

DIRECTOR: ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN

Magistrado

Nº 55

Revista de

Derecho de Familia

© Lex Nova 2012

Lex Nova, S.A.U.

Edificio Lex Nova.
General Solchaga, 3
47008 Valladolid
Tel. 983 457038
Fax 983 457224
E-mail: clientes@lexnova.es

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

Dirección General:

Daniel Tejada Benavides

Esta revista ha sido coordinada por Antonio Javier Pérez Martín, con la colaboración de Lexfamily 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. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

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

Lex Nova no asume responsabilidad alguna consecuente de la utilización o no 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, por ello, se encuentra integrada en los catálogos de publicaciones científicas.

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 edición digital 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

DIRECTOR

ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN

Magistrado

LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN EL PUNTO DE MIRA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Aunque las cuestiones relacionadas con la liquidación de la sociedad de gananciales han desaparecido de las sentencias del Tribunal Supremo, lo cual lamentamos enormemente, la pensión compensatoria se ha convertido en un tema habitual de los recursos por infracción procesal y casación. Recientemente, nuestro alto tribunal ha resuelto cuatro recursos de casación en los que ha analizado diversos aspