresamente relata que 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).

Si bien precisa que la solución generalmente adoptada por la Sala Primera en sus sentencias de las últimas décadas es la 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.

Consentimiento que no logran acreditar los enajenantes, especialmente por cuanto se vende en nombre propio con exclusión del resto de los coherederos; y sin que en modo alguno la posesión a título de dueño que se invoca, sirva para subsanar su carencia absoluta de título, comenzando porque ni siquiera logra acreditar el presupuesto fáctico de tal posesión cuando admite Don Jesús Manuel en el litigio precedente que el mismo invoca, que la casa fue poseída por tercero durante veinte años, Engracia que tenía derecho a vivir en la casa porque era de todos y él nunca vivió en la misma.

En el quinto apartado, se hace referencia a las peticiones contenidas en el suplico de la demanda D), E) y F):

Esta parte solicitaba en el escrito de demanda en los referidos apartados las siguientes declaraciones y condenas:

- D) Se declare la cancelación total de la inscripción correspondiente a la finca registral número [...] del Registro de la Propiedad número 3 de Segovia, obrante al [...], Folio [...], librando una vez sea firme esta sentencia el correspondiente mandamiento al citado Registro para la efectividad de tal cancelación.
- E) Se condene a los demandados don Guillermo y su esposa D.^a Visitación; don Eugenia y su esposa D.^a Rosario, don Raúl y D.^a Elvira a desalojar la finca litigiosa, dejándola a la libre disposición de los herederos de don Fausto.
- F) Se condene a todos los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

Una vez que nos hemos pronunciado sobre la nulidad de las enajenaciones referidas, tanto

más cuando la contraparte admite la existencia de doble inmatriculación que alude a un error derivado del cambio de denominación de la plaza [...] que pasó a ser plaza [...], resulta inexorable la cancelación total de la inscripción relativa a la finca registral n.º [...], tanto como consecuencia de la nulidad *ex* 1261 CC como del art. 39 LH;

así como que por inexistencia de la transmisión del dominio sobre la misma, igualmente procede el desalojo interesado en beneficio de la comunidad de herederos de Don Fausto; lógicamente sin perjuicio de los acuerdos que ulteriormente la comunidad hereditaria determine sobre el disfrute de la finca.

OTRAS CUESTIONES

Se estima la demanda interpuesta por la tía frente a su sobrina y se condena a ésta a abonar a aquélla 98.400 euros por aprovechamiento propio de los fondos de cuentas bancarias en las que figuraba como autorizada.

AP Cádiz, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de diciembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Margarita Álvarez-Ossorio Benítez**

Por la representación de Doña Mónica se presentó recurso de apelación contra la Sentencia de instancia solicitando su revocación y el dictado de otra que desestimara íntegramente la demanda formulada de contrario por Doña María Rosario; alternativamente, reduzca la cantidad de la condena teniendo en cuenta los ingresos realizados en la cuenta de la actora así como también el que se justifica con aporte documental con el recurso, todo ello, sin condena en costas a la parte recurrente.

La parte apelada se opuso al recurso e interesó la confirmación de la Resolución combatida, con expresa condena en costas a la adversa.

Como se desprende de los autos Doña María Rosario, tía de la demandada, Doña María Rosario, con importantes vínculos afectivos desde la infancia de la última además, interpuso demanda contra su sobrina para que le abonara la cantidad de 109.200 euros, más intereses, invocando para ello preceptos del contrato de mandato, artículo 1709 y siguientes del Código Civil, y del préstamo, artículo 1753 y siguientes del anterior, por aprovechamiento propio por la demandada de fondos de la actora de las cuentas bancarias de la Sra. María Rosario en las que la apelante tenía autorización: Bilbao Bizkaia Kutxa, dos en Caixa Galicia y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. Según la actora, a principios de 2006 advirtió que las cuentas no le cuadraban

y pidió a su sobrina le hiciera un estado de su situación económico-financiera desde que ingresó en la Residencia Eterra, en Bilbao, a fin de poder trasladarse a la Residencia Reina de la Paz de la misma ciudad, que le exigía dispusiera de dinero suficiente, siendo también relevante para acelerar su ingreso.

La demandada, en documento adjuntado bajo el n.º 5 del escrito rector del procedimiento, realizó lo solicitado por su tía y remitió a la Residencia Reina de la Paz escrito de fecha 7 de enero de 2007 en el que hacía constar: «he recibido de mi tía María Rosario en diversas ocasiones ayudas económicas por un total de 109.800 euros», reconociendo haber firmado el escrito y realizado el estado de cuenta.

Una y otra parte aportan relación de apuntes de Caixa Galicia y la demandada documental consistente en cartas enviadas por el Letrado de la actora y sus respuestas (documentos 4 a 8 de la contestación). De ellos se destaca, por un lado, que la actora reconoce haber recibido pequeñas partes de la deuda y, por otro lado, de la demandada, en carta de 14 de abril de 2008, ofrecimiento de pago en la cuenta de su tía de 400 euros mensuales, en su cuenta de la BBK, dentro de los quince primeros días de cada mes, quedando a su disposición su automóvil, anunciándole que comenzaría a efectuar la tramitación para el cambio de documentación,

haciéndole notar (como reflejo de dificultades económicas tenidas en sus negocios), la puesta en venta de su establecimiento gaditano de hostelería «El Pintxo», extremo que reitera en su escrito de 18 de abril de 2008, al que añade la devolución de los objetos de valor recibidos de su tía, contabilizándolo como devolución, a lo que añadiría toda cantidad extra que ella y su esposo pudieran reunir, que ingresarían y contabilizarían de igual modo.

En su Sentencia la Juzgadora de instancia, tras destacar la estrecha relación familiar entre la actora y sus sobrinas, Mónica, la demandada, y su hermana Loreto, por motivos de quedar huérfanas a corta edad, careciendo de hijos la demandante, estudia la relación primera de mandato, del artículo 1709 del Código Civil, la que está basada en la confianza, propio de estas relaciones familiares, que debe estar presidido por la buena fe del mandatario en su gestión (artículo 7 del Código Civil) y además ser acorde a las exigencias del artículo 1258 del mismo Código, surgiendo el problema cuando se implica el mandatario en la contratación con terceros de buena fe que pudieran intervenir en negocios de carácter oneroso, realizando por su parte una prestación de carácter patrimonial amparada en la existencia del mandato. Es esta situación la planteada, al afirmar la actora en interrogatorio que ni conocía ni estaba de acuerdo con la disposición en bolsa de su efectivo depositado en Caixa Galicia, que la apelante atribuyó a iniciativa del director de la entidad, lo que no probó, al no haberlo confirmado en los autos, y múltiples disposiciones de su sobrina, sin justificar su manejo, las que le llevan a demandarla. La apelante refirió que su tía le había autorizado a la salida de fondos, como 30.000 euros, como anticipo de su herencia, lo que no justificó ya que la actora manifestó que la salida de los mismos estaba justificada para el pago de sus necesidades vitales: pago de la residencia, de sus recibos, etc. y planteados al momento en que ella quedara impedida, resaltándose la disposición de efectivos que realiza en Caixa Galicia en momento en que las relaciones empiezan a deteriorarse, como se constata con el extracto de cuenta adjuntado como documento n.º 7 de la demanda. La demandada, que pasaba por dificultades fi-

nancieras en sus empresas, sostuvo que su tía, de forma verbal, autorizó la salida de fondos de su cuenta a la de su entidad «Kuskoidi», lo que es negado por la actora. Se configuró, según se dice en la Sentencia, una relación de mandato reconocido para la gestión de pagos, que sirvió de base para luego realizar diversos actos de disposición, traspaso, creación de empresa, anticipo de herencia, inversión de fondos..., que no se reflejan en contabilidad y que han beneficiado a la demandada.

Asimismo se destaca que aunque se hubieran ocultado bienes del patrimonio de la actora en la relación enviada a la Residencia Reina de la Paz, no se probaba que las cantidades desglosadas hubieran sido alteradas (la demandada refería que fueron aumentadas, lo que no acredita), ni que la intención del documento n.º 5 fuera reflejar los gastos existentes, sin llegar a expresar el patrimonio ni los fondos de la demandante para crear una realidad económica diferente a la existente, ni había elemento objetivo que desnaturalizara la calificación como préstamo de la suma reclamada en demanda.

Referente a las diversas cantidades entregadas a la actora y sobre su naturaleza (financiación de un automóvil, anticipo de herencia, ayuda para la empresa Kuskoidi, etc., que la actora sostiene que eran préstamos y la demandada donaciones), la Juzgadora de instancia acude a la doctrina jurisprudencial de la presunción de onerosidad en todo desplazamiento patrimonial, siendo la liberalidad la excepción e incumbiendo la carga de la prueba a quien la alega, haciendo un análisis y valoración de los documentos de la demanda —5 y 6— y 4 a 8 de la contestación, que le llevan a calificar que la entrega y autorización de dichos fondos de los que dispuso la demandada lo fueron a título de préstamo, por lo que estima la demanda.

Entrando en los motivos del recurso y alterando el orden, destacamos que se invoca en segundo lugar error en la valoración de la prueba, para hacer notar que la relación entre las partes era cercana a la de padres e hijos, relación que no se discute.

Sobre que no existiera préstamo, como se dice, afirmar, por un lado, que precisamente por esa relación de confianza, es por lo que no se es-

pecificó plazo concreto de devolución aunque no consta que nada se entregara libérrimamente y existiera obligación de devolver, y, por otro lado, la demandada admitió haber retirado fondos a su favor, negando su tía que fuera con su conocimiento y asentimiento.

Referente a la interpretación subjetiva que del documento n.º 5 realiza la apelante, no se desvirtúa con la restante prueba ni con el hecho admitido que se hubiera ocultado en él menor patrimonio de la demandante ante la Residencia a la que iba dirigido el documento.

Se dice que no se ha valorado el que la demandada y su hermana Loreto hubieran sido instituidas herederas universales de su tía, en testamento otorgado por la misma el 15 de octubre de 1997. A este respecto debemos decir, que aunque no hubiera alterado el mismo posteriormente la demandante, la fecha coincide en momento en que eran álgidas las relaciones entre las partes, antes de que la demandada hubiera trasladado su domicilio con su familia a San Fernando, antes de que la actora hubiera ido a la Residencia Ederra en condiciones físicas disminuidas, lo que aconteció en septiembre de 2003, siendo lógico que no estando acogida en el domicilio de otro familiar, quisiera preservar su patrimonio mientras viviera para poder hacer frente a sus necesidades, y lógico también que lo que restara tras su muerte quedara para sus sobrinas.

Compartimos con la Juzgadora de instancia que, como es sabido, en los negocios con desplazamiento patrimonial, se presume la onerosidad, por lo que, en contra de lo que mantiene la apelante es a ella a quien corresponde probar que existió donación, lo que no ha hecho. Respecto a que hubiera otras personas con disponibilidades de las cuentas de la actora, además de no constar, es un hecho que las detracciones fueron hechas por la demandada y el reconocimiento de su deuda también, como se prueba documentalmente.

Solo resta considerar los ingresos a cuenta realizados por la Sra. Mónica a favor de su tía, motivo alegado inicialmente, como incongruencia, por condenar por cantidad superior a la adeudada. Ya el 14 de enero de 2008, antes de la interposición de la demanda, 1 de abril de 2008, se reconocía por el letrado de la parte actora que había pagado pequeñas cantidades de la deuda y, en el curso de los autos, el débito se ha reducido en 10.800 euros, como se admite, por lo que lo adeudado son 98.400 euros. De la documental incorporada con la contestación a la demanda obran justificantes de ingresos en agosto, septiembre y diciembre de 2007, anteriores a la demanda, siendo los restantes posteriores, por lo que no debió condenarse por el total que se hizo. De ahí, que se estime el motivo y se revoque la Sentencia, que concretará la deuda restando lo pagado antes y durante la tramitación del procedimiento.

Revista de

Derecho de Familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

CONVENIO REGULADOR

Figurando inscrito el inmueble con carácter privativo de los cónyuges y en mitades indivisas, no puede inscribirse el convenio regulador en el que con ocasión de la liquidación de la sociedad de gananciales aquellos acuerdan la adjudicación a la esposa del inmueble con pago del exceso de adjudicación al esposo al no constar con claridad el negocio jurídico por el que se llega a tal adjudicación.

DGRN, Resolución de 3 de septiembre de 2011

1. Se debate en este recurso si es inscribible un testimonio de sentencia dictada en procedimiento de separación que aprueba el convenio regulador aportado a los autos. En dicho convenio se incluye la liquidación de la sociedad de gananciales, y respecto de la finca que había constituido la última vivienda familiar, se limitan a expresar que «dan el carácter de ganancial al citado inmueble, lo aportan a su sociedad de gananciales y así lo manifiestan con la firma del presente convenio regulador y con su inclusión en el inventario de la citada sociedad, comprometiéndose a realizar cuantas actuaciones, gestiones y trámites sean precisos para garantizar dicho acuerdo», para añadir que se adjudica en dicha liquidación a uno de ellos quien desde la fecha de tal documento asume en su integridad el pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la citada finca. La registradora suspende la inscripción solicitada por considerar que falta como título previo la escritura de aportación a la sociedad de gananciales a que se refiere la sentencia.

2. Según la doctrina de este Centro Directivo (cfr. las Resoluciones citadas en los «Visitos» de la presente), es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio, siempre que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la nulidad, separación o el divorcio. Se consi-

dera que se trata de un acuerdo de los cónyuges que acontece dentro de la esfera judicial y es presupuesto necesario de la misma sentencia modificativa del estado de casado.

Ahora bien, como también tiene declarado esta Dirección General de los Registros y del Notariado (véase, por todas, la Resolución de 25 de octubre de 2005), esa posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. artículos 90, 91 y 103 del Código Civil), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.

En efecto, como recordó la Resolución antes mencionada, uno de los principios básicos de nuestro sistema registral es el llamado principio de legalidad, que, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan, *erga omnes*, de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional —artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria—, está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación de la registradora. Así, el artículo 3 de la Ley Hipotecaria establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o

auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales, y esta norma se reitera en toda la Ley Hipotecaria, así como en su Reglamento, salvo contadas excepciones que son ajenas al caso ahora debatido.

Ciertamente, según los artículos 1.216 del Código Civil y 317.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son documentos públicos los testimonios que de las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie expidan los secretarios judiciales (a quienes corresponde dar fe, con plenitud de efectos, de las actuaciones procesales que se realicen en el Tribunal o ante él —artículos 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 145 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, y conforme al artículo 319.1 de dicha Ley procesal tales testimonios harán prueba plena del hecho o acto que documentan y de la fecha en que se produce esa documentación (cfr., también, artículo 1218 del Código Civil). Pero es también cierto, según la reiterada doctrina de esta Dirección General de los Registros y del Notariado, que al exigir el artículo 3 de la Ley Hipotecaria para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no quiere decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse; de modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro, y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible (cfr. Real Orden de 13 de diciembre de 1867 y Resoluciones de 16 de enero de 1864; 25 de julio de 1880; 14 de junio de 1897; 12 de febrero de 1916; 31 de julio de 1917, y 1 de julio de 1943, entre otras).

3. Precisando más los límites de la citada doctrina, recientemente la Resolución de 22 de marzo de 2010, reiterando otros pronunciamientos anteriores de este mismo Centro Directivo, ha señalado que respecto de la sociedad de gananciales, proclamada en nuestro Derecho la posibilidad de transmisión de bienes entre cónyuges por cualquier título (cfr. artículo 1323 del Código Civil), nada se opone a que éstos, con

ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal preexistente puedan intercambiarse bienes privativos. Pero no siempre esas transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro tendrán como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio. Puede haber, en ocasiones, un negocio complejo, en el que la toma de menos por un cónyuge del remanente consorcial se compense con esa adjudicación —a su favor— de bienes privativos del otro cónyuge o, simplemente, negocios adicionales a la liquidación, independientes jurídicamente de ésta, con su propia causa.

Indudablemente, el negocio de que se trate ha de tener su adecuado reflejo documental, siendo preciso plasmarlo así, nítidamente, en el correspondiente documento, sin que pueda pretenderse en todo caso su inscripción por el mero hecho de que conste en el convenio regulador de la separación, cuyo contenido propio es un negocio que es exclusivamente de liquidación de la sociedad conyugal (cfr. artículos 1.397 y 1.404 del Código Civil y 18 de la Ley Hipotecaria). Y, tratándose de la vivienda familiar, si se han realizado pagos del precio aplazado de la misma con dinero ganancial, la titularidad privativa inicial habrá devenido —*ex lege*— con los desembolsos realizados, en el nacimiento de una comunidad romana por cuotas entre la sociedad de gananciales y los cónyuges titulares, en proporción al valor de las aportaciones respectivas (cfr. artículos 1.357.2 y 1.354 del Código Civil). Esa situación y la consiguiente extinción de ese condominio, para tener acceso registral, tiene que ser así convenida por las partes y tener su correspondiente e idóneo reflejo documental, en los términos antes expuestos (vid., por todas, las Resoluciones de 3 de junio de 2006 y 31 de marzo de 2008).

4. En el presente caso no puede entenderse que el negocio jurídico celebrado tenga su adecuado reflejo documental. Habida cuenta de la ambigüedad de los términos del referido convenio no puede determinarse si se refiere a una aportación de la finca a la sociedad de gananciales realizada en ese mismo acto en el convenio de separación (lo que sería contradictorio con la naturaleza propia del acto de liquidación, en tanto en cuanto se estaría aportando un bien a la

sociedad de gananciales que ha quedado disuelta antes de ese acto o simultáneamente al mismo) o si se trata más bien de un negocio por el que la adjudicación formalizada en el convenio comporta una compensación acordada entre los ex cónyuges, como consecuencia de los excesos o defectos de adjudicación resultantes de la liquidación de la sociedad de gananciales.

En definitiva, las distintas exigencias en cuanto a validez de los diferentes tipos negociales, así como las específicas repercusiones que el concreto negocio adquisitivo tiene en el régimen jurídico del derecho adquirido (advirtiéndose las diferencias entre la adquisición a título oneroso y las realizadas a título gratuito, así en parte a su protección —cfr. artículos 34 de la Ley Hipo-

otecaria y 1297 del Código Civil— como en su firmeza —cfr. artículos 644 y siguientes del Código Civil—; la indeterminación sobre la existencia de causa negocial propia de una liquidación del patrimonio ganancial, y las exigencias derivadas del principio de titulación auténtica, unidas a la limitación de contenido que puede abarcar el convenio regulador, según doctrina reiterada, llevan a concluir que el documento calificado resulta insuficiente para acceder a la inscripción solicitada.

En consecuencia, esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Figurando inscritas en el Registro unas determinadas fincas a favor de un cesionario, para su sociedad de gananciales, con la obligación de prestar alimentos a los cedentes, para inscribir la escritura de resolución del contrato de cesión ante la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, es preceptiva la participación del cónyuge del cesionario.

DGRN, Resolución de 30 de septiembre de 2011

1. Están inscritas en el Registro de la Propiedad determinadas fincas a favor de un cesionario, para su sociedad conyugal con su consorte, con la obligación de prestar alimentos a los cedentes. Se plantea ahora en este expediente si pueden inscribirse las escrituras de resolución de los contratos de cesión, ante la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones contraídas, produciéndose la reinscripción a favor de los cedentes, con la sola intervención —junto con los cedentes— del cesionario que otorgó la escritura de cesión cuya resolución se pretende. Según la nota de calificación es preceptiva la participación, además, del cónyuge del cesionario.

2. De acuerdo con el principio de relatividad de los contratos consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, en los artículos 1255 y 1257 del Código Civil, éstos sólo producen su eficacia entre las partes que los otorgan y sus herederos, de modo que los otorgantes —o, en su caso, sus herederos— podrán variar su contenido, dar-

lo por cumplido, resolverlo de mutuo acuerdo o incluso renunciar a los derechos concedidos, siempre que tales actos no sean contrarios al interés o al orden público ni perjudiquen a terceros —artículos 6.2 y 1091 del Código Civil—.

3. Ahora bien, en el ámbito relativo al régimen económico matrimonial de gananciales, nuestro sistema determina la atribución de ganancialidad sin necesidad de intervención de los dos titulares, de modo que el bien adquirido para la sociedad conyugal debe ser considerado ganancial cuando en un contrato translativo oneroso —como es la cesión de propiedad a cambio de alimentos—, el cesionario adquiere y manifiesta que dicha adquisición lo es para la sociedad de gananciales. En estos casos se practica la inscripción a favor del cesionario con esta indicación conforme a lo dispuesto en el artículo 93.4 del Reglamento Hipotecario —que a su vez se funda en el artículo 1347.3 del Código Civil—. Existe así una presunción de ganancia-

cialidad que se produce *ex lege* mientras no se pruebe fehacientemente el carácter privativo de la contraprestación (véase artículo 1361 del Código Civil).

De esta forma, habiéndose verificado por medio del contrato realizado por uno solo de los cónyuges una adquisición de bien ganancial, este bien debe quedar sometido, en cuanto a su gestión, a las reglas que para los bienes gananciales se establecen en la Ley, las cuales habrán de imponerse al anteriormente referido principio de relatividad contractual.

4. Queda, pues, calificar si el acto de pérdida del derecho como consecuencia de la resolución del contrato por mutuo disenso es un acto de mera administración, y por tanto realizable por sí solo por el cónyuge adquirente (artículos 1384 y 1385 del Código Civil y 93.4 del Reglamento Hipotecario) —como ocurre con la cancelación de hipoteca por pago, conforme al artículo 178.5 del Reglamento Hipotecario, o la nota marginal de pago en las condiciones resolutorias explícitas a que alude el artículo 58.2 del propio texto reglamentario—; o por el contrario constituye un acto de disposición sometido a la regla de la cogestión del artículo 1377 del Código Civil. Pues bien, a este respecto debe diferenciarse en función de la prueba del cumplimiento de la condición: en efecto, como tiene señalado este Centro Directivo (cfr.

Resoluciones de 23 de septiembre de 1996 y 22 de enero de 2001), la condición como elemento accidental del negocio, fruto de la voluntad de las partes, despliega sus efectos de forma automática, de suerte que, en el caso de la condición resolutoria de una compraventa, dichos efectos se traducen, en caso de cumplimiento, en la reinscripción de la finca a favor del vendedor; si a ello se añade que la ineficacia del contrato tiene efecto retroactivo, el cumplimiento de la condición tiene como consecuencia la extinción de los derechos que recaen sobre el dominio del comprador, sin necesidad del consentimiento, siquiera, de ninguno de los titulares de tales derechos.

Ahora bien, si la única prueba del cumplimiento de la condición es la aseveración o declaración de las partes al respecto, resulta que esa aseveración o declaración produce como consecuencia la salida del bien del patrimonio ganancial, debiendo por tanto ser considerada como dispositiva y, en consecuencia, sometida a la regla de general de la disposición conjunta, sin que sea suficiente la intervención del cónyuge que otorgó el contrato cuya resolución se pretende. En definitiva, la resolución por mutuo disenso determinará la pérdida del derecho adquirido, por lo que no cabe duda de su carácter de acto dispositivo y no de mera administración que exige la intervención de ambos cónyuges.

Para inscribir una escritura de compraventa por una persona separada no es necesario que acredite documentalmente su estado civil, bastando sus meras manifestaciones.

DGRN, Resolución de 4 de noviembre de 2011

1. El debate que origina este recurso versa sobre el modo en que ha de acreditarse la circunstancia del estado correspondiente al separado judicialmente, al consignarse la misma en el documento público notarial, de forma que tenga plena virtualidad para su acceso al Registro de la Propiedad.

2. Se trata de una cuestión que ha sido resuelta reiteradamente por este Centro Directivo, en virtud de las Resoluciones señaladas en los «Vistos» y con base en lo dispuesto en el artícu-

lo 159 del Reglamento Notarial. Precisamente, este precepto, en su redacción vigente, tras prescribir que «las circunstancias relativas al estado de cada compareciente se expresarán diciendo si es soltero, casado, separado judicialmente, viudo o divorciado...» establece, de manera que no deja lugar a dudas, que «Las circunstancias a que se refiere este artículo se harán constar por el notario por lo que resulte de las manifestaciones de los comparecientes».

Nada tiene que ver el objeto de este recurso con el supuesto de hecho de la Resolución

de 2005, invocada por el registrador en su nota, en la que se abordaba la inscripción de la adjudicación de un inmueble a un cónyuge por liquidación de una sociedad conyugal que había quedado disuelta en virtud de una sentencia que declaraba la separación judicial. Era en dicho caso donde la acreditación de la inscripción en el Registro Civil de la sentencia de separación constituía un requisito previo para la inscripción en el Registro de la Propiedad de las adjudica-

ciones provenientes de la liquidación del patrimonio consorcial, por ser la causa de la disolución de la sociedad de gananciales (cfr. artículo 266 del Reglamento del Registro Civil).

En consecuencia, esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha acordado estimar el recurso planteado y revocar íntegramente la calificación del registrador de la Propiedad recurrida.

Para que el embargo sea anotable deberá referirse a la cuota global que corresponda al cónyuge demandado sobre el patrimonio ganancial, y no a bienes concretos.

DGRN, Resolución de 16 de enero de 2012

1. El único problema que plantea el presente recurso es el de dilucidar si, inscrita una finca a favor de ambos cónyuges como ganancial, puede tomarse anotación de embargo sobre una mitad indivisa de la misma, cuando el embargante es la esposa y el embargado el marido, siendo así que ambos cónyuges están divorciados.

2. Dado el divorcio de los cónyuges, la sociedad conyugal se halla disuelta, pero no liquidada, tal como resulta de la documentación que obra en el expediente en la que consta que los cónyuges se divorciaron pero acordaron no liquidar la sociedad de gananciales. No estando, por tanto, liquidada la sociedad conyugal, pero sí disuelta —a diferencia de lo que ocurre en los casos en que no resulta del Registro ni del mandamiento la disolución (cfr. 17 de agosto de 2010)— y, como ha dicho reiteradamente este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas), no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que puedan disponer separadamente, o que pueda ser embargada separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquellos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o sus respectivos

herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en dichas operaciones.

3. De lo anterior se desprende, como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas), la necesidad de distinguir tres hipótesis diferentes, así en su sustancia como en su tratamiento registral. En primer lugar el embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, el cual, en congruencia con la unanimidad que preside la gestión y disposición de esa masa patrimonial (cfr. artículos 397, 1058, 1401 del Código Civil), requiere que las actuaciones procesales específicas se sigan contra todos los titulares (artículo 20 de la Ley Hipotecaria). En segundo lugar, el embargo de una cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial, embargo que, por aplicación analógica de los artículos 1067 del Código Civil y 46.2 y 42 de la Ley Hipotecaria, puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas sólo contra el cónyuge deudor, y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación «sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor» (cfr. artículo 166.1, *in fine* del Reglamento Hipotecario). En tercer lugar, el teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un

cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal, supuesto que no puede confundirse con el anterior pese a la redacción del artículo 166.1 in fine del Reglamento Hipotecario, y ello se advierte fácilmente cuando se piensa en la diferente sustantividad y requisitos jurídicos de una y otra hipótesis. En efecto, teniendo en cuenta que los cónyuges, o el cónyuge viudo y los herederos del premuerto, pueden verificar la partición del remanente contemplado en el artículo 1404 del Código Civil, como tengan por conveniente, con tal que no se perjudiquen los derechos del tercero (cfr. artículos 1058, 1083 y 1410 del Código Civil), en el caso de la traba de los derechos que puedan corresponder al deudor sobre los bienes gananciales concretos, puede perfectamente ocurrir que estos bienes no se adjudiquen al cónyuge deudor (y lógicamente así ocurrirá si su cuota puede satisfacerse en otros bienes de la misma naturaleza, calidad y especie), con lo que aquella traba quedará absolutamente estéril; en cambio, si se embarga la cuota global, y los bienes sobre los que se anotan no se atribuyen al deudor, éstos quedarán libres, pero el embargo se proyectará sobre los que se le hayan adjudicado a éste en pago de su derecho (de modo que sólo queda estéril la anotación pero no la traba). Se advierte, pues, que el objeto del embargo cuando la traba se contrae a los derechos que puedan corresponder a un cónyuge en bienes singulares carece de verdadera sustantividad jurídica; no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial (cfr. Resolución de 8 de julio de 1991), y por tanto, debe rechazarse su reflejo registral, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria.

4. En el supuesto concreto del presente expediente, el mandamiento expresa con toda claridad que se embarguen los derechos que el ejecutado tiene sobre la finca registral..., y no la cuota global del demandado en el patrimonio consorcial en liquidación, con las consecuencias que se derivan de lo expuesto en el apartado precedente: que el objeto de embargo carece de verdadera sustantividad jurídica, no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial (cfr. Resolución de 8 de julio de 1991), y, por tanto, debe rechazarse su reflejo registral, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria, al no ser posible de acuerdo con la doctrina expuesta el embargo de los derechos que correspondan a un cónyuge sobre bienes gananciales singulares. En definitiva, para que el embargo sea anotable deberá referirse a la cuota global que corresponda al cónyuge demandado sobre el patrimonio ganancial, y no a bienes concretos.

5. Finalmente, la recurrente alega que ejecutante y ejecutado son propietarios cada uno de ellos de la mitad indivisa del bien objeto de embargo, pero para que así sea, como queda dicho, sería necesario que previamente se efectuase la liquidación correspondiente, liquidación que en el presente caso no se ha realizado tal como consta expresamente en el convenio regulador aprobado judicialmente en el año 2008 que se invoca en el recurso y que se acompaña (conforme al cual «El régimen económico matrimonial de gananciales no se liquida en el presente convenio, por lo cual ambos cónyuges mantienen la siguiente vivienda...»), y sin que dicha liquidación pueda realizarse por voluntad unilateral de uno solo de los cónyuges.

SUCESIONES

Para que el registrador pueda apreciar en su calificación que existe contradicción de intereses en una partición de herencia en la que intervenga el cónyuge viudo en representación de sus hijos menores es necesario que el representante y el representado aparezcan interesados como copartícipes, y ni siquiera en tal supuesto puede darse por sentado que siempre que dicho representante legal intervenga también en su propio nombre existe, por definición, oposición de intereses, sino que habrá que examinar las circunstancias concretas del caso.

DGRN, Resolución de 26 de septiembre de 2011

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes:

a) Intervienen en el otorgamiento de dicha escritura la viuda del causante, ocho hijos (siete de ellos representados por su madre) y tres nietas, descendientes de una hija de dicho causante fallecida sin haber aceptado ni repudiado la herencia de éste.

Por ser menor de edad, una de las nietas está representada por su padre, quien interviene únicamente en nombre y representación de su hija, según se expresa en la escritura, en la que se añade que dicho señor no tiene participación o derecho alguno en la herencia que se formaliza porque en el inventario de la herencia de su esposa se incluyó el derecho hereditario que correspondía a sus tres hijas en la herencia de su abuelo y el viudo «recibió íntegros sus derechos en la herencia de su esposa, no adjudicándose derecho alguno en el referido derecho hereditario...». Asimismo, se manifiesta que la herencia de la hija fallecida, en la que intervino un defensor judicial, fue aprobada judicialmente, según se acredita con el auto correspondiente que se testimonia en la escritura calificada.

b) El registrador suspende la inscripción porque considera que existe conflicto entre los intereses del padre que representa a la nieta del causante por ser menor de edad y los intereses de la misma representada, toda vez que —a su juicio— el representante está interesado en la herencia del abuelo como transmisario, al ser

heredero de su esposa y no haber renunciado expresamente a la herencia de ésta.

c) Solicitada calificación sustitutoria, la registradora sustituta confirmó la calificación del sustituido y añade que la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso afecta a la partición de la herencia de la hija fallecida —transmitente— por concretarse ahora el derecho hereditario en bienes determinados, por lo que deberá «observarse el valor de dichos bienes, máxime tratándose de una menor, a fin de calificar que no han sido perjudicados los derechos que en su día se la adjudicaron en la herencia de la transmitente (su madre)...», de modo que «la menor en este acto sigue teniendo el mismo conflicto de intereses con su padre que tenía al practicar la partición hereditaria de su madre, por lo que deberá estar representada por un defensor judicial y obtener la correspondiente aprobación judicial...».

2. El criterio que mantiene el registrador en la calificación impugnada no puede ser mantenido.

De acuerdo con la reiterada doctrina de este Centro Directivo (cfr. las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente), para que el registrador pueda apreciar en su calificación que existe contradicción de intereses en una partición de herencia en la que intervenga el cónyuge viudo en representación de sus hijos menores es necesario que el representante y el representado aparezcan interesados como copartícipes y ni siquiera en tal supuesto puede darse por sentado que siempre que dicho representante legal

intervenga también en su propio nombre existe, por definición, oposición de intereses, sino que habrá que examinar las circunstancias concretas del caso. Así esta Dirección General ha entendido que no existe conflicto de intereses en el caso de adjudicación «pro indiviso» de bienes de la herencia, realizada por la viuda en su favor y en representación de sus hijos menores de edad si había estado casada en régimen de separación de bienes —Resolución de 27 de enero de 1987—; tampoco cuando uno de los herederos interviene en su propio nombre y además como tutor de otro y se adjudica en nuda propiedad una cuota parte indivisa del único bien inventariado a los herederos —Resolución de 14 de septiembre de 2004—; o en la liquidación de sociedad de gananciales y partición de herencia otorgada por el cónyuge viudo en su propio nombre y en representación legal de sus hijos menores, cuando la liquidación es total, todos los bienes inventariados fueron adquiridos por el cónyuge premuerto para su sociedad conyugal y se adjudican «pro indiviso» al cónyuge superviviente y a los hijos por éste representados, respetándose estrictamente las cuotas legales en la sociedad conyugal disuelta y en el caudal relicto según la declaración de herederos «ab intestato» —Resolución de 15 de septiembre de 2003—.

Según este criterio es evidente que el registrador no puede apreciar la existencia de conflicto de intereses en un caso como el presente en el que, según se expresa en la escritura y se reconoce en la calificación impugnada, el representante

legal interviene exclusivamente en nombre de la representada en la adjudicación de una herencia en la que aquél nada recibe.

3. Por último, no procede analizar el defecto expresado por la registradora sustituta en su calificación. En efecto, el párrafo segundo de la regla quinta del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria dispone que «en la calificación el registrador sustituto se ajustará a los defectos señalados por el registrador sustituido y respecto de los que los interesados hubieran motivado su discrepancia en el escrito en el que soliciten su intervención, no pudiendo versar sobre ninguna otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma». Por ello, no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente (cfr., por todas, la Resolución de 12 de febrero de 2010).

Debe recordarse una vez más que la calificación sustitutoria no es un recurso de clase alguna, sino que es una auténtica calificación en sustitución de la que efectúa el titular del Registro, porque el legitimado para instar aquella no está conforme con la inicialmente efectuada; pero, por esta causa, dicha calificación sustitutoria debe ceñirse a la disconformidad que el legitimado para instarla manifieste respecto de los defectos inicialmente expuestos por el registrador sustituido.

No existe obstáculo para que los herederos, mayores de edad y capaces, puedan alterar la disposición testamentaria y constituir respecto del inmueble heredado un derecho de habitación a favor de uno de ellos.

DGRN, Resolución de 3 de octubre de 2011

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que, con base en el testamento en el cual la causante instituyó herederos a sus cuatro hijos, por iguales partes, dichos herederos —mayores de edad y plenamente capaces— se adjudican el único bien relicto, por iguales partes

pro indiviso, si bien acuerdan que «Cumpliendo el deseo de su madre, aunque no esté expresado en su testamento, y sin perjuicio del reembolso por el exceso en que se incurre, los demás hermanos, adjudican también a su hermana doña A. O. V., un derecho de habitación sobre la respectiva cuarta parte indivisa, que quedan gravados

con el citado derecho». Se añade que la adjudicataria del derecho de habitación lleva un exceso sobre su haber hereditario respecto de cada uno de sus tres hermanos, a quienes ha compensado en metálico antes del otorgamiento.

El registrador deniega la inscripción de la adjudicación del derecho de habitación porque considera que se deben adjudicar los bienes conforme a lo que el testador haya ordenado en su testamento, en el que nada se dice sobre tal derecho.

2. El criterio que mantiene el registrador en la calificación impugnada no puede ser mantenido.

De acuerdo con la reiterada doctrina del Tribunal Supremo y de este Centro Directivo (cfr. las Sentencias y las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente), los herederos mayores

de edad que tengan la libre administración de sus bienes y capaces pueden verificar la partición del modo que tengan por conveniente —cfr. artículo 1058 del Código Civil—, por lo que en principio no se advierte obstáculo alguno para que los otorgantes, mayores de edad y capaces, puedan transmitirse recíprocamente bienes por cualquier título adecuado (cfr. artículos 609, 618 y siguientes, 1255 y 1261 a 1263 del Código Civil). En el presente caso los herederos que tienen dichas cualidades exteriorizan debidamente el completo negocio celebrado que justifica jurídicamente el resultado perseguido respecto del exceso de adjudicación existente, con fijación de los derechos respectivos de los partícipes en la propia adjudicación, con el pago de la correspondiente compensación, y con expresión de todos los elementos negociales que deben ser objeto de calificación registral.

La exigencia de nombramiento de un administrador judicial de la herencia yacente no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que la suspensión de la inscripción por falta de tracto sucesivo cuando no se haya verificado tal nombramiento y por ende no se haya dirigido contra él la demanda debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico y obviarse cuando la demanda se ha dirigido contra personas determinadas, como posibles herederos.

DGRN, Resolución de 3 de octubre de 2011

1. Este Centro Directivo ha abordado la cuestión objeto de consulta en reiterados pronunciamientos vinculantes, que han seguido un criterio ratificado por la doctrina del Tribunal Supremo (véase resoluciones y sentencias citadas en los «Vistos»). Lo que a continuación se reproduce no es sino reiteración de esta doctrina.

2. El principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal limita los efectos de la cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento. En este sentido el principio registral de tracto sucesivo, que no es sino un trasunto de la proscripción de la indefensión, impide dar cabida en el Registro a resoluciones judiciales que pudieran entrañar una indefensión procesal patente del titular registral. Esta es la razón por la cual el artículo 100 del Reglamento Hipotecario

(en consonancia con el artículo 18 de la propia Ley) extiende la calificación registral frente a actuaciones judiciales a la competencia del juez o tribunal, la adecuación o congruencia de su resolución con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro, todo ello limitado a los exclusivos efectos de la inscripción.

Ese principio de interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos la posibilidad de intervención, en el procedimiento determinante del asiento. Así se explica que, aunque no sea incumbencia del registrador calificar la personalidad de la parte actora ni la legitimación pasiva

desde el punto de vista procesal apreciada por el juzgador ni tampoco la cumplimentación de los trámites seguidos en el procedimiento judicial, su calificación de actuaciones judiciales sí debe alcanzar, en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado de forma legal en el procedimiento.

Por lo tanto entiende este Centro Directivo que la calificación por los registradores del cumplimiento del tracto sucesivo no supone apreciar una eventual tramitación defectuosa (que no compete al registrador determinar), sino una inadecuación, en este caso, entre la resolución recaída y el procedimiento o juicio en que debiera dictarse, que sí es materia a la que alcanza la potestad de calificación del registrador, conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

En cuanto a la aplicación de esta doctrina en el ámbito de la herencia yacente, es cierto que este Centro Directivo había exigido, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria y 166.1 del Reglamento Hipotecario por analogía), el nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente, en procedimientos judiciales seguidos contra herederos indeterminados del titular registral. Y se había justificado esta exigencia precisamente en que el Registrador debe señalar como defecto que impide la inscripción la falta de intervención en el procedimiento del titular registral, ya que lo contrario le originaría indefensión —como se ha visto—, con vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución Española).

Sin embargo, con posterioridad se ha aclarado, para adecuar esa doctrina a los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia (véase por todas Resoluciones de 27 de julio de 2010, 10 y 22 de enero y 3 de mayo de 2011, entre otras citadas en los «Vistos»), que la exigencia de nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que la suspensión de la inscripción por falta de tracto sucesivo cuando no se haya verificado tal nombramiento y por ende no se haya dirigido contra él la demanda, debe limitarse a aquéllos

casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico y obviarse cuando la demanda se ha dirigido contra personas determinadas, como posibles herederos, y siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

3. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en sus artículos 790 y siguientes exige la adopción de medidas de aseguramiento del caudal hereditario en los procedimientos judiciales de división de herencia —entre ellas el nombramiento de un administrador judicial ex artículo 795 del Código Civil— cuando fallecido el causante no conste la existencia de testamento ni de parientes de aquél. Atribuye por tanto —en los supuestos de herencia yacente— gran importancia a la posibilidad o no de intervención de posibles llamados a la herencia. Por eso parece razonable restringir la exigencia de nombramiento de administrador judicial, al efecto de calificación registral del tracto sucesivo, a los supuestos de demandas a ignorados herederos; pero considerar suficiente el emplazamiento efectuado a personas determinadas como posibles llamados a la herencia.

4. Es la propia doctrina jurisprudencial la que avala esta interpretación de que para que esté correctamente entablada la legitimación pasiva desde la perspectiva del tracto sucesivo, es preciso al menos que la demanda esté interpuesta contra algún llamado a la herencia que pueda actuar en interés de los demás y que no es suficiente el llamamiento genérico —caso en que sería necesario el nombramiento de administrador judicial—.

Mientras que para entablar acción en beneficio de la herencia yacente es preciso acreditar la condición de heredero (véase Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2000), para interponer acciones contra la herencia yacente basta que el emplazado tenga un poder de actuación en el proceso en nombre de los ausentes o desconocidos.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1992, en un caso de acción reivindicatoria dirigida contra uno sólo de los herederos, afirmó que «no cabe discutir el defecto del

emplazamiento practicado en la persona de un solo heredero de la demandada y dar con ello por emplazados a los demás herederos «desconocidos»; sin que se acredite, ni siquiera se alegue, que el emplazado tuviera poder alguno para actuar en este proceso en nombre de los ausentes o desconocidos». Consideró en definitiva incorrecto el emplazamiento de la herencia yacente, concluyendo en el caso litigioso que «se han infringido las garantías procesales causando indefensión a las personas no emplazadas, sin que pueda afirmarse que de haberse practicado el emplazamiento omitido el resultado final del litigio hubiera sido el mismo».

5. Por tanto el emplazamiento en la persona de un albacea o del administrador judicial

de la herencia yacente cumplirá con el tracto sucesivo. Pero sólo será requisito inexcusable tal emplazamiento cuando el llamamiento sea genérico, dirigiéndose la demanda contra herederos ignorados. No lo será cuando se haya demandado a un posible heredero que pueda actuar en el proceso en nombre de los ausentes o desconocidos.

Lo que no puede afirmarse es que no proceda ninguna calificación desde la perspectiva del tracto sucesivo ni que sea suficiente el mero llamamiento genérico a ignorados herederos cuando cabe identificar a quienes son los posibles herederos y no se ha nombrado administrador judicial de la herencia yacente.

Tratándose de una adjudicación parcial de herencia referida tan sólo a un bien privativo del causante, y prestando su consentimiento unánime todas las herederas y el cónyuge viudo, no se entiende la exigencia de la liquidación de la sociedad de gananciales. La adjudicación del bien a una sola de las herederas a cuenta de su haber en la partición de la herencia, con el consentimiento de todas las demás y del cónyuge viudo, se ajusta y no contradice en absoluto lo dispuesto en el artículo 1062 del Código Civil.

DGRN, Resolución de 10 de noviembre de 2011

1. Como primera cuestión previa, relativa a los defectos que constan en la nota de calificación, hay que hacer constar que la notaria autorizante prescinde de recurrir el defecto primero, relativo al exceso de cabida.

2. Como segunda cuestión formal, relativa a la legitimación de la notaria autorizante para interponer el recurso, y a pesar de la advertencia que hace el registrador en su nota de calificación, el artículo 325.b) de la Ley Hipotecaria lo determina clara y específicamente: «el notario autorizante o aquel en cuya sustitución se autorice el título, en todo caso». Por otro lado, la Sentencia alegada por el registrador en su nota carece de relación con esta cuestión. Por lo tanto, queda indudablemente establecida por Ley la legitimación de la notaria autorizante para interponer el recurso.

3. La única cuestión material que es objeto de este recurso, es la de la posibilidad de la inscripción de la adjudicación de una finca privati-

va del causante con el consentimiento unánime de todos los herederos y del cónyuge viudo, sin la liquidación previa de la sociedad de gananciales, que a juicio del registrador es necesaria para completar el proceso particional.

4. El registrador recoge en su nota de calificación todo un «cuerpo de doctrina» (sic) que resulta de «innumerables resoluciones» (sic) de este Centro Directivo, que han sido relacionadas en los «Vistos»; a juicio del registrador son de aplicación para el caso que nos ocupa, y además desarrolla en la nota de calificación una subjetiva interpretación de esa doctrina, con alusión a jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmando literalmente en la nota fundamentos de las referidas Sentencias del Alto Tribunal.

Pero ocurre que toda la doctrina y Resoluciones de este Centro Directivo mencionados en la nota de calificación, se refieren y resultan de supuestos manifiestamente distintos del que es objeto de este expediente. Así por ejemplo,

en el grupo de Resoluciones que parten desde las de 9 y 10 de octubre de 1998 y en especial la de 2 de diciembre de 2003, el Centro Directivo resuelve que la partición no es inscribible por falta del consentimiento del cónyuge supérstite a la liquidación de los bienes gananciales —lo que no ocurre en el caso de este expediente— y aunque esta doctrina se extiende a la partición de los bienes privativos del causante, siempre lo es en función de la falta de consentimiento del cónyuge viudo, lo que aquí no pasa puesto que comparece en la escritura prestando ese consentimiento. En la doctrina, no obsta que la partición se limite a bienes privativos del cónyuge fallecido, pues para determinar el haber hereditario es necesaria la previa liquidación de la sociedad ganancial que supone las relaciones crédito-deuda entre los bienes comunes y los privativos de los esposos, por lo que para esta liquidación es imprescindible el consentimiento del cónyuge viudo, lo que en el caso del expediente que nos ocupa se cumple de forma expresa y completa. De todo ello resulta que no son aplicables estas Resoluciones al presente supuesto.

Otro bloque de Resoluciones de este Centro Directivo —mencionadas por el registrador en su nota de calificación— que parten de las de 15 de junio de 2006, 20 de julio de 2007 y reiterada por muchas otras posteriores (véase las citadas en los «Vistos»), sancionan con nulidad la partición de la herencia por falta de la liquidación de la sociedad de gananciales, pero están referidas a la liquidación de un bien de naturaleza ganancial —lo que no ocurre en el supuesto de este expediente, por tratarse de un bien privativo del causante—, y por lo tanto no son de una alusión acertada en la nota de calificación.

Igualmente ocurre con la mención a la Resolución de 27 de junio de 2007, que exige la liquidación de la sociedad de gananciales previamente a la inscripción de una partición judicial, cuando existe un bien ganancial, porque en este caso exige el consentimiento del cónyuge viudo o en su caso de los herederos de éste si está fallecido; en el supuesto objeto de este expediente comparece el cónyuge supérstite prestando el consentimiento a la adjudicación, y además se trata de un bien privativo, luego no

es aplicable esta doctrina invocada en la nota de calificación.

En definitiva, las Resoluciones mencionadas por el registrador en su nota de calificación están referidas a bienes gananciales o bien a particiones realizadas por un contador partidor sin concurrencia del cónyuge viudo, que son situaciones bien distintas de la que se contempla en este expediente.

5. Tratándose de una adjudicación parcial de herencia referida tan sólo a un bien privativo del causante, y prestando su consentimiento unánime todas las herederas y el cónyuge viudo, no se entiende la exigencia de la liquidación de la sociedad de gananciales, puesto que no es necesaria como operación preparticional para la determinación del caudal partible en este caso concreto. El artículo 1079 del Código Civil así lo estipula al señalar: «La omisión de alguno o algunos de los objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos».

6. Respecto a la reclamación de inventario total de los bienes del causante, puesto que en la escritura resulta de las manifestaciones de los otorgantes que existen otros bienes, se concluye que no es voluntad de los otorgantes proceder a ocultación, sino que desean formalizar y completar en el futuro la partición completa con el resto de los bienes del inventario, conforme el citado artículo 1079, debiendo tenerse en cuenta en ese momento, las adjudicaciones parciales que hayan sido realizadas anteriormente a efecto de igualar el contenido de los respectivos lotes, conforme el artículo 1061 del Código Civil.

A mayor abundamiento, se hace constar por manifestación de los otorgantes en la escritura —herederas y cónyuge viuda— que no existen deudas ni cargas hereditarias.

7. En la escritura consta la liquidación del caudal partible en este momento, entendido como valor líquido hereditario el del valor del único bien incluido en la escritura; se manifiesta por las otorgantes, como se ha indicado, que no existe pasivo liquidable.

8. La adjudicación del bien a una sola de las herederas a cuenta de su haber en la partición

de la herencia, con el consentimiento de todas las demás y del cónyuge viudo, se ajusta y no contradice en absoluto lo dispuesto en el artículo 1062 del Código Civil; del contenido de las disposiciones de la escritura otorgada, se aprecia la expresa voluntad de las otorgantes de su voluntad de adjudicar, en virtud del principio de autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1255 del Código Civil; el que lo sea «a cuenta de su haber sin defecto o exceso de adjudicación alguno» y la aseveración de las comparecientes bajo su responsabilidad de que en la formaliza-

ción de la liquidación y la partición quedarán bienes suficientes para compensar a cada interesado, hace que se cumplan todos los parámetros de una liquidación en regla. Todo de conformidad con el artículo 1058 del Código Civil: «... si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia en la manera que tengan por competente».

En definitiva, se trata de un acto unánime en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes.

En una partición practicada por el contador partidor testamentario no es necesaria la intervención de un defensor judicial y aprobación por el Juzgado, a pesar de que una de las personas interesadas en la herencia está incapacitada y su tutora está igualmente llamada a la misma sucesión y resulta adjudicataria de un lote de bienes. El contador partidor está investido para realizar la partición por sí solo, de modo que no requiere la intervención de los herederos, ni por ello es necesario que fuesen éstos «mayores y tuviesen la libre administración de sus bienes».

DG NR, Resolución de 10 de enero de 2012

1. Constituye el objeto de este recurso dilucidar si en una partición practicada por el contador partidor testamentario es necesaria la intervención de un defensor judicial, y en su caso la aprobación por el Juzgado, en la medida en que una de las personas interesadas en la herencia está incapacitada y su tutora está igualmente llamada a la misma sucesión y resulta adjudicataria de un lote de bienes.

2. Para la resolución de este expediente han de tenerse en cuenta los siguientes hechos:

a) Por parte de un contador partidor testamentario se otorga una escritura de partición hereditaria en la que se formaliza públicamente y se ratifica el contenido de un cuaderno particional, elaborado por el mismo partidor, que recoge todas las operaciones particionales, incluso la adjudicación a los interesados, de los bienes de la causante de la sucesión.

Asimismo, tal y como resulta de una lectura atenta de la escritura concernida y del documento particional a ella unido, el único otorgante de dicho instrumento público y el único

firmante del cuaderno particional incorporado que se eleva a público es el propio contador-partidor recurrente, por más que la imprecisa y poco cuidada redacción de la escritura pública —que usa en muchos pasajes el plural, en referencia al que otorga y comparece en la escritura y aparece como firmante del documento privado particional— pudiera generar, en una primera impresión, algún tipo de dudas al respecto. Tiene relevancia consignar este dato, pues la registradora, inducida por la expresión errónea de la escritura en el apartado segundo (en el que se dice que «los interesados» hicieron una partición convencional confeccionado un documento «que los interesados me entregan para su incorporación a esta escritura, tras firmarla en mi presencia, legitimando yo el notario sus firmas») parte de que «el cuaderno particional confeccionado por los mismos herederos e incorporado a la escritura, firmado por ellos en presencia notarial y meramente ratificado por el contador partidor», a pesar de que el cuaderno particional en cuestión dice, en su encabezamiento, que lo lleva a cabo el contador partidor

testamentario, y a que en los folios en que va extendido solo existe una sola firma, estampada en el último de ellos, al final del documento, y al dato inequívoco de que existe un solo otorgante.

b) Posteriormente, mediante otra escritura que se presenta conjuntamente con la anterior, a la que complementa, una de las herederas por sí y como tutora de otro coheredero incapacitado judicialmente, reconoce que el inventario de los bienes hereditarios fue llevado a cabo con la conformidad de todos los interesados.

3. En el presente caso concurre una partición llevada a cabo por el contador partidor testamentario. Y lo primero que debe decirse es que se trata de una partición que al ser hecha por la persona designada al efecto por el testador goza de ciertas particularidades. La primera es que ha de ajustarse plenamente al título sucesorio; debe ser un instrumento de mero desarrollo y ejecución distributiva de lo en él establecido, sin que pueda verificarse la distribución hereditaria, tal y como se autoriza a los herederos en el artículo 1.059 del Código Civil, «de la manera que tenga[n] por conveniente». Es evidente que el proceso particional de la herencia cuando es efectuado por el comisario tiene que ajustarse a la voluntad del testador, a las reglas dispositivas que suplen y complementan aquélla, y también a las superiores disposiciones legales de carácter imperativo, a las que el propio testador también queda sujeto.

4. Pero, sin perjuicio de lo anterior, conviene poner de relieve que el contador partidor está investido para realizar la partición por sí sólo, de modo que no requiere la intervención de los herederos, ni por ello es necesario que fuesen éstos «mayores y tuviesen la libre administración de sus bienes». En efecto, mientras que la actuación del comisario respeta el ámbito de su encargo, en principio meramente particional, goza aquél de total legitimación para actuar hasta agotar todo el proceso partitivo que se ultima con la distribución y adjudicación del caudal hereditario. Solo fuera de ese campo, cuando se rebasa lo particional, espacio que se delimita por las líneas marcadas por el testador, y se entra en el ámbito dispositivo, se diluyen las facultades del comisario y se hace necesario el concurso y

la aprobación unánime de los herederos y demás interesados en la sucesión. Consiguientemente, la partición de herencia hecha por el contador-partidor produce, *per se*, los efectos previstos en el artículo 1.068 del Código Civil y, tal y como ha tenido oportunidad de declarar en reiteradas ocasiones este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 27 de diciembre de 1982, 19 de septiembre de 2002, 21 de junio de 2003, 13 de octubre de 2005 y 20 de julio de 2007) no requiere el consentimiento de los herederos, aunque éstos sean legitimarios, siempre que actúe dentro del ámbito de su competencia o de sus funciones (funciones que se concretan en la «simple facultad de hacer la partición» —cfr. artículo 1.057 del Código Civil). Por eso, salvo que haya mediado extralimitación del partidor testamentario, la eficacia de la partición nunca precisa del consentimiento de los herederos o legatarios afectados.

5. Al mismo tiempo debe tenerse en cuenta que el contador cuando actúe en cumplimiento de la misión que le encomendó el testador ejercita facultades, particularmente la de hacer la partición, que le corresponden por derecho propio, sin que sea dable entender que interviene en representación de los herederos, legatarios, legitimarios o cualquier otra suerte de interesados en la partición. Su actuación, por ende, no está sujeta a ninguna limitación representativa ni tampoco necesita del refrendo o ratificación de los afectados por el proceso partitivo verificado, ni de sus representantes voluntarios, o legales, en caso de que alguno de ellos estuviese a sujeto a cualquier orden de representación legal. Basta, en este último caso, como luego se dirá, con que cumpla con la exigencia establecida en el artículo 1.057.3 del Código Civil, relativa a la citación para la formación del inventario.

6. En el presente caso se trata de una partición efectuada por un contador partidor testamentario, en el ámbito y con la eficacia que le reconoce el artículo 1057 del Código Civil, sin que en ningún caso pueda confundirse con el diferente supuesto de la partición convencional fraguada mediante el concurso y consentimiento de los herederos a que se refiere el artículo 1.059 del mismo cuerpo legal, pues el proce-

so partitivo se ha efectuado sin la intervención de éstos. A mayor abundamiento cabe señalar que, en contra de lo que alega la registradora, no concurre en este caso circunstancia alguna que permita considerar que esta partición unilateralmente efectuada por el contador se haya transformado en un acto plurilateral que la asemeje o convierta en la partición convencional prevista en el artículo 1.059 del Código Civil (alteración que, por otra parte, no cabe deducir automáticamente de la intervención conjunta de comisarios contadores partidores y herederos) en cuyo caso, al basarse en la voluntad negocial y el consentimiento de los herederos si sería necesario que el incapacitado estuviese legalmente representado y se cumplimentase lo establecido en el artículo 271 del Código Civil. No se produce aquí, por tanto, el desplazamiento de la exigencia establecida en el artículo 1.057.3 por la contenida en los artículos 271, 172 y 299 del Código Civil.

Por ello, el cuaderno particional formalizado mediante la escritura cuya inscripción se deniega, al que alcanza el juicio de adecuación a la legalidad inherente a aquélla, no necesita ser confirmado ni ratificado por nadie más, especialmente por ningún interesado en la sucesión, por haber sido efectuado dentro del ámbito de facultades, y en definitiva de legitimación testamentaria, propia del contador-partidor. La regla anterior no se ve excepcionada por el hecho de que concurra como interesada o afectada por la sucesión una persona incapacitada. Tal y como ocurriría con la partición que efectúa directamente el testador, tampoco aquí se precisa la intervención de los mecanismos legales a los que se confía la representación y defensa de los intereses de los incapaces. Y al no ser precisa la actuación o intermediación de dichos representantes legales, tampoco son precisos los controles que se imponen para la adecuada vigilancia de sus actuaciones.

7. Tratándose de una partición unilateral efectuada por el partidor y no darse, en consecuencia, ninguna variedad de representación en el proceso particional, pese a que uno de los herederos interesados es una persona incapacitada, no surgen supuestos de actuaciones sujetas a control o refrendo judicial, hipótesis que se

limita al caso de actuación de un representante legal —sea tutor, curador o defensor judicial— en nombre de un incapaz. Esta consideración aparece confirmada por el propio artículo 1057.3 del Código Civil que exclusivamente establece como formalidad especial de este tipo de operaciones particionales verificadas por el partidor testamentario, cuando alguno de los interesados sea menor o incapacitado, la de citar a sus representantes legales a la formación del inventario.

8. Como corolario de lo anterior, esto es, de que no hay ninguna relación representativa en la partición hereditaria, al ser esta efectuada, en el ámbito de sus competencias por el propio contador-partidor, tampoco puede haber conflicto de intereses, pues no se da el caso de que unos herederos estén representados por otros.

El único punto en el que subyace la relación representativa es en el relativo al reconocimiento que efectúa una heredera de que, por sí y en calidad de tutora de otro coheredero, ha sido citada por el contador-partidor, al igual que los demás herederos, para efectuar el inventario de los bienes hereditarios, que se llevó a cabo con la conformidad de todos. Sin embargo, en esta actuación de la coheredera tutora, que se concreta en la participación en el inventario de la masa partible, no es posible apreciar un conflicto de intereses entre los de ella y los de su representado, pues éstos, lejos de ser antagónicos o contrapuestos, discurren paralelos, pues a ambos perjudicará cualquier error en el inventario, sea por defecto al omitir algún bien, lo sea por exceso al incluir en la masa hereditaria el que no debiera integrarla o al inventariar alguna deuda inexistente (cfr. Res. de 18 de diciembre de 2002).

9. A mayor abundamiento debe tenerse en cuenta que como ya se apuntó en la Resolución de 24 de marzo de 2001, que la partición realizada por el contador-partidor en el ámbito de su marco competencial (configurado por la simple facultad de hacer la partición —en la que cabe incluir las operaciones particionales de inventario del activo y pasivo, con la correspondiente calificación de la naturaleza privativa o consorcial de sus elementos, avalúo, formación de lotes o hijuelas y su entrega y adjudicación a los inte-

resados— por las otras las facultades legales si también es albacea y por las demás que le fueren atribuidas testamentariamente), es válida y produce todos los efectos que le son propios mientras no se impugne judicialmente, de forma que

sólo los Tribunales de Justicia son competentes para declarar la disconformidad del proceder del contadores con lo querido por el testador, debiendo estarse, mientras tanto, a la partición realizada por éstos.

Revista de

Derecho de Familia

SECCIÓN PRÁCTICA

**FECHAS DESDE LAS QUE DEBEN ABONARSE
LAS PENSIONES ALIMENTICIAS:
NO TODO ESTÁ RESUELTO CON LA STS
DE 14 DE JUNIO DE 2011**

Ha sido un tema clásico en el derecho de familia cuestionar si la pensión alimenticia de los hijos que se fija en el procedimiento matrimonial o de cese de una pareja de hecho debe abonarse desde la presentación de la demanda, tal y como indica el art. 148 del CC, o por el contrario sólo procederá su abono desde la fecha en que se acuerde dicha pensión, ya sea mediante auto de medidas provisionales o, en su defecto, en la sentencia definitiva. La cuestión ha sido zanjada por la STS de 14 de junio de 2011 a favor de la primera de las tesis, es decir, la pensión alimenticia se devengará desde la fecha de presentación de la demanda. Los argumentos del Tribunal Supremo son los siguientes:

«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».

Sin embargo, y a pesar de lo indicado por nuestro alto tribunal, queda sin resolver si dicha retroacción opera de oficio o se necesita previa petición de parte en el momento de fijarse la pensión alimenticia. Unos tribunales, como es el caso de AP Sevilla, Sec. 2.^a, en Auto de 16 de julio de 2008, entienden que el art. 148 del CC es de orden público y, por tanto, los términos del mismo son imperativos y sus efectos inherentes, por lo que debe retrotraerse el abono de la pensión alimenticia a la fecha de la presentación de la demanda, sin que sea obligatorio suplicarlo o interesarlo para su concesión. Sin embargo, otros desestiman las demandas de ejecución donde se solicita el abono de la pensión alimenticia desde la fecha de presentación de la demanda con el argumento de que la pensión alimenticia no puede retrotraerse desde la interposición de la demanda, dado que nos encontramos en fase de ejecución de sentencia y el título judicial nada señala al respecto (AP Valencia, Sec. 10.^a, Auto de 22 de julio de 2010; AP Barcelona, Sec. 12.^a, Auto de 30 de septiembre de 2009; AP Valladolid, Sec. 1.^a, Auto de 15 de septiembre de 2009). No habiendo solucionado esta controversia la STS de 14 de junio de 2011, lo más práctico será sin duda solicitar con la demanda que en la sentencia de separación o divorcio, o en su caso en el auto de medidas provisionales, se acuerde el pago de la pensión desde la fecha de presentación de la demanda, evitándose de esta forma problemas posteriores en fase de ejecución.

Si la petición de alimentos se hace por el demandado en su escrito de reconvencción, es obvio que la fecha a tener en cuenta para el devengo de los alimentos no será la de la demanda principal, sino la de la demanda reconvenccional (AP Cádiz, Sec. 5.^a, Sentencia de 1 de julio de 2010).

Otra cuestión que no se resuelve en la Sentencia del Tribunal Supremo que hemos mencionado es cuando la pensión alimenticia que se fija en el procedimiento de modificación de medidas, ya sea reduciendo o aumentando la cuantía de la anterior pensión, o estableciéndola *ex novo* en aquellos supuestos en que se cambia la custodia, ¿en estos casos también se devengará la pensión desde la fecha de presentación de la demanda de modificación? La respuesta a esta cuestión nos la da la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2008 en el sentido de que el art. 148 del CC no es aplicable a aquellos supuestos en los que se modifica la cuantía de la pensión alimenticia, por lo que la nueva pensión sólo debe abonarse desde la fecha de la sentencia que la determina, añadiendo el alto tribunal que para que tenga efectos con anterioridad deberán solicitarse las medidas provisionales previstas en el art. 775.3 de la LEC:

«En el desarrollo argumental de este motivo, se alega, que la resolución recurrida, vulnera la doctrina de esta Sala, en la cuestión jurídica relativa al momento, en que el obligado a abonar una pensión de alimentos ha de comenzar a satisfacerla, citando varias sentencias de esta Sala, que establecen una doctrina coincidente relativa, a que la exigibilidad de los alimentos se produce desde la fecha en que se interponga la demanda. Entiende el recurrente que la resolución recurrida vulnera el artículo 148 del Código Civil al establecer, en

el fundamento jurídico segundo, “que la pensión de alimentos tiene su inicio obligacional en el momento del dictado de la resolución que la fija”. También se alega la existencia de doctrina contradictoria entre Audiencias Provinciales sobre tal cuestión jurídica, citando dos sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, dictadas por diferentes Secciones, que mantienen el mismo criterio que la sentencia impugnada, a las que contraponen otras dos dictadas por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que mantiene un criterio dispar. Lo primero que procede precisar es que el pronunciamiento de la sentencia relativo a la pensión de alimentos a favor de la hija menor del matrimonio se dicta en un procedimiento de modificación de medidas seguido entre las partes, que modifica el progenitor custodio y por tanto el obligado al pago, y las sentencias dictadas por esta Sala y citadas en el recurso se refieren a un supuesto en que la reclamación de alimentos deriva de un litigio de reclamación de cantidad. Cabe, en consecuencia, dilucidar si es posible la aplicación del artículo 148 del Código Civil, cuando la reclamación de alimentos se plantea en un juicio de separación, nulidad o divorcio que tienen normas específicas procesales y sustantivas. Aunque los alimentos debidos a los hijos no pueden verse afectados por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes (en este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 2005, señala: “que mientras la obligación de alimentos entre parientes descansa en la situación de necesidad parentoria de los mismos o para subsistir y se le abona sólo desde la fecha en que se interponga la demanda, los alimentos de los hijos, en la medida que tienen su origen en la filiación, artículo 39.3 de la Constitución Española, ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la Ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos”), sin embargo, comparten en gran medida los caracteres de la regulación legal de los alimentos entre parientes regulados en los artículos 142 y siguientes del Código Civil.

Tal criterio es seguido por esta Sala en sentencia de 5 de octubre de 1993: “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”. Por tanto, a la obligación de abonar alimentos a los hijos es aplicable el artículo 148 del Código Civil, que establece: “la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda”.

Pero lo que realmente plantea dudas es la aplicación de tal precepto a las sucesivas resoluciones que pueden modificar los pronunciamientos anteriores una vez fijada la pensión de alimentos, bien por la estimación de un recurso o por una modificación posterior, como ocurre en este supuesto, que varía el progenitor obligado al pago. Sobre tal cuestión sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 106 del Código Civil que establece: “los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo”, y en el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta”, por lo que cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será sólo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha desde la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicta, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente, criterio seguido por la sentencia recurrida en el fundamento de derecho segundo».

El mismo criterio que mantiene el Tribunal Supremo es seguido por el TSJ de Cataluña en su Sentencia de 26 de septiembre de 2011 al señalar que, habiendo elevado la Sentencia de la Audiencia Provincial la cuantía de la pensión alimenticia, la nueva pensión se abonará desde la fecha en que se dictó, ya que nos encontramos en un procedimiento de modificación de medidas.

Lo que no abordan ninguna de las Sentencias que hemos comentado es qué sucede cuando el padre está atendiendo las necesidades de los hijos, bien porque continúa conviviendo en el domicilio familiar y no lo abandona hasta que se dicta el auto de medidas provisionales, o porque tras haber abandonado el domicilio familiar hace entregas mensuales de dinero. En estos casos aplicar de forma indiscriminada la tesis del Tribunal Supremo retrotrayendo la obligación alimenticia desde la fecha de presentación de la demanda puede dar lugar a situaciones injustas de duplicidad en el abono de los alimentos. La AP de Madrid, Sec. 22.^a, en su auto de 1 de junio de 2007 analizó esta situación:

«En modo alguno puede tener favorable acogida la pretensión planteada por la parte recurrente, habida cuenta de que no es procedente, en este caso, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 148 del texto legal antes citado, por cuanto que se hace preciso la correcta interpretación de dicho precepto, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 7, en relación a la no admisión de pretensiones basadas en el abuso del derecho o en el enriquecimiento injusto, pues se pretende un beneficio económico, derivado de la reclamación planteada, que en modo alguno repercute en el interés de los hijos, partiendo de la base de que dicho interés, en el ámbito material y económico, viene cubierto y atendido por la propia asistencia que, de modo directo y personal, proviene de quien ha mantenido la convivencia con aquél, y no obstante lo dispuesto en una resolución, que acordaba otorgar la custodia a la madre, y no obstante, también, la regla general relativa a la fecha de devengo de los alimentos, de conformidad con el precepto antes indicado, que no es de aplicación en aquellos supuestos en los que se ha mantenido la convivencia de los hijos con ambos progenitores a la fecha de interposición de la demanda y en los meses siguientes. En estos supuestos, conforme a las reglas de la presunción, artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cabe deducir que en dicho periodo, en el que no se produjo materialmente la disgregación familiar, el apelado ha contribuido a la prestación alimenticia y ha satisfecho enteramente todas las necesidades de la prole, a falta de la prueba en contrario, que, de conformidad con lo establecido del artículo 217 del texto procesal, no ha aportado la hoy apelada, entonces ejecutante. Conforme a todo lo anterior, puesto que es un hecho reconocido por la parte contraria, hoy recurrente, la circunstancia relativa al mantenimiento de la convivencia en los meses siguientes a la fecha de interposición de la demanda y las aportaciones materiales y económicas realizadas por el apelado durante este tiempo, en todos los ámbitos afectantes a la vida del beneficiario de la pensión, circunstancia no alegada por la hoy apelada, aun reseñándose que fueron aportaciones económicas».

Esta misma tesis es acogida por la AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 3 de abril de 2003 (teniendo en cuenta que se estaba dando cumplimiento a los pactos de un convenio extrajudicial, no procede aplicar lo previsto en el art. 148 del CC y por tanto se desestima la demanda de ejecución que reclamaba las pensiones desde la fecha de interposición de la demanda), por la misma AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 3 de junio de 2003 (los efectos de la pensión alimenticia se retrotraen a la fecha de presentación de la demanda, siempre y

cuando en dicha fecha no estuviese aún residiendo en la vivienda el padre, ya que en este caso se considera que asumió directamente las cargas familiares), por la AP Baleares, Sec. 5.^a, Auto de 27 de noviembre de 2003 (la pensión alimenticia fijada en el auto de medidas provisionales debe hacerse efectiva desde la fecha de interposición de la demanda al no quedar acreditado que la esposa estuviese conviviendo en el domicilio del esposo durante los meses cuya pensión se reclama) y por AP Madrid, Sec. 24.^a, Sentencia de 22 de enero de 2004 (se reconoce la pensión de alimentos desde la fecha de la resolución de instancia y no desde que se interpuso la demanda, al constar que el obligado siguió coexistiendo en el domicilio familiar hasta dictarse sentencia en la instancia).

CASOS PRÁCTICOS

I. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Los cónyuges poseían en propiedad un local comercial en el que explotaban un negocio de hostelería, trabajando directamente tanto la esposa como el esposo y una hija mayor de edad. Tras dictarse sentencia de divorcio, la esposa pretende que se incluya en el pasivo de la sociedad de gananciales una deuda con la hija por el importe de 120.000 euros por el trabajo que realizó en el negocio, pues nunca recibió cantidad alguna, aunque todos disfrutaban de los ingresos que producía el negocio. ¿Puede estimarse esta pretensión?

No gozando la supuesta deuda del carácter de líquida, vencida y exigible no podrá incluirse en el pasivo de la sociedad de gananciales, sin perjuicio de que la hija, ya sea en la jurisdicción laboral o en la civil (ejercitando una acción de enriquecimiento injusto frente a sus padres) reclame lo que considere procedente.

II. PENSIÓN ALIMENTICIA

Dado que los hijos eran independientes económicamente desde hace mucho tiempo, dato desconocido por el padre, éste ha presentado una demanda de reclamación de cantidad frente a la madre por enriquecimiento injusto solicitando la devolución de todas las pensiones percibidas desde que los hijos comenzaron a trabajar. La madre se opone a la reclamación alegando la excepción de prescripción por

entender que resulta aplicable el plazo prescriptivo de cinco años que para reclamar pensiones alimenticias establece el artículo 1966.1.^a del Código Civil. ¿Lleva razón la madre?

No. El padre no está reclamando pensiones alimenticias, sino que está solicitando la devolución de cantidades indebidamente pagadas, y lo hace invocando la doctrina del enriquecimiento injusto, siendo así que para el ejercicio de dicha acción no existe un plazo específico de prescripción, por lo que es indudable que resulta aplicable el plazo general de 15 años que para el ejercicio de las acciones personales contempla el artículo 1964 del Código Civil.

III. GUARDA Y CUSTODIA

Tras el cambio de residencia de la madre a otra ciudad decidido unilateralmente por ésta, el padre interpone una demanda de modificación de medidas solicitando que se le atribuya a él la custodia de la hija. La madre se opone alegando que el traslado de residencia de la menor venía avalado por la primera de las estipulaciones del convenio regulador en la que ambos cónyuges se autorizaron mutuamente para residir, no sólo en domicilios distintos, sino incluso en diferentes localidades. ¿Tiene base jurídica esta causa para justificar el cambio de domicilio e impedir que tenga que analizarse qué progenitor debe ostentar la custodia?

No. Dicha cláusula hace exclusiva referencia a la esposa, que no a la hija común,

debiendo de entenderse, a tenor del resto de lo pactado, que el posible traslado residencial de la hija no podría perjudicar el régimen de visitas sancionado en favor del otro progenitor, el que, en la situación impuesta unilateralmente por la madre, resulta ahora de imposible cumplimiento en lo que afecta, al menos, a las estancias intersemanales con el padre, dada la distancia existente entre los lugares de residencia de éste y la hija.

IV. CUESTIONES PROCESALES

Es costumbre en alguna ocasiones que, con carácter previo al inicio del juicio, el Juez llame a su despacho a los letrados de las partes con la finalidad de alcanzar un acuerdo en cuanto a las medidas objeto del litigio. En algunas ocasiones, quizás por lo precipitado del momento, los cónyuges no tienen tiempo suficiente para valorar si el acuerdo alcanzado o el propuesto por el Juez se ajusta a sus intereses, y luego comentan con su letrado que no debieron firmar el acuerdo. ¿Cómo puede evitarse este tipo de situaciones?

Efectivamente, es práctica habitual que muchos jueces de Familia intentan que el procedimiento contencioso se transforme en un mutuo acuerdo y, para ello, promueven una reunión de los letrados en el despacho a fin de acercar las posiciones de las partes. Si finalmente se alcanza el acuerdo, para evitar que los cónyuges puedan sentirse un poco presionados en el momento de la firma sin haber tenido el tiempo suficiente para meditar las distintas medidas, lo más razonable será dar cumplimiento a lo establecido en el art. 770.5 de la LEC, es decir, pedir la suspensión de la vista y presentar en los días siguientes un convenio regulador suscrito por ambos cónyuges. De esta forma, cada cónyuge tendrá tiempo suficiente para tomar la decisión que entienda más correcta, después de ser asesorados por sus respectivos letrados.

V. GASTOS EXTRAORDINARIOS

La hija, que tiene veinticinco años, se ha sometido a una ortodoncia y la madre reclama al padre el 50% del importe al considerar que se trata de un gasto extraordinario. ¿El padre está obligado a asumir los gastos extraordinarios de los hijos mayores de edad?

Evidentemente. Si el hijo es dependiente económicamente y se fijó a su favor una pensión alimenticia en el procedimiento matrimonial de sus padres, los gastos extraordinarios que tengan deben ser sufragados por ambos progenitores en el porcentaje que se hubiese establecido. Por otro lado, es criterio unánime que la ortodoncia, al no estar cubierta por el sistema de seguridad social, tiene la consideración de gasto extraordinario.

VI. PENSIÓN ALIMENTICIA

¿Es obligado siempre fijar pensión alimenticia para los hijos menores de edad?

Que el hijo sea menor de edad no conlleva *per se* que tenga derecho a recibir alimentos de sus padres, pues cuando alcanzan la edad de 16 años pueden trabajar y, por lo tanto, obtener una remuneración que satisfaga sus necesidades. Por lo que si se acredita que el hijo está trabajando y percibiendo ingresos suficientes para atender sus necesidades no tendrá derecho a alimentos.

VII. CUESTIONES PROCESALES

El padre solicitó en su demanda de modificación de medidas la extinción de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad que hasta ahora convivía con la madre, al haber optado éste por trasladarse a convivir con él. La madre en su escrito de contestación a la demanda no se opuso a dicha pretensión, si bien pidió en el supli-

co que la reducción de la pensión alimenticia que se fijó para los dos hijos no fuese del 50%, sino del 40%. ¿Debió formular demanda reconvenzional?

La cuestión es ciertamente dudosa, dado que una cosa es que concurra causa de extinción de la pensión y otra distinta la cuantía de la reducción cuando la pensión se ha fijado para dos hijos, puesto que de ninguno de los arts. 142 y s. del Código Civil puede deducirse que el 50% de la pensión corresponda a cada uno de los hijos, ya que junto a los gastos comunes de los hijos existen gastos individuales de cada uno de ellos. Evidentemente otra cuestión distinta es que en la sentencia se hubiese fijado una determinada cantidad para cada uno de los hijos.

Por tanto, la reducción de la pensión alimenticia que se fijó globalmente afecta también a la pensión alimenticia del hijo menor de edad que continúa conviviendo con la madre, con lo cual no sería necesaria demanda reconvenzional al tratarse de alimentos de hijos menores de edad. No obstante, es conveniente tener en cuenta que la AP Pontevedra, Sec. 3.^a, Sentencia de 22 de septiembre de 2011, vino a indicar que «Si el padre pide la extinción de la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad, la petición de la madre de que se incremente la pensión del hijo menor de edad debe efectuarse por vía de reconvección».

La duda procesal aconseja que cuando nos encontremos ante esta situación, lo más práctico será formular demanda reconvenzional expresa para evitar que se considere implícita y la sentencia no entre a resolver la cuestión.

VIII. CUARDA Y CUSTODIA

¿Es realmente cierto que la actividad laboral de los progenitores no determina el modelo de custodia?

Aunque vemos que muchas resoluciones judiciales cuando fundamentan el modelo de custodia hacen referencia a la mayor o menor disponibilidad horaria de los progenitores, podemos comprobar que en ninguna de ellas la decisión se adopta exclusivamente en base a este dato. Es cierto que la circunstancia de que un progenitor tenga más o menos tiempo para estar con los menores es un hecho a tener en cuenta, pero se trata de un elemento más y nunca por sí solo justifica la atribución de la custodia al progenitor que no trabaja o que tiene más tiempo libre.

IX. PENSIÓN ALIMENTICIA

La Sentencia del Juzgado ha establecido la custodia compartida, pero ¿es adecuada la medida de que cada progenitor se hará cargo de las necesidades de los hijos en los periodos que convivan con cada uno de ellos?

Este sistema de atención de las necesidades de los hijos resulta insuficiente, pues existen muchos gastos que no se originan en tales momentos, aparte de que la contribución a los alimentos debe hacerse proporcionalmente a los recursos.

X. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La madre interpuso demanda de ejecución reclamando las pensiones de los últimos cinco años debidamente actualizadas. El padre se opone a la reclamación de las actualizaciones alegando que en ningún momento anterior había sido requerido para el pago de la pensión actualizada. ¿Puede estimarse esta causa de oposición?

No, para que nazca la obligación de pago en base al título que se ejecuta no es necesario requerimiento previo alguno.

XI. GASTOS EXTRAORDINARIOS

Se opone el padre a la reclamación que efectúa la madre en concepto de los libros de texto del curso que, según el convenio regulador, debían abonarse al 50%, y el motivo de ello es que la madre no le envió una copia de la factura. ¿Es esta causa motivo para oponerse a la reclamación?

Si el pago de los libros escolares según el convenio regulador corresponde por mitad a ambos progenitores y no se prevé en aquél condición alguna para el pago, como es la previa presentación de la factura que alega el padre, la causa de oposición debe ser desestimada, ya que con la demanda de ejecución sí se acompañaron las facturas de los libros, por lo que en cualquier caso el padre en vez de oponerse a la demanda pudo efectuar el pago.

XII. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

En un matrimonio sin hijos, casados en régimen de separación de bienes, tras la demanda de divorcio presentada por el esposo, la esposa contesta y formula reconvencción reclamando el importe de las obras que con su dinero se han efectuado en la vivienda privativa del marido. ¿Puede acogerse esta pretensión?

La reclamación de cantidad en relación a las obras realizadas en las viviendas propiedad del esposo, mientras duró el matrimonio, deberá ventilarse en el procedimiento ordinario que corresponda en función de su cuantía y no en el proceso matrimonial, pues aun cuando la nueva redacción del artículo 438 de la LEC permita acumular al procedimiento matrimonial la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa, la acción que pretende ejercitar no es ésta.

XIII. CUESTIONES PROCESALES

La esposa, de nacionalidad angoleña, reside en nuestro país, en el que también estuvo el último domicilio conyugal, siendo el esposo de nacionalidad brasileña y desconociéndose actualmente en qué país pueda tener su residencia. ¿Pueden ser competentes los Juzgados y Tribunales españoles para conocer de la demanda de divorcio?

Sí, dado que no es de aplicación el art. 22 LOPJ, sino el art. 3 del Reglamento 2201/2003 CE del Consejo, de 27 de noviembre, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que establece: «1. En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro: a) en cuyo territorio se encuentre: la residencia habitual de los cónyuges, o el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o la residencia habitual del demandado, o en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su “domicile”; b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del “domicile” común».

XIV. RÉGIMEN DE VISITAS

La Sentencia opta por la custodia materna, fija un régimen de visitas en favor del

padre y, teniendo en cuenta la distancia existente entre las ciudades de residencia del padre y de la madre, establece el régimen de los gastos de desplazamiento, aunque esta cuestión no fue planteada por ninguna de las partes. ¿Puede apelarse la Sentencia por pronunciarse sobre una cuestión no sometida a debate?

La sentencia resuelve, sin haber sido objeto de petición por las partes, sobre los gastos de desplazamiento para cumplir el régimen de visitas, siendo por tanto incongruente.

XV. GUARDA Y CUSTODIA

¿Puede otorgarse de oficio la custodia a la abuela materna, por ser con quien convive el menor en el extranjero, sin que ésta haya sido oída en el procedimiento de divorcio?

No, pues aunque pueda presumirse que el menor está siendo atendido adecuadamente por la abuela materna, no consta su idoneidad para atribuirle estas funciones.

XVI. CUESTIONES PROCESALES

Se ha presentado una demanda de modificación de medidas y, por otro lado, al amparo del artículo 775.3 de la LEC, se ha solicitado la adopción de medidas provisionales. El Juzgado deniega el trámite de las medidas provisionales por considerar que supone prejuzgar la resolución definitiva de la modificación, apreciando una identidad entre ambas peticiones que impide resolverlas separadamente, además de descartar circunstancias de urgencia para tal modificación provisional. ¿Es procesalmente correcta dicha decisión?

No. El procedimiento incidental previsto en el apartado 3 del artículo 775 de la LEC remite al trámite de las «Medidas

Provisionales derivadas de la admisión de la demanda» (art. 773) la solicitud de modificación provisional de las medidas definitivas establecidas en un pleito anterior. Se trata de conseguir una regulación provisional de la situación, a modo de medidas provisionales y bajo los mismos principios que rigen en todas las medidas cautelares (arts. 730 ss. de la LEC); de manera que los inconvenientes señalados se dan en todos los casos en los que se adoptan cautelas que deben regir hasta la sentencia, como una regulación transitoria con base en la necesidad o conveniencia de modificar la situación actual hasta que se haga la modificación definitiva. La necesidad o conveniencia de modificar provisionalmente la medida deberá valorarse siguiendo los trámites del artículo 773 de la LEC al que se remite, cuyo apartado 3 prevé una comparecencia en la cual se harán las alegaciones y pruebas determinantes de la decisión a adoptar sobre la modificación provisional solicitada, sin que en el trámite previo de admisión de la solicitud pueda hacerse tal valoración para denegarla.

XVII. PENSION COMPENSATORIA

¿Es adecuado fijar un porcentaje de los ingresos del esposo en concepto de pensión compensatoria?

No, dado que el aumento de ingresos que pueda tener tras el divorcio no tiene por qué ser repartido con la ex esposa, que en nada ha contribuido a su obtención.

XVIII. PENSION ALIMENTICIA

Si en el procedimiento de modificación de medidas no se solicitó que se concediesen efectos retroactivos a la extinción de la pensión compensatoria ¿puede pedirse en un procedimiento declarativo en el que se ejercita la acción de enriquecimiento

injusto que los efectos se retrotraigan al momento en el que la ex esposa comenzó a convivir con un tercero?

Si en la demanda de modificación de medidas no solicitó que se concediesen efectos retroactivos a la causa extintiva, no podrá atenderse esta petición en un procedimiento posterior, dado que lo impiden los efectos de la cosa juzgada material regulados en el art. 222 de la LEC en relación con el art. 400.2 del mismo texto legal.

XIX. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

La esposa incluye en un inventario una tercera parte del saldo existente en una cuenta bancaria en la que figura el esposo como cotitular junto con sus dos hermanas. ¿Es correcta esta pretensión?

Es suficientemente conocida la doctrina jurisprudencial (sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2003, que, citada por la recurrente, recoge lo expuesto ya en las de 5 de julio de 1999, 29 de septiembre de 1997, 19 de diciembre de 1995, entre otras) que señala, en materia de titularidad de las cuentas corrientes bancarias indistintas, que dicha titularidad solo expresa una disponibilidad de fondos a favor de quienes figuran como titulares de las mismas contra el Banco que las retiene, y el nuevo hecho de su apertura con titulares plurales no determina por sí un necesario condominio sobre los saldos, que viene precisado por las relaciones internas que median entre los titulares bancarios conjuntos y más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos. La titularidad conjunta no supone *per se* un condominio, lo que sí sucede con ella o con la individual de una cuenta corriente es que aparece una presunción de condominio o de titularidad exclusiva de los fondos de las mismas, y así la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de

1996 indicó que la existencia de una cuenta corriente de la disposición a favor de dos o más titulares lleva consigo la presunción de que el capital que la integra es de la titularidad compartida de los cuentacorrentistas, los que ostentan facultades de disposición frente al banco, bien en forma individual o conjunta. Por tanto, solo podrá incluirse el tercio del saldo cuando no pueda acreditarse qué personas y en qué concepto fueron realizando los ingresos en la cuenta.

XX. RÉGIMEN DE VISITAS

Cuando se tramita el divorcio, el padre está ingresado en prisión cumpliendo condena, pero a pesar de ello solicita que se fije un régimen de visitas para cuando salga del centro penitenciario. ¿Puede accederse a esta petición?

Hay que entender que no existe ningún argumento sólido que justifique la instauración ahora de un régimen de visitas, anticipando una resolución para un momento que aún no ha llegado, y cuyas circunstancias pueden variar respecto de las actuales.

XXI. PENSIÓN ALIMENTICIA

Siendo de aplicación la normativa del Código Civil ¿es procedente limitar temporalmente la pensión alimenticia de la hija mayor de edad hasta que cumpla 25 años?

No, dado que los alimentos, por esencia, tienen *ex lege* una limitación «cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable».

XXII. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Tras la adopción de medidas civiles en el seno de un procedimiento penal, la madre solicitó su ratificación ante el Juzgado de Familia, si bien la resolución ratificándolas fue muy posterior a los treinta días.

Posteriormente la madre presentó demanda de ejecución reclamando las pensiones alimenticias impagadas y el padre se opone alegando que, al no haberse ratificado judicialmente las medidas civiles contenidas en la orden de protección en el plazo de un mes previsto en el art. 544 ter de la LECrim, estas han perdido su validez. ¿Debe estimarse esta causa de oposición?

Es evidente que la parte a cuyo favor se adoptan medidas civiles en el seno de un proceso penal, si dentro del plazo de vigencia de las mismas (30 días) ha interesado su ratificación, la inactividad, o el retraso del órgano judicial en adoptar resolución por la que se ratifican dichas medidas, en modo alguno puede perjudicarle, razón ésta por la que debe desestimarse la causa de oposición alegada por el padre.

Revista de

Derecho de Familia

TRIBUNA ABIERTA

LA CAPACIDAD DE TESTAR Y SU PROBLEMÁTICA JURÍDICA

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

*Doctora en Derecho. Abogada especializada en Derecho de familia y sucesiones.
Profesora de la Escuela de Práctica Jurídica de Jerez de la Frontera (Cádiz)*

El artículo 663.2 de nuestro Código Civil declara incapacitado para testar al que «habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio».

El precepto, como puede observarse, si bien es sucinto, deja la puerta abierta a la polémica y, en cierta medida, a la incertidumbre: ¿Se presume la capacidad de una persona para testar o, al contrario, hay que demostrar que la persona que ha testado se encontraba, en ese momento tan importante en la vida, en su cabal juicio, es decir, con sus facultades mentales en perfecto estado, de modo que pudiera, desde el punto de vista jurídico, realizar un acto tan trascendental y personalísimo?

A través de diversas Sentencias dictadas en nuestro país sobre este tema he intentado arrojar un poco de luz sobre esta interesante y apasionante problemática, que paso a desarrollar a continuación.

El artículo 663.2 del Código civil, ya transcrito anteriormente, suscita una primera cuestión importante: La persona que no se halla en su cabal juicio, en principio y desde un punto de vista práctico, no puede emitir una declaración de voluntad plenamente consciente. Sin embargo, este precepto plantea, asimismo, tal como ya LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA apuntaban⁽¹⁾, una medida: Para testar, es necesario que el juicio de quien ordena su sucesión sea cabal, es decir, que quien dispone ha de tener no sólo capacidad, sino, además, capacidad suficiente de entender y querer precisamente sus disposiciones, y de apreciar los motivos para hacerlas, sin que baste hallarse en un umbral de conocimiento, en un estado de obnubilación que, sin embargo, permite asentir y firmar, o simplemente con una capacidad mental tan disminuida que las manías y las obsesiones eliminen la claridad de juicio y la libertad de la decisión.

OSORIO MORALES apuntaba, a mi juicio con pleno acierto⁽²⁾, que el mayor grado de conciencia exigible para disponer *mortis causa* frente al requerido para los actos *inter vivos* resulta de comparar el artículo 663.2 con el 1263.2: «No pueden prestar consentimiento: [...] 2.º Los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir».

En efecto; al tipificar la incapacidad natural para testar fundada en la falta de discernimiento, el legislador emplea una expresión más amplia que la que utiliza al referirse a la

(1) LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil*, tomo V, *Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981.

(2) OSORIO MORALES: citado por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA.

incapacidad para contratar, pues ésta sólo afecta a «los locos o dementes», al paso que está impedido para disponer *mortis causa* cualquier persona que no se halle en su cabal juicio, lo cual, como parece lógico, abarca muchos más supuestos.

De todo ello se deduce que el legislador ha estimado que el testamento es un acto más relevante, desde el punto de vista jurídico, que el hecho en sí de contratar.

El defecto de juicio íntegro, según el tenor literal del mencionado artículo 663, incapacita al sujeto para otorgar testamento, tanto si es habitual como si es accidental, por lo que resulta evidente que no es necesario o no es requisito ineludible que el otorgante esté propiamente loco o demente para quedar incurso en esta causa de incapacidad, sino que bastará, para que el sujeto no pueda testar, que se encuentre en una situación de anomalía psíquica o de trastorno patológico transitorio lo suficientemente grave como para que pueda asegurarse que no se halla en su cabal juicio, es decir, que no está en razonables condiciones de entender o querer, aunque no se le pueda catalogar como un verdadero enfermo mental (antigua terminología, ya desfasada, por fortuna, de «loco» o «demente»).

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, con arreglo a esta tesis, mantenían que quedará incurso en esta causa de incapacidad aquella persona que se encuentre en un estado de total embriaguez, o bajo los efectos de una influencia hipnótica, o de un narcótico, o del delirio febril o el sonambulismo.

Hay que tener en cuenta que la facultad de testar, también denominada testamentifacción activa, es, en la actualidad, un derecho de naturaleza privada, que puede ejercitar toda persona física o natural. Es ésta la regla general, que, como toda regla general, admite excepciones. Estas excepciones constituyen las incapacidades para testar, que toman su justificación, tal como resaltó Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL⁽³⁾, de razones de orden estrictamente privado y natural, no de consideraciones de carácter público y civil, como se hacía en el Derecho romano y de otros Ordenamientos.

Efectivamente; desde el punto de vista histórico, en el Derecho romano eran numerosas las incapacidades para testar. En este sentido, los esclavos, por ejemplo, no tenían personalidad ni capacidad alguna. Tampoco los peregrinos en situación del *capitis diminutio*, es decir, los que carecían de *status civitatis*. Los *alieni iuris* o *in patria potestate* carecían también de la *testamenti factio*, aun con el consentimiento del *pater familias* y aunque, más tarde, fuesen *sui iuris*, ya que no gozaban del *status familiae* y solamente podía testar el padre, si bien esta incapacidad quedó suavizada más tarde. Los impúberes, los locos, las mujeres en ciertas épocas, los sordos y los mudos en el testamento oral y los pródigos no tenían la testamentifacción activa, por razones de incapacidad natural.

En el Derecho antiguo español, surgieron las incapacidades para testar de los religiosos profesos, que subsistió hasta la primera edición del Código Civil, y la de los Arzobispos y Obispos, si bien durante el siglo XIX estas incapacidades, en la práctica, ya no se aplicaban.

La regla general de capacidad para testar contrasta por su amplitud con la mayor rigidez y restricción que presiden la capacidad de realización de actos o negocios jurídicos entre vivos. Así, en la testamentifacción se identifican la capacidad de goce o aptitud para

(3) ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1997.

ser titular o sujeto del derecho de testar con la capacidad de obrar o de ejercicio de este derecho, ya que, para el ejercicio del mismo, basta tener una aptitud física o discernimiento natural, no jurídico, sin que, además, quepa accionarla mediante el instituto representacional, ni por suplencia o con complemento, debido a su carácter personalísimo.

En segundo término, el carácter unilateral y no recepticio del acto testamentario y su eficacia *mortis causa* rechazan todo concurso de contraprestación de equivalentes o reciprocidad de prestaciones, es decir, toda idea de onerosidad en sentido técnico y, en consecuencia, en la facultad de testar o testamentifacción activa está ausente, a diferencia de las incapacidades *stricto sensu* de los actos o negocios jurídicos *inter vivos*, el sentido tuitivo o de protección del testador incapaz, así como la finalidad de protección a terceros, esto último en cuanto se trata de la propia incapacidad para testar no respecto del contenido testamentario, que en ciertos aspectos y a tales fines está limitado por la Ley.

De ahí que el testamento otorgado por un incapaz para testar sea nulo de pleno derecho o, mejor dicho, inexistente, por falta de aptitud o discernimiento natural, que impide ser titular o sujeto de la facultad de testar o *testamenti factio*, tal como ha destacado PUIG FERRIOL⁽⁴⁾.

Nuestro Código Civil se alinea entre las tendencias modernas, proclamando que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad es la excepción, de forma que ésta sólo existe en los casos taxativamente determinados por la Ley, respondiendo este criterio de *numerus clausus* a la lógica construcción de la facultad de testar como elemento inherente a las prerrogativas fundamentales del hombre o persona natural, derivado del derecho a la propiedad privada y a la herencia, reconocidos en el artículo 33 de nuestra Constitución.

La regla general de capacidad para testar se reconoce, efectivamente, en el artículo 662 del Código Civil, al disponer que «pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente». En este sentido, hay que destacar que las Sentencias de 18 de marzo y 26 de septiembre de 1988 declararon que la capacidad de las personas se presume siempre y la incapacidad ha de ser, en cambio, acreditada de modo evidente y completo.

El Código Civil se refiere, asimismo, a las denominadas incapacidades absolutas para testar, referibles a toda forma testamentaria y establecidas en el artículo 663: 1) Los menores de catorce años de uno y otro sexo. Esta edad debe computarse no de momento a momento, sino de acuerdo con el artículo 315.2 del Código Civil, que dispone que «para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento»; 2) El que habitual o accidentalmente no se hallase en su cabal juicio. Aquí sí pueden plantearse problemas y, de hecho, en la práctica, se presentan. ¿Qué hay que entender por «cabal juicio»? Algunos autores han defendido la tesis de que por «cabal juicio» hay que entender un grado de conciencia mayor que el que debe postularse para otros actos o negocios jurídicos. No bastaría, por tanto, hallarse en el umbral del conocimiento, en un estado de obnubilación que, sin embargo, permita asentir y firmar o, simplemente, con una capacidad mental tan disminuida que las manías y las obsesiones eliminen la claridad de juicio y la libertad de decisión.

(4) PUIG FERRIOL: *Comentarios*, XXVII, 2, 1978; «La capacidad para testar en Cataluña después de la Compilación», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1969.

Según Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ⁽⁵⁾, se exagera el valor de la terminología empleada por el artículo 663 del Código Civil, sobre todo si se tiene en cuenta que nuestro *corpus* civil no se caracteriza por la precisión de su tecnicismo. Así, los estados de obnubilación, aunque permitan una vaga conciencia de lo que se hace, no deberían reputarse suficientes para proclamar la validez del acto, sea o no un testamento, otorgado por la persona que se encuentra en uno de esos estados. No obstante, por lo que respecta a las manías y obsesiones, habría que ser más cautos antes de pronunciarse por la nulidad del acto. En cualquier caso, no se ve muy bien por qué hay que distinguir entre los testamentos y los demás actos jurídicos si, con carácter previo, no se han definido ni elaborado, con precisión, las teorías relativas a determinados estados patológicos o cuasipatológicos, como las manías y obsesiones, las fobias y los estados transitorios de excitación mórbida.

Habrán de ser, en todo caso, la Psiquiatría y la Psicología las Ciencias que deben definir estos conceptos y términos, porque, al fin y al cabo, el Derecho no ha de hacerlo, sino ajustarse, en estas cuestiones, a tesis que provienen de otras Ciencias no jurídicas.

A mi juicio, es el testamento un acto jurídico trascendental y personalísimo, por lo que me parece demasiado abierta la postura mantenida por el legislador, a la hora de admitir testamentos de personas que rozan el límite entre la cordura y lo propiamente patológico. De ahí que me parecen muy permisivas, en este aspecto, algunas sentencias dictadas en nuestro país, como por ejemplo la dictada el 20 de febrero de 1975, al afirmar que, aunque en el caso pudiera parecer «casi segura» la incapacidad mental de la testadora, «esa casi seguridad no constituye la fijeza y seguridad que la doctrina legal exige».

Es evidente que la capacidad debe apreciarse en el momento de testar, tal como lo establece el artículo 666 del Código Civil, de modo que, con arreglo al artículo 664, el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.

Ante los preceptos del Código Civil vuelven a plantearse las dudas pues, como ha quedado expuesto, la «casi seguridad» de que una persona no se halla en su cabal juicio no limita su capacidad para testar. Esa seguridad, en consecuencia, parece que ha de ser completa, absoluta, sin posibilidad de duda o de falta de certeza alguna.

La expresión «cabal juicio», según ROCA-SASTRE MUNCUNILL⁽⁶⁾, significa capacidad natural, o, en otras palabras, suficiente discernimiento del testador acerca de la finalidad, contenido y trascendencia del negocio testamentario. Carece de esta capacidad el menor de catorce años, el declarado incapaz o el que se somete a curatela en atención a su grado de discernimiento, *ex* artículos 200 y 287 y concordantes del Código Civil. Pero, asimismo, carecen de esta capacidad el no declarado incapaz, siéndolo, así como quienes, sin ser su enfermedad mental habitual, sufren trastornos mentales, de manera circunstancial o accidentalmente, en el acto de otorgar testamento, que les priven de ese discernimiento que se reputa necesario para su validez.

Según dispone el artículo 666 del Código Civil, «para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento», por lo que «el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido», tal como esta-

(5) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Sucesorio*, La Ley, Madrid, 1999.

(6) ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho de Sucesiones*, citado en nota 3.

blece el artículo 664. Naturalmente, la capacidad —que, como ya ha quedado expuesto, es el tema más controvertido, porque el *corpus* civil no es muy preciso en este punto tan importante— ha de tenerse durante todo el tiempo del otorgamiento.

Hay que hacer, asimismo, una precisión importante, y es que no debe confundirse la capacidad para testar con la libertad de la voluntad testamentaria, por estar viciada de error, dolo, violencia o intimidación. Son, como fácilmente puede apreciarse, facetas distintas que, en definitiva, pueden afectar al negocio testamentario. La voluntad testamentaria o el consentimiento testamentario puede ser libre y consciente, pero el testador puede ser incapaz para testar, o viceversa. El testador debe querer testar y debe discernir o entender lo que quiere testar. Son dos momentos diferentes, pero que han de confluir en un solo acto.

La capacidad es requisito *sine qua non* para otorgar testamento válido, por lo que, en los testamentos notariales, el artículo 685 del Código Civil ordena al Notario y a los testigos que «procuren» asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar, dando fe de ello el Notario en el testamento o, en otras palabras, ha de ser el fedatario la persona competente para asegurarse de que el testador tiene la capacidad legal necesaria para realizar un acto jurídico tan importante como lo es el testamento. De esta circunstancia, en la práctica, es el mismo Notario el que da fe de ello, cerciorándose de la capacidad del testador, en definitiva, de que éste es capaz de otorgar testamento válido. No obstante, el precepto es criticable, a mi juicio, pues no se comprende cómo pueda el Notario cerciorarse de que una persona tiene o no capacidad. En algunos supuestos, es claro que será fácil cumplir con este precepto civil. Pero, en ocasiones más dudosas, hay que reconocer que quedará en el vacío, pues el fedatario no es un experto en Psiquiatría ni en Psicología y no está capacitado para discernir cuándo una persona está en su cabal juicio y cuándo no lo está.

A propósito de esta problemática, una Sentencia, ya muy antigua, de 23 de marzo de 1944, declaró que en modo alguno podía el Notario exigir la previa instrucción de un expediente para acreditar la capacidad dudosa, antes de autorizar el testamento.

Hay, por tanto, desde mi punto de vista, una clara presunción de capacidad para testar válidamente, presunción que, en muchas ocasiones, será difícil destruir mediante prueba en contrario, porque muchas formas de demencia y muchos trastornos mentales son solapados, no evidentes, lo cual abre una vía, sin duda demasiado amplia, a la problemática de la validez de los testamentos.

Efectivamente, ya Manuel DE LA CÁMARA ALVAREZ reseñaba que la Jurisprudencia española tiende a dar un gran valor al juicio de capacidad del Notario, hasta el punto de que hace falta una prueba muy completa para deshacer esa presunción. La intervención de facultativo —que es la única persona competente, en realidad, para discernir el grado de capacidad del testador— sólo se exige cuando se trata de un incapacitado judicialmente, de suerte que, aun si se trata de una persona que padece una enfermedad mental, puede bastar la afirmación del Notario y de los testigos que reputaron al testador con el grado de discernimiento necesario⁽⁷⁾, tal como establecieron las Sentencias de 25 de marzo de 1940 y 30 de septiembre de 1966. Una doctrina, si cabe aún más exagerada, se observa en la

(7) DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Principios de Derecho Sucesorio*, obra citada en nota 5.

Sentencia, algo más reciente, de 20 de febrero de 1975, al afirmar que, aun en el caso de que pudiera ser casi segura la incapacidad mental de la testadora, «esa casi seguridad no constituye la fijeza y seguridad que la doctrina legal exige», con cuyo razonamiento se dejó sin heredar a quienes casi seguramente quería el causante que le sucedieran, designados en testamento anterior, para entregar el caudal a quienes casi seguramente no quiso instituir el causante. Si se excluye la «casi seguridad», o «casi certeza», pocas serán las personas que, aun no estando en su cabal juicio, se verán privadas de hacer testamento.

El Tribunal Supremo, no obstante, en una Sentencia de 19 de septiembre de 1998, anuló, por incapacidad mental de la testadora, un testamento otorgado por una persona que no había sido declarada judicialmente incapaz, internada en un sanatorio psiquiátrico, pese a que el Notario, juicioso y sensatamente, había requerido como testigos a tres Médicos del propio Centro que, como es lógico, estimaron que, a su juicio, la otorgante tenía la capacidad legal necesaria para testar. El Tribunal Supremo entendió que esta afirmación quedaba desvirtuada por el examen pericial posterior.

En la primera edición del Código Civil se establecía que el Notario «debería asegurar» de la capacidad mental del testador, revelando el cambio de redacción posterior que no se exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza ni la intervención facultativa, sólo necesaria en el caso previsto en el artículo 665 del Código Civil (intervalos lúcidos).

Por tanto, mientras no se demuestre, de manera inequívoca, que el testador, en el momento de otorgar testamento, tiene enervadas sus potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera y clara elección, dentro de un horizonte mental corriente, se presume la capacidad, no sólo por hallarse amparado el testamento por la fe pública, sino porque toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser, según declaró la Sentencia de 25 de abril de 1959.

La Jurisprudencia admite, en consecuencia, la validez del testamento siempre que no medie una previa declaración de incapacidad y aunque se sospeche cierta falta de lucidez en el testador y, en algunos casos, éstos más alarmantes a mi juicio, llega a admitir la validez del testamento incluso cuando ha comenzado a instruirse el expediente de incapacidad. Así lo hizo, por ejemplo, una Sentencia, muy antigua, de 25 de octubre de 1901.

La declaración judicial de incapacidad que sea posterior al acto del otorgamiento del testamento propiamente dicho no alcanza a demostrar que el causante careciese en este solemne momento de un intervalo de lucidez, o incluso de la integridad de sus facultades intelectuales, según la ya citada Sentencia de 20 de febrero de 1975, si bien tampoco demuestra que no existiera anteriormente tal incapacidad y sí más bien lo contrario, a juicio de las Sentencias de 1 de julio de 1961 y 11 de diciembre de 1962.

En definitiva, existe, en esta materia, una presunción de capacidad y, por ende, la necesidad de probar la incapacidad por quien la alega. En este sentido, voy a detenerme en una interesante Sentencia de 26 de Septiembre de 1988, dictada por el Tribunal Supremo. Sus Fundamentos de Derecho se reconducen a los siguientes:

«PRIMERO.—Los hechos básicos de los que ha de partirse para la adecuada resolución de este recurso son los siguientes: 1.º El día veintinueve de Octubre de 1971 don Luciano C.A., de sesenta y un años de edad en dicha fecha, casado y sin descendientes ni ascendientes, otorgó testamento abierto ante el Notario de Santa Cruz de Tenerife, don Juan

José Z.G. (...), por el que instituyó por su única y universal heredera, en pleno dominio y libre disposición, a su esposa doña María G.A. y designó sustituto vulgar de la heredera instituida o de los bienes de que ésta no hubiere dispuesto a su fallecimiento por actos intervivos a título oneroso a su sobrino carnal don Luciano C.G., hijo de su hermano don José. 2.º El referido testador don Luciano falleció el día veinte de Enero de mil novecientos setenta y nueve.

SEGUNDO.—Sobre la base de los expresados hechos, el diecisiete de Enero de mil novecientos ochenta y seis, el ya citado don Luciano C.G. promovió en el Juzgado de Primera Instancia de Granadilla de Abona, contra doña María G.A., juicio de menor cuantía, en petición de declaración de la nulidad del también ya mencionado testamento, por entender, alternativamente, que no era firma auténtica de don Luciano C.A., la que, como del mismo, aparece estampada en dicho testamento o que el referido señor C.A. carecía de capacidad para su otorgamiento, por causa de enfermedad mental, en cuyo proceso, tanto la sentencia de primer grado como la de apelación desestimaron totalmente la demanda y absolvieron de la misma a la demandada doña María G.A. Contra la segunda de las citadas sentencias (...), el demandante don Luciano C.G. interpone el presente recurso de casación (...)

SEXTO.—Por el cuarto y último de los motivos, formulado por el cauce procesal del ordinal quinto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurrente denuncia violación de la norma que sobre el “onus probandi” contiene el artículo 1.214 del Código Civil, para lo cual aduce, en esencia, que habiendo probado que el testador don Luciano C.A. padecía en el año 1971 una grave enfermedad, era la otra parte (la que sostiene la validez del testamento litigioso) a la que incumbía y sobre la que gravitaba la carga de probar que dicho testador se hallaba en plena capacidad mental en el momento del otorgamiento del expresado testamento abierto, cuya tesis es totalmente inaceptable, pues, esta Sala tiene declarado que toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, por consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción “iuris tantum” que se ajustan a la idea tradicional del “favor testamenti” y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba quejado de insania mental (...), así como que la aseveración notarial respecto de la capacidad de otorgante del testamento adquiere una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una presunción “iuris tantum” de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario (...), con arreglo a cuya doctrina aparece evidente que la carga de la prueba de la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento del testamento cuestionado corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad y, con base en ello, postula la nulidad del mencionado testamento, por lo que la sentencia recurrida, al entenderlo así y estimar, tras una valoración conjunta de la prueba practicada, que no aparece probada la incapacidad mental de don Luciano C.A. cuando otorgó el testamento litigioso, no ha incidido en infracción alguna del artículo 1.214 del Código Civil, del que ha hecho correcta y adecuada aplicación, procediendo, en consecuencia, el rechazo de este motivo».

Como puede observarse, a la vista de esta Sentencia, el Tribunal Supremo, en nuestro país, viene exigiendo una prueba plena y convincente, es decir, que no deje lugar a dudas, de la incapacidad del testador. En este aspecto, la Jurisprudencia existente es muy abundante. En cualquier caso, tal como expresan LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLI-

DA⁽⁸⁾, el referido pronunciamiento suele realizarse para confirmar Sentencias de instancia que desestiman demandas de nulidad de testamento y, ulteriormente, que la amplitud de criterio de los Tribunales, sin duda excesiva, tal como estos autores resaltan y con cuya tesis estoy de acuerdo, no llega a dar por válido el testamento de personas que, aun pudiendo firmarlo y teniendo un atisbo de consciencia, no alcanzan un grado suficiente de lucidez. Tal fue el caso de la Sentencia de 27 de junio de 1977, de una testadora que había sufrido un ataque de trombosis cerebral, tras el cual otorgó testamento falleciendo a los veinte días del comienzo de la enfermedad, y que durante ese período se mostró somnolienta y obnubilada, considerando el Tribunal Supremo que en su estado psíquico carecía de capacidad para responder y que no pudo tener intervalos lúcidos.

Con respecto a los testamentos notariales, el artículo 685 del Código Civil dispone que «el Notario (que autorice el testamento) deberá asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar».

Según Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ⁽⁹⁾, la Jurisprudencia ha tendido a dar un gran valor a ese juicio de capacidad del fedatario, hasta el punto de que hace falta una prueba muy completa para deshacer esa presunción. No obstante, la intervención del facultativo sólo se exige cuando se trata de una persona incapacitada judicialmente, de suerte que aun si se trata de una persona que padece una enfermedad mental, puede bastar la afirmación del Notario y los testigos que reputaron al testador con el grado de discernimiento necesario, tal como ha quedado expuesto en páginas atrás. La Sentencia de 16 de febrero de 1945 declaró que «si bien la afirmación de la capacidad en el testador que en cumplimiento del artículo 685 del Código Civil hace el notario que autoriza el testamento alcanza el rango de fuerte presunción “iuris tantum”, con mayor motivo si es coincidente con el informe de los facultativos a quienes haya dado intervención en el otorgamiento —momento al cual ha de referirse el requisito de la capacidad—, la expresada aseveración puede ser destruida por ulteriores pruebas —cumplidas y convincentes— demostrativas de que en aquel acto el testador no se hallaba en su cabal juicio, pues, como tiene establecido la jurisprudencia, la declaración que en este sentido revisorio hagan los Tribunales de Justicia, no pugna con el juicio equivocado que de buena fe pudieran formar el notario y los testigos sobre la dicha capacidad en el acto del otorgamiento». Estas y otras manifestaciones semejantes pueden leerse en otras Sentencias, como las de 8 de abril de 1965, 21 de junio de 1969, 8 de marzo de 1972 y 21 de marzo de 1974, en las que los Tribunales anulan el testamento notarial pese a la dación de fe del Notario sobre la capacidad del testador.

El problema planteado, asimismo, por los intervalos lúcidos es, en el mismo sentido, complejo y delicado. El artículo 665 del Código Civil admite que el demente puede hacer testamento si se encuentra en un intervalo lúcido. En este caso, sólo previsto para los testamentos notariales, el fedatario ha de designar dos facultativos que, previamente, le reconozcan, y no lo autorizará sino cuando respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento que suscribirán los facultativos, además de los testigos.

(8) LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil*, tomo V, obra citada en nota 1.

(9) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel: *ob. cit.* notas 5 y 7.

Es interesante subrayar que existen determinadas enfermedades psíquicas y/o trastornos mentales que, efectivamente, permiten a las personas que los padecen gozar de determinados intervalos lúcidos, intervalos en los que la capacidad de entender y querer, de modo fugaz, transitoriamente, se encuentran indemnes. ¿Qué sucede cuando una persona en este estado hace testamento? ¿Cómo pueden resolverse, en la práctica, estos polémicos supuestos?

Desde el punto de vista histórico, hay que decir que el artículo 665 carece de precedentes en nuestro antiguo Derecho, tanto en el Proyecto de 1851 como en los Códigos francés e italiano. Su inclusión proviene del Proyecto formulado en 1884 y es síntesis de varios preceptos del Código mejicano.

¿Qué hay que entender por «intervalo lúcido»?

En opinión de BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS⁽¹⁰⁾, por «intervalo lúcido» se entiende aquel estado en el cual el enfermo mental recobra transitoria y completamente sus facultades mentales, bien sea por una remisión natural en la evolución de su enfermedad, bien por el empleo de un tratamiento médico adecuado.

A esta tesis hay que plantear una objeción evidente: si el enfermo mental recobra completamente sus facultades mentales, no es que se haya producido un «intervalo lúcido», porque este concepto es, a todas luces, fugaz, pasajero. Por tanto, en mi opinión, no puede equipararse dicho concepto a la remisión natural de la enfermedad, ni mucho menos con carácter absoluto o completo. Tampoco si esta remisión se consigue a través del correspondiente tratamiento médico para la enfermedad, porque, vuelvo a insistir, estaríamos en este supuesto ante la curación del trastorno mental. Y pienso que, en realidad, el legislador no estaba presuponiendo esa curación al dictar el precepto.

A juicio de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, el precepto en cuestión representa la excepción de una excepción, tratándose de una norma excepcionalísima e infrecuente, aunque amplía la capacidad que, con harto fundamento, reduce antes el artículo 663.2 del Código Civil. Según la tesis mantenida por estos autores, no cabe hacer caso omiso de su sentido literal y liberar de toda vigilancia médica al testador no incapacitado que «habitualmente no se halla en su cabal juicio», aunque tenga intervalos lúcidos. Tal testador, si no existiera el artículo 665, no podría en absoluto otorgar testamento, con o sin médico y, habiendo tal precepto, que habla, además, de demente y no de incapacitado por demencia, sólo dentro de las condiciones previstas en él podrá declarar su última voluntad, pudiendo acaso pensarse que la incapacitación refuerza la necesidad de testar conforme al artículo 665, de cuya forma no cabrá prescindir hasta el auto de reintegración de la capacidad.

En cualquier caso, no está claro el concepto de «intervalo lúcido» y, asimismo, hay que tener en cuenta que el casuismo, en esta materia es abundante y no es posible generalizar.

Muy interesante, a este respecto, considero que es la Sentencia, dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, de 19 de junio de 2002, cuyos Fundamentos de Derecho paso a transcribir:

(10) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS: «Incapacidad para testar del que habitual o accidentalmente no se halla en su sano juicio», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1963, página 247.

«PRIMERO.—La demanda rectora de la presente litis, promovida por el heredero legítimo don Javier T.V. contra sus hermanas también legitimarias doña Belén y doña María Teresa T.V. y contra el Notario don Francisco R.F., postulaba la declaración de nulidad del testamento abierto otorgado en fecha 15 Febrero de 1999 por don Francisco Javier T.B., fallecido a las 7.15 horas del día 15 Febrero de 1999 en la Clínica Santa Teresa de Castellón, cuya nulidad se fundaba en la falta de las formalidades exigidas por los artículos 696, 686 y 685 del Código Civil para el otorgamiento de testamento abierto y en la falta de capacidad del testador (art. 663 CC).

La sentencia dictada en primer grado jurisdiccional estimando parcialmente la demanda, tras rechazar lo alegado por el actor falta de observancia de las formalidades establecidas por la Ley para el otorgamiento de testamento abierto declaró nulo el testamento otorgado en fecha 13 Febrero 1999 por el causante don Francisco Javier T.B. por considerar el Juzgador de instancia que el testador no se encontraba con la capacidad mental necesaria para hacerlo por lo que declaró la validez del anterior testamento abierto otorgado por el causante en fecha 13 de Noviembre de 1981 ante el Notario don Julián C.M. sin hacer pronunciamiento sobre las costas devengadas en la instancia.

Tanto doña Belén y doña María Teresa T.V. como don Francisco R.F., demandados y ahora apelantes, discrepan del criterio desestimatorio de la Sentencia de instancia solicitando de la Sala su revocación y el dictado de una nueva Sentencia por la que se desestimen íntegramente las pretensiones de la demanda que postulan la declaración de nulidad del testamento abierto otorgado en fecha 13 Febrero 1999 por don Francisco Javier T.B., alegando en apoyo de su pretensión revocatoria, aunque desarrollada a través de diversos motivos de impugnación en que se combaten las reglas sobre la valoración de prueba y los efectos de la declaración de nulidad, una única cuestión litigiosa que no es otra que la aseveración de la capacidad del causante para otorgar testamento íntegro. Solicitud revocatoria que ha sido impugnada por la contraparte, que interesó la íntegra confirmación de la resolución recurrida y la imposición de las costas de la alzada a las partes apelantes.

SEGUNDO.—Intangible por no ser combatido en esta alzada el pronunciamiento desestimatorio de la Sentencia de instancia relativo a la falta de observancia de las formalidades legales en el otorgamiento del testamento abierto de fecha 13 Febrero 1999, la única cuestión que se plantea es la capacidad que tenía el testador don Francisco Javier T. en ese momento en cuanto que la Sentencia recurrida declaró la nulidad del referido testamento por considerar que concurrió en aquél causa de incapacidad para testar al no hallarse en su cabal juicio (art. 663.2 CC) al tiempo de otorgar testamento (arts. 664 y 666 CC).

La doctrinal jurisprudencial sobre la capacidad testamentaria ha sido prolija y abundante, no obstante ello podemos resumirla, por ser pronunciamientos reiterados, los siguientes apartados:

La incapacidad o afección mental para testar ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece con exclusión de la conciencia de sus propios actos (STS, Sala 1.ª de 12 de Mayo 1998).

Son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad del testador: 1) la edad senil del mismo, pues no es bastante para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un “anciano decrepito y achacoso”, ni el Derecho ni la medicina consienten, por el solo hecho de llegar a la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad, que se haya de considerar demente al sujeto, pues la inherencia a ésta de un estado de demencia requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones; 2) que el otorgante se encuentre aquejado

de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si éstos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón; y 3) no obsta para que se aprecie la capacidad que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonios del Notario y de los testigos (STS, Sala 1.ª, de 27 de Enero 1998).

La sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada, pues todo sujeto debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (STS, Sala 1.ª, de 26 Septiembre 1988), de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción “*iuris tantum*”, lo que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario evidente y completa (STS, Sala 1.ª de 8 Mayo 1922 y 3 Noviembre 1951), que ha de resultar muy cumplida y convincente (STS, Sala 1.ª, de 26 Abril de 1995), de fuerza inequívoca y concluyente (SSTS, Sala 1.ª, de 20 Noviembre 1975 y 27 Noviembre 1995), cualesquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aun en estado latente en el sujeto, pues ante la dificultad de conocer donde acaba la razón y se inicia la locura, requiere la ley y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (SSTS, Sala 1.ª, de 23 Noviembre 1944 y 1 Febrero 1956).

Precisamente por ello, no basta apoyar la incapacidad para testar por ausencia de cabal juicio en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la sucesión y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias moral o social, nacidas de hechos anteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte (STS, Sala 1.ª, de 25 de Octubre de 1928 y de 12 de Mayo de 1998).

Ni la enfermedad ni la demencia, desde la perspectiva del artículo 663.2 del Código Civil, obstan al libre ejercicio de la facultad de testar, cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido (SSTS, Sala 1.ª, de 18 Abril 1916 y de 27 de Enero de 1998).

La falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y es preciso pasar por ella, mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial su incapacidad, destruyendo la “*enérgica*” presunción *iuris tantum* que revela el acto del otorgamiento, en que sí se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el notario (SSTS, Sala 1.ª, de 23 de Marzo 1944, de 7 Febrero 1967 y de 12 de Mayo 1998).

La intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz —lo que no implica que puedan intervenir especialmente si el notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante—, pues el artículo 665 del Código Civil no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado (SSTS, Sala 1.ª de 16 Noviembre 1918, de 21 Abril 1965 y de 21 Junio 1986).

TERCERO.—En el presente caso, y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, el recurso de apelación debe estimarse, porque frente a la presunción de capacidad del testador don Francisco R.F., no declarado judicialmente incapaz, y a la apreciación del Notario don Francisco R.F. de la capacidad del testador, y aun de las declaraciones de testigos

presenciales que afirman la lucidez y cabal juicio del testador el día 13 Febrero 1999 en que otorgó el testamento abierto (don Vicente Pablo S., empleado de Notaría [...], y doña María Angeles L.V. testigo testamentario [...], sin objeción ni manifestación alguna a la referida capacidad del testador por quien también fue testigo testamentario don José Antonio M.B. [...] que en su especial condición de médico pudo y debió apreciar el estado y capacidad de don Francisco Javier T., es notoria la falta de prueba de la incapacidad, circunscrita exclusivamente a los informes médicos de don José I.C. [...] y de don Joaquín V.E.T. [...] basados en el estudio del historial clínico unido a la causa los cuales sin llegar a conclusiones evidentes, inequívocas y concluyentes sobre la incapacidad del testador, constituyen meras presunciones o indirectas conjeturas sobre el estado mental de don Francisco Javier T., que no pueden enervar la presunción de capacidad del testador. En este sentido, basta acudir a los extremos del dictamen pericial emitido por el señor E. que abordan específicamente la cuestión de la capacidad del testador, para observar cómo a la pregunta de si puede afirmar que el paciente estuvo en coma y que falleció sin recuperar el conocimiento, informa que [...] “aunque no puede descartarse completamente que pudiera haber existido algún cambio del nivel de conciencia del paciente los días 12 o 13; con los datos de que disponemos y salvo que se disponga de testimonios personales en dicho momento que aporten información adicional (constan hasta tres testigos presenciales y la aseveración del Notario sobre la conciencia y lucidez del paciente), debemos pensar que lo más probable es que el paciente no recuperara la conciencia [...] o a la cuestión específica de si el paciente estaba consciente y en plenas facultades para otorgar testamento con conciencia de sus actos [...] dictamina el perito médico que ‘no existen anotaciones médicas el día 12 de Febrero en cuanto a la situación clínica y más concretamente al nivel de conciencia del paciente, y las anotaciones de enfermería hacen referencia a la palabra sin novedad’. Por ello, teniendo en cuenta que el presente informe pericial no exploró en el acto a dicho paciente, ni dispone de un informe emitido por un experto médico en dicho momento que analizara el estado de conciencia del paciente, ni datos presentados por testigos presenciales (que sí estén como ya hemos referido) no se puede afirmar con total rotundidad si estaba o no consciente. Ahora bien, existen datos suficientes como para tener la duda razonable de que el paciente no estuviera plenamente consciente, y desde luego no crea que pudiera estar en plenitud de sus facultades mentales como para realizarlo”.

En definitiva, el dictamen pericial que basa su fallo el Juzgador a quo, no contiene una prueba concluyente e inequívoca de la incapacidad del testador, como que ante la falta de datos médicos sobre el estado mental de don Francisco Javier T., sin haber procedido a su examen personal desconociendo la existencia de testigos presenciales que afirman la lucidez, conciencia y cabal juicio del testador, emite opiniones conjeturables o simples presunciones sobre el estado mental del testador, que desde luego no pueden servir para enervar a presunción de capacidad del mismo y las aseveraciones notariales en tal sentido, máxime cuando la voluntad plasmada en el testamento abierto impugnado viene avalada por actos anteriores y coetáneos del testador al momento de otorgarlo, que permiten interpretar que su voluntad en su sano juicio es conforme con la manifestada anteriormente a sus familiares y allegados, y en este sentido cobran relevancia las manifestaciones de don Ramón G. [...] de que lo plasmado en el testamento respondía a la voluntad del testador al que ayudó a confeccionarlo, o las del oficial de Notaría don Vicente Pablo S. [...] de que el testamento estaba ya preparado con anterioridad en la Notaría del señor A., lo que revela una emisión de voluntad del testador en su confección previa al momento mismo de su otorgamiento el día 13 de Febrero de 1999, que alejan toda duda sobre la capacidad del testador».

Es evidente que el que alega la falta de capacidad del testador, ha de probar dicha incapacidad. Así se desprende no sólo de esta Sentencia analizada, sino de muchas otras. Cabe citar, por su interés e importancia la dictada por el Tribunal Supremo el 26 de Septiembre de 1988, cuyos Fundamentos de Derecho entro a analizar a continuación.

Los Hechos básicos de los que partió la demanda para la adecuada resolución de este recurso fueron los siguientes: Don Luciano C.A., de sesenta y un años de edad, casado y sin descendientes ni ascendientes, otorgó testamento abierto ante el Notario de Santa Cruz de Tenerife, don Juan José Z.G., instituyendo a su esposa por su única y universal heredera, en pleno dominio y libre disposición, designando sustituto vulgar de la heredera instituida o de los bienes de que ésta no hubiese dispuesto a su fallecimiento por actos intervivos a título oneroso a su sobrino carnal don Luciano C.G., hijo de su hermano don José. El testador falleció el día veinte de Enero de 1979.

Sobre la base de estos Hechos, el ya citado don Luciano C.G. promovió en el Juzgado de Primera Instancia de Granadilla de Abona, el 17 de Enero de 1986, juicio de menor cuantía, en petición de declaración de la nulidad del testamento de su tío, por entender que no era firma auténtica la de don Luciano C.A. la que, como del mismo, aparece estampada en dicho testamento, o que el referido señor C.A. carecía de capacidad para su otorgamiento, por causa de enfermedad mental, en cuyo proceso, tanto la sentencia de primer grado como la de apelación, desestimaron totalmente la demanda y absolvieron de la misma a la demandada, doña María G.A. Contra la segunda de las citadas sentencias, el demandante don Luciano C.G. interpuso recurso de casación, articulado a través de cuatro motivos.

El primer motivo denuncia que había habido indefensión, pero no voy a detenerme en el mismo, ya que es ajeno a la problemática que estoy tratando.

El segundo motivo se articula en virtud de denuncia por error en la apreciación de la prueba, que resulta, según el recurrente, de los tres Certificados Médicos que aportó con su demanda y que, según su apreciación, demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

El motivo, como declaró el Tribunal Supremo, "... ha de claudicar, por las siguientes razones: a) Es doctrina de esta Sala la de que no cabe confundir los documentos con los demás medios de prueba documentados, debiendo entenderse por aquéllos solamente los que se mencionan en los artículos 1.215 del Código Civil y 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...), con arreglo a cuya doctrina no es dable atribuir la calificación de documentos, en el sentido expresado, a los tres certificados médicos que, como prueba preconstituida, el actor, hoy recurrente, acompañó con su demanda (...), y en los cuales, uno de ellos fechado en Santa Cruz de Tenerife el 5 de Noviembre de 1985, y el otro en Cádiz el 18 de Diciembre de 1985, los respectivos facultativos firmantes de los mismos certifican o manifiestan, sin que expresen con base en qué antecedentes, que en el año 1971 (o sea, catorce años antes) habían reconocido en sus respectivas consultas a don Luciano C.A. y describen el padecimiento que advirtieron en el mismo, no pudiendo corresponder a tales certificados, con la fecha y circunstancias en que aparecen expedidos (el primero a instancia de 'su sobrino' —entendiéndose el aquí recurrente, que también es médico de profesión, el segundo a instancia de 'su familia' y el tercero a petición de 'sus familiares', una calificación distinta y dissociada de la prueba testifical, en la que sus respectivos firmantes han sido examinados en el proceso, como testigos propuestos por la parte actora, aquí recurrente (...)). b) Además de lo que acaba de decirse, los expresados certificados, que, por sí solos y sin necesidad de deducciones y sin confrontación con los demás medios probatorios,

no patentizan de modo claro y rotundo el error denunciado por el recurrente, ya han sido apreciados y tenidos en cuenta por los juzgadores de instancia en su valoración conjunta de la prueba, lo que ya, por ello, les haría inhábiles para servir de fundamento al motivo que estamos examinando, como igualmente tiene declarado esta Sala —Sentencias de 8 de Octubre y 30 de Diciembre de 1986, 10 de Marzo y 12 de Noviembre de 1987, entre otras, sin que sea dable que este tribunal se adentre en una valoración de la prueba, que es lo que, en realidad, pretende el recurrente con la formulación de este motivo, al no ser la casación una tercera instancia, como tantas veces ya se ha dicho”.

El cuarto y último de los motivos formulados por el cauce procesal del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es particularmente importante a los efectos del tema que estoy tratando. Efectivamente, el recurrente denunció violación de la norma que sobre el “onus probandi” contiene el artículo 1.214 del Código Civil, aduciendo, en esencia, que había quedado probado que el testador padecía en el año 1971 una grave enfermedad. Hay que tener en cuenta que era la otra parte la que sostenía la validez del testamento litigioso y que el recurrente aducía que a esta parte incumbía y sobre ella gravitaba la carga de probar que dicho testador se hallaba en plena capacidad mental en el momento de otorgar el expresado testamento abierto. Esta tesis es inaceptable totalmente, ya que, como declaró el Tribunal Supremo, en su Fundamento Sexto, “esta Sala tiene declarado que toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, por consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción ‘iuris tantum’ que se ajustan a la idea tradicional del ‘favor testamenti’ y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insania mental —Sentencias de 25 de Abril de 1959 y de 7 de Octubre de 1982—, así como que la aseveración notarial respecto de la capacidad del otorgante del testamento adquiere una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una presunción ‘iuris tantum’ de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario —Sentencias de 25 de Marzo de 1957, 7 de Febrero de 1967, 21 de Junio de 1986 y 10 de Abril de 1987—, con arreglo a cuya doctrina aparece evidente que la carga de la prueba de la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento del testamento cuestionado corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad y, con base en ello, postula la nulidad del mencionado testamento, por lo que la sentencia recurrida, al entenderlo así y estimar, tras una valoración conjunta de la prueba practicada, que no aparece probada la incapacidad mental de don Luciano C.A. cuando otorgó el testamento litigioso, no ha incidido en infracción alguna del artículo 1.214 del Código Civil, del que ha hecho correcta y adecuada aplicación, procediendo, en consecuencia, el rechazo de este motivo”.

Es evidente que, en nuestro Ordenamiento Jurídico-civil, corresponde la carga probatoria de la incapacidad del testador a quien sostiene la existencia de dicha incapacidad. Así se reitera en constante Jurisprudencia. A este respecto, es muy interesante la Sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo, el 26 de Abril de 1995, que, en su Fundamento de Derecho Primero, declara que “... tiene esta Sala igualmente declarado con reiteración (...) que la capacidad del testador es una cuestión de hecho sometida al Tribunal de instancia a cuya apreciación ha de estarse, y también que la afirmación hecha por el Notario autorizante sobre la capacidad del testador, si bien puede ser desvirtuada por ulteriores pruebas demostrativas de que en el acto del otorgamiento no se hallaba éste en su cabal juicio, es necesario para

ello que dichas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial de que se trata reviste especial relevancia de certidumbre...”.

En este caso, la Sala de Instancia valoró con amplitud y detalle el material probatorio obrante en autos, sin omitir el dictamen pericial emitido por el doctor G.P. (...), obteniendo conclusiones racionales y perfectamente lógicas, por lo que ha de decaer el motivo con solo advertir que precisamente por lo manifestado por el doctor G., en el sentido de que “en el terreno psiquiátrico es prácticamente imposible a posteriori determinar el grado de lucidez de una persona que ha sido diagnosticada previamente de demente senil. Referido a una fecha concreta (Certificado de 6 de Noviembre de 1983), aún menos”, y atendiendo a que el curso clínico de la demencia senil es de evolución progresiva en cuanto al deterioro de la personalidad, la Sala estimó que cobraban mayor realce los informes “del doctor A. (único facultativo, que, como psiquiatra-neurólogo, diagnosticó, calificó y trató la patología del señor C. y, además, en las épocas en que éste otorgó los testamentos impugnados) y la apreciación de capacidad que hicieron los Notarios en su momento”, debiendo puntualizarse ahora, en relación a los informes referidos, que se trata, en realidad, de un certificado médico oficial, expedido el día 17 de Mayo de 1983, en que consta que “don José C.S., de 75 años de edad y vecino de Castriz-Santa Comba, La Coruña, se trata en esta Clínica, desde el pasado 25 de Octubre de 1982, por padecer una Insuficiencia Vascular-Cerebral que se traduce clínicamente en una Demencia Senil. En la actualidad, continúa con el tratamiento y control médico”. Y otro, de fecha 6 de Noviembre de 1983, expresivo de que el señor C. “se viene tratando en la clínica que dirijo desde el día 25 de Octubre de 1982 y si bien iniciaba una síndrome demencial senil por una insuficiencia vascular cerebral, creo que el día 14 de Diciembre del mismo año fecha en la que fue al Notario aún era capaz de regir sus bienes ya que dicho paciente no tenía un síndrome demencial totalmente instaurado, sino que lo iniciaba y por lo tanto tenía lucidez”, así como un informe dirigido al Juzgado por el mismo doctor A., en 15 de Abril de 1988, según el cual “el señor C. padecía unos temblores involuntarios de miembros superiores en las manos y se interpretó dicho cuadro como un Parkinson secundario a una encefalopatía vascular cerebral por insuficiencia... El paciente psíquicamente estaba orientado en espacio-tiempo, consciente y no tenía signos de deterioro psíquico, pero estaba iniciando una insuficiencia vascular cerebral”, todo lo cual, como bien concluye la Audiencia, no permite extraer de los informes periciales “con la imprescindible certeza de la existencia de un estado de insanidad mental en el señor C.S. cuando otorgó el testamento y donación cuestionados”, en 3 de Noviembre y 14 de Diciembre de 1982, respectivamente. Por último, ha de recordarse que la sentencia impugnada contiene otros sólidos argumentos en apoyo de su decisión, como son que “la capacidad mental del señor C.S. —que se recuerda, no estuvo nunca judicialmente declarado incapacitado— para testar y donar como hizo en las fechas indicadas, fue constatada por dos Notarios diferentes de dos ciudades distintas en un lapso temporal de poco más de un mes, los cuales dejaron sentada una apreciación de capacidad para llevar a cabo aquellos actos que tiene, por motivos obvios, una dimensión muy específica”, y que “en el proceso no existen, realmente, otros fehacientes testimonios directos y contemporáneos a las fechas en que aquellos actos fueron realizados en torno al concreto estado mental del señor C.”».

Se deja sentado, como puede apreciarse, que, en nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil existe una presunción de capacidad del testador —presunción *iuris tantum*—, en tanto no se demuestre que tenga alteradas sus facultades mentales. Esto, a mi juicio, quiere decir

que la capacidad para testar es la regla, siendo la incapacidad para tan esencial acto jurídico la excepción. Cuando se aportan elementos probatorios que demuestran la incapacidad del testador, se abre el camino para solicitar su impugnación. En cualquier caso, es interesante destacar que, en nuestro Ordenamiento Jurídico, no se exige, *a priori* ni *a posteriori*, una aseveración de la capacidad del testador que tenga una certeza absoluta. En este sentido, hay que subrayar la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo, el 21 de junio de 1986, cuyo Fundamento de Derecho Segundo indica que «análoga suerte desestimatoria habrá de seguir el segundo motivo (...), al denunciar la infracción por violación, consecuencia de no aplicación del artículo 685 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que cita, en relación con el artículo 687 del propio cuerpo legal, violado en el mismo sentido, y ello porque pese al carácter eminentemente formalista de las disposiciones testamentarias, extremo que esta Sala tiene proclamado con reiteración, lo que no cabe a las partes en el procedimiento es sobrepasar tal normativa formal, extendiéndola a extremos que la Ley no exige, que es lo pretendido por la recurrente, al entender que el testamento incide en causa de nulidad si en el mismo no se consigna el juicio de los testigos instrumentales sobre la capacidad de la testadora, dado que tal requisito no se establece en el artículo 685 del mentado Código, teniendo declarado esta Sala que “si bien con arreglo a tal precepto, deben el Notario y los testigos instrumentales asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad necesaria para testar, ese deber se cumple cuando el Notario y los testigos conocen de antemano al testador y el primero da fe de hallarse éste en la integridad de sus facultades mentales”, Sentencia de 30 de Septiembre de mil novecientos uno, y si bien es cierto que tanto los testigos como el Notario “han de asegurarse de la capacidad del testador, la determinación de la misma constituye una cuestión de hecho, solamente combatible en casación por la vía del error”, sentencias de veintisiete de junio de mil novecientos ocho y diecinueve de junio de 1925; correspondiendo únicamente al Notario tal constatación de capacidad en la escritura de otorgamiento, pero sin que la misma se exija de forma expresa respecto de los testigos, siendo suficiente que así lo corrobore el fedatario, como claramente se deduce de la sentencia de veinticinco de marzo de mil novecientos cuarenta; apareciendo del propio contenido de la escritura de testamento que el Notario bajo fe dice “cuenta con plena capacidad testatoria”, y tras transcribir las manifestaciones de la testadora, y concluye, “leo este testamento en voz alta e inteligible, sin usar los presentes el derecho de leerlo ellos que les indiqué, lo aprueba y ratifica el testador y lo firman todos”, lo que viene claramente a poner de relieve que los propios testigos corroboran y ratifican la declaración de capacidad inicial hecha por el Notario autorizante; todo ello aparte de que, expresión “procurarán asegurarse”, que entraña un juicio de capacidad, ha venido a sustituir a la antigua expresión del precepto “deberán asegurarse”, lo que según mantienen las sentencias de veinticinco de marzo de mil novecientos cuarenta, antes citada, y la de treinta de septiembre de mil novecientos sesenta y seis, “indica que no se exige una aseveración de capacidad con certeza absoluta”».

La constatación de la capacidad del testador corresponde, efectivamente, al Notario autorizante, pero hay que resaltar que el fedatario no es —ni tiene por qué serlo— un experto en Medicina, Psiquiatra o Psicólogo, por lo que su apreciación será, en todo caso, un juicio previo que emitirá fundándose en la experiencia general que puede tener cualquier persona. En ningún modo, estimo, hay que entender este juicio hecho por el Notario como esencialmente determinante de que el testador se halla en su cabal juicio para otorgar

testamento válido. De ahí que, como ya ha quedado reseñado anteriormente, surjan los problemas y las dificultades *a posteriori*.

Hay ocasiones en las que se observa que el testador estaba en su cabal juicio, sin que esta apreciación ofrezca dudas de ningún tipo. Así he podido comprobarlo, por ejemplo, en una Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, de 25 mayo de 2001, en la que la parte recurrente solicitaba la revocación de la Sentencia apelada y el dictado de otra que declarase la nulidad del testamento impugnado, alegando, en apoyo de su petición, que las premisas sentadas en la resolución impugnada son correctas, pero que no lo era el hilo conductor que ha llevado a la desestimación de la demanda. La apelante entendía que la presunción de que el testador se encontraba con facultades para otorgar el testamento al haberlo hecho ante dos testigos Médicos de profesión quedaba desvirtuada por la prueba consistente en el parte de ingreso en la Clínica por otro padecimiento, donde se reflejaba que se encontraba «muy demenciada», debido a una demencia senil arterioesclerótica, pareciéndole increíble al recurrente que, sabiéndose la testadora en el lecho de muerte por una pancreatitis, conociera el número de los Documentos de Identidad de sus sobrinos y el número del Registro de cada una de las fincas.

El Fundamento Jurídico Segundo de esta Sentencia —sin duda, interesante, por lo que puede aportar a la problemática que estoy estudiando— declaró que «la impugnación que la parte recurrente realiza es puramente de la valoración de la prueba, y opone a una muy fundamentada sentencia dos argumentos francamente bastante endebles. Si comenzamos por el segundo, no ya una persona en un hospital, afectada de pancreatitis y con una salud francamente deteriorada, sino también otra en perfecto estado de salud, con el título de licenciado en Derecho y en la Notaría, es muy difícil, por no decir imposible, que sepa de memoria los números de los documentos de identidad de sus sobrinos y la descripción registral de las fincas de su propiedad; éstos son detalles técnicos que el Notario autorizante se procura buscando las fuentes ordinarias de información para cumplir la formalidad de la escritura pública, bastando con que la testadora identifique a sus sobrinos con sus simples nombres de pila e indique las fincas que quiere legar, de modo que al Notario le resulte suficientemente identificativo para confeccionar el documento en que se contendrá su voluntad para después de su muerte. Frente a la valoración genérica del internista del padecimiento de demencia senil arterioesclerótica, lo que llevó a la citada a su incapacitación en el año 1994, cuando otorgó el testamento, el informe del internista doctor M. y del neuropsiquiatra doctor C.L., que intervinieron como peritos-testigos en el testamento, ratificado verbalmente en la prueba testifical y por escrito mediante los oportunos informes, que la testadora tenía capacidad en aquel momento para realizar tan extraordinario acto de disposición, opinión con la coincide el también neuropsiquiatra doctor A., quien asimismo reconoció a la finada a petición de sus familiares, y además de esto, obra también la presunción de capacidad para testar de quien no ha sido formalmente incapacitado, pues, sabedor de lo que estaba ocurriendo con la salud de su tía, se pregunta la Sala por qué motivo no intentó el ahora recurrente la incapacitación de su tía, estando en el grado más próximo de parentesco para haber podido instar dicha declaración».

Incide esta Sentencia, de nuevo, en la problemática que ya ha quedado planteada en páginas atrás: si no hay una incapacitación previamente declarada, con todos los requisitos legales a este respecto, toda persona, en principio, puede otorgar testamento válido. El

hecho de estar incurso en un proceso arterioesclerótico no es causa suficiente, según la Jurisprudencia, para no poder otorgar testamento válido, a menos, naturalmente, que ese proceso degenerativo vascular interfiera, de una manera grave y profunda, en las facultades mentales.

Es evidente que lo importante —lo esencial— es la condición psíquica del causante en el instante preciso de otorgar testamento. Esta es la idea perfectamente consolidada en la Jurisprudencia, lo cual no podía ser de otra manera, vistos los términos del artículo 666 del Código Civil. Así lo declararon, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1982, 10 de abril de 1987 o 30 de noviembre de 1991.

Hay que resaltar, no obstante, que sólo quien tiene una conciencia convenientemente conformada comprenderá, a juicio de IZQUIERDO TOLSADA, las consecuencias de sus declaraciones de voluntad, pues un testador necesita saber qué es un testamento y cuál es la trascendencia de una disposición testamentaria, valorar la oportunidad de su otorgamiento en una u otra forma de las previstas por la Ley, valorar sus efectos y desafectos, etc. Si la falta de juicio proviene del engaño, la violencia o la intimidación, estaremos ante un concurso de normas impugnatorias, pues habrá falta de capacidad testamentaria, pero también vicio del consentimiento, *ex* artículo 673 de nuestro Código Civil.

Una ya vieja Sentencia del Supremo, de 11 de diciembre de 1962, declaró que el Código Civil, por lo que respecta al requisito del «cabal juicio», no tiene aquí pretensiones científicas «y aun cuando el término cabal es sinónimo de lo completo, justo, acabado o exacto (...) en tal sentido no parece que pueda predicarse de la salud mental, que, como la física, es raramente perfecta (...). La ley emplea la expresión “refiriéndose a que el acto de testar reúna los requisitos del acto verdaderamente humano, caracterizado por que se realice con inteligencia o conocimiento de su significado y alcance y con voluntad propia de querer lo que con el mismo se persigue, voluntad que la falta de inteligencia vicia de por sí, por no poderse querer verdaderamente lo que no es antes conocido, por ello, el estado patológico mental por vía de amencia o demencia impide al testador hallarse en ese cabal juicio” (...)».

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 |

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (SMI) PARA 2012

21,38 euros/día o 641,40 euros/mes.

ÍNDICE DE PRECIOS DE CONSUMO (DATOS INTERANUALES)

| Año | Enero | Febrero | Marzo | Abril | Mayo | Junio | Julio | Agosto | Septiem. | Octubre | Noviem. | Diciem. |
|------|-------|---------|-------|-------|------|-------|-------|--------|----------|---------|---------|---------|
| 1985 | 9,4 | 9,7 | 9,5 | 10,2 | 9,9 | 8,9 | 7,9 | 7,3 | 8,3 | 8,2 | 8,5 | 8,2 |
| 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 | | | | |

**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

Se asigna a la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad, pues el padre, con posibles problemas de drogodependencia, ya desatendía al menor desde antes de abandonar, en el año 2004, el domicilio familiar, no habiendo comparecido en el presente procedimiento e ignorándose su paradero actual.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2012]

Debe admitirse el recurso de apelación interpuesto contra el auto que autoriza un cambio de residencia del progenitor custodio e hijos.

[AP A Coruña, Sec. 4.ª, Auto de 9 de marzo de 2012]

Se autoriza el cambio de residencia de los hijos desde A Coruña hasta Madrid, ya que estos por su corta edad no tienen arraigo en esa ciudad, encontrarse justificada la decisión de la madre de aceptar el mejor puesto de trabajo que se le ofrece en Madrid.

[AP A Coruña, Sec. 4.ª, Auto de 9 de marzo de 2012]

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]

GUARDA Y CUSTODIA

Conviviendo unos hijos con el padre y otros con la madre, se opta por atribuir la custodia de los menores al padre en función de que residen en una ciudad donde los niños asisten al colegio, mientras que la madre tiene su domicilio en una zona rural, lo que plantea problemas de comunicación para acudir al colegio, debiendo tenerse en cuenta también la problemática laboral de la madre que, como personal sanitario, tiene días que trabaja las veinticuatro horas.

[AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2012]

La custodia compartida por años no es viable, ya que los cambios no son solo de residencia y provincia, sino de colegio y amigos.

[AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2012]

Si bien se parte de una teórica aptitud de ambos litigantes para el desempeño responsable y en beneficio de la común descendiente de la custodia, ello no ha de desembocar necesariamente en la custodia compartida, pues no puede dejar de valorarse que, desde la ruptura convivencial, la niña ha permanecido bajo el cuidado cotidiano de la madre, además in-

fluye la mayor disponibilidad horaria de la madre y la actitud inapropiada del padre para incluir a la niña en el conflicto.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 23 de marzo de 2012]

No se justifica que el cambio de custodia constituya la solución más adecuada para abordar los problemas que aquejan al menor, especialmente en lo concerniente a su rendimiento escolar, por lo que no procede modificar el entorno en el que, por el libre acuerdo de las partes, se ha venido desarrollando la vida de aquél desde la ruptura convivencial.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 16 de marzo de 2012]

El Tribunal Supremo solo puede modificar el sistema de guarda cuando el juez *a quo* no aplica correctamente el principio de protección del menor. No se accede a la custodia compartida al declarar probado la sentencia recurrida que la relación entre los progenitores era conflictiva pues solo se comunicaban vía sms.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2012]

No cabe confundir el deseo mostrado por el hijo sobre una eventual ampliación de las visitas con el de un cambio en la guarda y custodia.

[TSJ Cataluña, Sentencia de 23 de febrero de 2012]

Los órganos judiciales no pueden sujetarse a los cambios de humor, enfados o cambios de parecer de las menores adolescentes ni deberían hacerlo tampoco los padres, y por ello no puede atenderse en trámite del recurso a la petición de que se atribuya la guarda y custodia de la hija, quien al parecer ha decidido hace pocas fechas residir con el padre.

[TSJ Cataluña, Sentencia de 23 de febrero de 2012]

El disenso y la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores no es base suficiente para considerar que este modelo no coincide con el interés del menor. Teniendo en cuenta que se trata de un menor de casi 11 años de edad, que ambos progenitores disponen de domicilios cercanos al centro escolar donde estudia y que en la exploración judicial manifestó querer vivir con ambos, debe acordarse la custodia compartida, no siendo determinante el informe en contra de la psicóloga fundado en una conflictividad que no presenta el grado de intensidad tal que haga la medida inconveniente al interés del menor.

[TSJ Aragón, Sentencia de 9 de febrero de 2012]

RÉGIMEN DE VISITAS

No puede tener favorable acogida la solicitud relativa a la recogida de la niña en el domicilio de la madre al no darse respecto de dicha petición motivo alguno que lo justifique razonablemente, siendo así que la recogida de la menor en el colegio además de aumentar el tiempo de estancia junto a la hija permite al padre intervenir en los espacios escolares de la niña, conociendo y relacionándose con el medio educativo de la menor.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012]

No conociéndose las condiciones en las que actualmente el padre cubre sus necesidades cotidianas de alojamiento ni si las mismas son adecuadas para que los hijos comunes pernocten en su entorno, la efectividad del régimen de visitas establecido en la Sentencia

ha de quedar supeditada a la acreditación por el padre de disponer de un inmueble acorde a tal fin.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 13 de marzo de 2012]

Aunque se piden medidas de restricción para abandonar el territorio español, no se expone motivo alguno que justifique la adopción de tales cautelas, ni las mismas pueden ampararse en la nacionalidad colombiana de la madre, pues Colombia y España han suscrito el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, lo que garantiza el retorno a nuestro país, ante una eventualidad de traslado ilícito de la menor.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 6 de marzo de 2012]

Aunque el padre padecía un trastorno de la personalidad con síndrome depresivo, como consecuencia del divorcio y de la separación, que afectaba negativamente a los hijos, actualmente se encuentra muy recuperado, por lo que constatándose la fuerte vinculación en la relación paterno-filial debe ratificarse el régimen de visitas fijado, cuya ampliación se hace depender de informes que deben emitirse cada cierto tiempo y de la supervisión al respecto a través del punto de encuentro en los primeros periodos.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 2 de marzo de 2012]

VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

Los hijos mayores de edad quedan fuera de la protección del art. 96 del Código Civil aunque carezcan de independencia económica.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012]

Puesto que el esposo tiene asegurado el alojamiento, residiendo con sus padres, y sin perjuicio del derecho de aquél de instar la liquidación del patrimonio ganancial, que incluye dicha vivienda familiar, cuando lo estime oportuno, la Sala considera ajustado a derecho el pronunciamiento que ha acordado otorgar el derecho de uso de la vivienda familiar a la esposa, hasta la liquidación de la sociedad legal de gananciales, o hasta la venta de la vivienda.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012]

Se atribuye el uso alternativo de la vivienda familiar por períodos de seis meses hasta que se produzca la venta. Aunque la esposa es la que abona los suministros de la vivienda, la deuda con Santander Consumer y también una deuda con Caja Madrid, ello no la convierte en el interés mas necesitado de protección, pues trabaja como empleada del hogar, mientras que el esposo recibe un subsidio de desempleo.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2012]

Las tasas por recogida de basuras y entrada de los vehículos tienen como sujetos pasivos, en concepto de contribuyentes, a las personas físicas o jurídicas que disfruten, utilicen o aprovechen especialmente el dominio público local en beneficio particular, y la beneficiaria directa y exclusiva de dichos servicios es la esposa, por lo que será de su cargo su abono.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 22 de marzo de 2012]

Aunque es clara la doctrina jurisprudencial en cuanto a no establecer ninguna limitación al uso de la vivienda cuando existen hijos menores, debe tenerse en cuenta que el progenitor custodio solicitó la atribución hasta la disolución del *pro indiviso* constituido sobre el inmueble, por lo que, si bien de forma excepcional, puede prescindirse de la proyección indiscriminada del art. 96 del CC cuando los hijos tienen ya asegurado el alojamiento.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 16 de marzo de 2012]

PENSIÓN ALIMENTICIA

Se suspende el pago de la pensión alimenticia durante el plazo de un año al quedar acreditado que el padre está en situación de desempleo y carece de toda prestación o subsidio.

[AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012]

El hecho de que el tratamiento psicológico esté cubierto por la Seguridad Social no impide siempre la consideración de estos gastos como necesarios, porque la intervención de un profesional no integrado en el sistema público de salud puede estar justificada por la confianza que inspira, o por la agilidad de la prestación del servicio. Deben excluirse sin embargo los gastos de depilación, porque no se consideran necesarios.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 29 de marzo de 2012]

Sólo deben considerarse extraordinarios los correspondientes a la matrícula y al primer curso de la universidad privada, en cuanto suponen un aumento imprevisto de las necesidades educativas de la hija, pero no lo son los de matrícula y enseñanza del segundo curso, porque ya han dejado de ser imprevistos al constituir el núcleo de los gastos de educación ordinarios y perfectamente previsibles, por lo que la contribución del demandado a estos gastos debe tener lugar mediante el aumento, en su caso, de la pensión ordinaria de alimentos en el correspondiente procedimiento de modificación de medidas.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 29 de marzo de 2012]

Se reclaman los gastos de matrícula universitaria de psicología, y si bien los gastos educativos normalmente están incluidos en los alimentos se consideran como extraordinarios en el convenio suscrito por los cónyuges que, además, no distingue entre educación preuniversitaria y universitaria, y salvo oposición (que no consta) del padre a esa educación (que conocía) una es continuación de la otra y sus gastos también.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 28 de marzo de 2012]

La ejecutante debió hacer lo necesario para acreditar, por un profesional distinto al interviniente, que la continuación de la terapia psicológica con esa frecuencia es necesaria al ser insuficientes las 15 sesiones anuales incluidas en el seguro. A falta del consenso necesario o de la constancia de la necesidad del tratamiento y sus características (frecuencia, naturaleza, etc.) la oposición debe ser estimada.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 28 de marzo de 2012]

Se mantiene una obligación de alimentos flexible y atemperada a las circunstancias concurrentes, de modo que el padre sigue estando obligado al pago de la pensión alimenticia al hijo, pero cuya efectividad se suspende mientras el hijo continúe realizando una actividad

laboral que genere unos ingresos líquidos mensuales no inferiores al salario mínimo interprofesional, o prestación por desempleo en las mismas condiciones.

[TSJ Aragón, Sentencia de 21 de marzo de 2012]

Concurriendo causa de extinción de la pensión alimenticia de la hija mayor de edad cuando inició el máster, no puede obligarse al padre a que abone el 50% de su importe, pues con anterioridad la hija estuvo incorporada al mundo laboral, percibiendo ingresos superiores al SMI, que era el límite pactado en el convenio regulador para seguir percibiendo la pensión alimenticia.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 21 de marzo de 2012]

Al pasar los hijos más tiempo con el padre como consecuencia de establecerse la custodia compartida, procede reducir la cuantía de la pensión alimenticia, sin perjuicio de que el padre siga asumiendo en solitario los gastos de escolaridad, incluida la media pensión y el pago de la cuota de asistencia sanitaria.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 20 de enero de 2012]

PENSIÓN COMPENSATORIA

La extinción de la pensión compensatoria por haber contraído la ex esposa nuevo matrimonio motiva que también se extinga el pacto por el que el ex esposo se obligaba a seguir manteniendo la póliza médica en favor de aquella.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 30 de marzo de 2012]

Se confirma la extinción de la pensión compensatoria acordada por la Audiencia Provincial al considerarse acreditada la relación análoga a la marital, pues aunque la convivencia no fuese continuada bajo el mismo techo, el tercero acudía habitualmente a la vivienda e incluso se quedaba en ella muchos fines de semana.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2012]

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]

Aunque en el convenio regulador se fijase la pensión compensatoria por un término de 10 años, sin sujeción a ninguna otra condición que la extinción de este término, es procedente declarar su extinción cuando se acredita que la ex esposa convive maritalmente con un tercero, aun cuando se mantiene la validez del pacto en relación con el pago del préstamo hipotecario y gastos de uso del inmueble.

[TSJ Cataluña, Sentencia de 9 de febrero de 2012]

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]

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 vulnera ningún precepto legal ni la jurisprudencia de la Sala.

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

CUESTIONES PROCESALES

Es competente para conocer del expediente de jurisdicción voluntaria en solicitud de atribución de la facultad de decidir sobre el centro escolar en que deben cursar estudios los menores el Juzgado de Familia y no el de Violencia, ya que se trata de un procedimiento autónomo y completamente independiente al de divorcio.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 29 de marzo de 2012]

La falta de intervención del Ministerio Público en el acto de la vista y en la exploración del hijo común no puede conllevar la nulidad de actuaciones.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2012]

Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno, debiendo estarse a lo dispuesto en el capítulo III de este Título, en cuanto regula la oposición a la medida cautelar *inaudita parte* por el demandado, por el cauce de los artículos 739 y siguientes de la LEC.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 8 de marzo de 2012]

Corresponde a los Tribunales españoles la competencia para tramitar el procedimiento de divorcio, sin que sea necesaria la previa inscripción del matrimonio en el Registro Central, teniendo en cuenta que el certificado presentado lleva apostilla.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 1 de marzo de 2012]

Siempre que no se soliciten medidas provisionales, los efectos de la sentencia anterior operan hasta que, en su caso, se modifiquen por los de la nueva sentencia, la cual será determinativa si fija de nuevo el contenido de una obligación declarada. Los efectos retroactivos del incremento de la pensión de alimentos solo se pueden producir desde la fecha de la sentencia de primera instancia y no desde la demanda inicial.

[TSJ Cataluña, Sentencia de 20 de febrero de 2012]

CONVENIO REGULADOR

Que no se fije límite temporal a la obligación que asumió el esposo en el convenio regulador no es causa para pedir la nulidad de la cláusula.

[AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 26 de marzo de 2012]

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

De la cantidad reclamada por impago de pensiones alimenticias se descuenta las mensualidades en las que la hija estuvo trabajando.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 30 de marzo de 2012]

La ley es clara al excluir de la compensación las cantidades reclamadas en concepto de alimentos y por ello debe desestimarse la pretensión del padre, que pretende que se compense la deuda que dimana de la sentencia de divorcio con un crédito que dice tener contra la madre dimanante de la condena en una sentencia dictada en juicio ordinario por deudas derivadas de la acción de repetición seguida en sentido inverso por el pago de deudas comunes.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 29 de marzo de 2012]

Es obligación del esposo pagar la mitad de los gastos de la comunidad, y la obligación se extiende no solo a realizar el pago en la forma en la que venga establecida por los estatutos de aquella, sino también la de acreditar la realización del pago puntual a la ejecutante, en virtud del pacto aprobado por la sentencia que se ejecuta. El argumento que sostiene el recurrente de que quien únicamente tiene acción para reclamar el pago es la comunidad de propietarios no es más que un sofisma calificado de abuso de derecho inadmisibles por los tribunales de justicia.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 27 de marzo de 2012]

Se desestima la petición de suspensión de la ejecución por prejudicialidad penal, pues de ser ciertos los hechos denunciados, a saber, la sustracción por parte de la ejecutante de bienes del ejecutado, en ningún caso ello afectaría a la validez del título ejecutivo, la sentencia, ni a la validez del auto por el que se despacha ejecución ante el impago de la pensión compensatoria.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 27 de marzo de 2012]

Debe despacharse ejecución en el sentido de requerir a la demandada para que, en el ejercicio responsable de la patria potestad, se abstenga de conductas manipuladoras de la menor en contra del padre, y facilite las comunicaciones telefónicas entre ambos.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 23 de marzo de 2012]

No nos encontramos en presencia de un supuesto de retención ilícita de menores, pues a la fecha en que la progenitora femenina pone en conocimiento del padre su decisión de no regresar a Lisboa, y de fijar definitivamente su residencia y la de los menores en España, era ella quien de hecho la detentaba, o si se quiere, quien ejercía *de facto* las responsabilidades parentales, y fue decisión del propio padre abandonar el domicilio familiar dejando a los hijos en el entorno materno, limitando a partir de entonces sus contactos con los hijos comunes a las visitas.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 21 de marzo de 2012]

El padre optó por ingresar las cantidades adeudadas en concepto de pensiones alimenticias en una cuenta de la que también era él titular, por tanto para acreditar el pago no basta la prueba del ingreso de la cantidad adeudada, sino que también debería haber acreditado que aprovechó a su acreedora, prueba que no ha logrado.

[AP Albacete, Sec. 1.ª, Auto de 21 de marzo de 2012]

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

La sentencia que aprueba el cuaderno particional con el que mostraron su conformidad las partes puede ser ejecutada pues no solo tienen carácter declaratorio, debiendo por tanto continuar la ejecución en la que la esposa reclama el importe fijado como exceso de adjudicación.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 29 de marzo de 2012]

La aportación de la nuda propiedad que tenía el demandado sobre el solar a la sociedad de gananciales fue a título oneroso, valorándose a efectos fiscales en 1.943,07 euros, por lo que de conformidad con el artículo 1.398 del CC procede incluir en el pasivo de la sociedad una deuda con el demandado por su importe actualizado.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2012]

Las acciones fueron adquiridas por la esposa a sus padres vigente la sociedad de gananciales, tal como consta en la escritura pública, por lo que el documento privado resulta insuficiente para acreditar que fue una donación de su padre a la hija.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2012]

Los actos de disposición realizados en épocas de normal convivencia matrimonial, por la presunción de ganancialidad, habrá que presumir, salvo prueba en contrario, que se realizaron en beneficio de la familia y se invirtieron en las atenciones y gastos de cargo de la sociedad de gananciales, pero si el acto dispositivo tiene lugar tras producirse la crisis matrimonial, al existir la fundada sospecha de que el cónyuge pueda anteponer en su actuación el interés propio al de la familia, deberá probar que el acto de disposición realizado redundó en interés o provecho de la familia para que no se presuma que se realizó en beneficio o lucro exclusivo del cónyuge disponente.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2012]

El ex esposo no puede ejercitar la acción de rescisión por lesión de la liquidación de gananciales, ya que en la misma no se incluyó la valoración de los bienes, lo que implica una renuncia, al menos, tácita al ejercicio de la acción.

[AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 26 de marzo de 2012]

Se desestima la acción de adición a la liquidación de la sociedad de gananciales, ya que no puede posteriormente incluirse en el acervo común un bien que libremente fue excluido en la liquidación que pactaron en el convenio regulador.

[AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 21 de marzo de 2012]

Se deniega el despacho de ejecución de la sentencia dictada en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, dado que se pretende la ejecución dineraria de uno de los puntos ignorando el contenido de otros puntos que condicionan el cumplimiento de aquél.

[AP Cádiz, Sec. 5.ª, Auto de 16 de marzo de 2012]

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Es cierto que el informe pericial en su apartado valoración final concluye que podría dejarse en suspenso la ejecución de la tutela acordada por la Entidad Pública, pero también lo es que lo condiciona a un triple seguimiento, y la participación activa de los progenitores en estos seguimientos y la continuidad en dicha participación no puede considerarse segura, por lo que se considera más adecuado para el interés del menor mantener la medida de protección.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012]

La impugnación de la correspondiente resolución administrativa ha de discurrir necesariamente por los trámites del art. 780 de la LEC, y ello sin perjuicio de que, entablado el correspondiente procedimiento, pudiera solicitarse, en tanto se pone fin al mismo, la adopción de las correspondientes medidas cautelares, al amparo del citado art. 158. Entenderlo de otro modo, habilitando esta última vía al margen de aquel *iter* procesal *ad hoc*, podría conducir al absoluto contrasentido jurídico-procesal de restituir a un menor al seno de sus padres sin solicitar al mismo tiempo la revocación de la resolución administrativa.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 27 de marzo de 2012]

No puede constituirse la tutela solicitada por los abuelos respecto de tres nietos, pues aunque se ha constituido por la autoridad marroquí la kafala, los padres no están privados de la patria potestad, siendo por otro lado indisponibles las funciones de la patria potestad.

[AP Cádiz, Sec. 5.ª, Auto de 23 de marzo de 2012]

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]

FILIACIÓN

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]

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]

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]

UNIONES DE HECHO

Se declara que una finca rústica pertenece a dos personas que mantuvieron una relación sentimental aunque figuraba inscrita exclusivamente a nombre de una sola de ellas, pues se acreditó que la compra se hizo para ambos y que los dos aportaron dinero.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2012]

No cabe hablar de comodato porque el mismo, de haber existido, concluyó al romperse la relación sentimental, ya que lo que justificaba la permanencia de la mujer en la vivienda era la referida relación y tampoco tenía otro derecho al carecer de título que lo sostuviera, permitiéndoselo gratuitamente el actor, antes del incidente, hasta que se trasladara a otra ciudad.

[AP Cádiz, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de marzo de 2012]

SUCESIONES

Nulidad del contrato de compraventa de una finca que forma parte del 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]

Revocación presunta del testamento por separación de hecho del causante y la instituida heredera ante la falta de prueba de la voluntad de favorecerla a pesar de la separación. En el art. 132 del Código de Sucesiones se parte de una presunción *iuris tantum* de revocación de la institución de heredero por motivos sobrevenidos al acto de últimas voluntades, tales como la nulidad, la separación legal o el divorcio, pero también la separación de hecho constitutiva de causa de separación o divorcio del causante, que es el supuesto enjuiciado.

[TSJ Cataluña, Sentencia de 5 de enero de 2012]

OTRAS CUESTIONES

El recurso es inadmisibile, y del examen de los escritos de oposición a la ejecución y de formalización del recurso cabe concluir que ambos escritos pueden constituir actos en fraude procesal y de expreso desprecio a lo que representa la administración de justicia, por lo que procede acordar la incoación del expediente gubernativo.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 30 de marzo de 2012]

En la tesitura de nombrar tutor a uno u otro de los hijos de la incapaz, siendo ambos idóneos, la decisión del juez de optar por uno de ellos entra dentro de las facultades casi discrecionales que la ley otorga al Juzgador, sin haber incurrido, en modo alguno, en arbitrariedad, por lo que no se encuentran motivos hábiles en derecho que, atendido el

interés preferente de la incapaz, nos lleven a discrepar del criterio decisorio objeto de impugnación.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012]

Nulidad de la compraventa celebrada entre la madre y uno de sus hijos al tratarse de un negocio simulado, no pudiéndose dar validez a la donación encubierta.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de marzo 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 reseñas 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: *redaciv@lexnova.es*. 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.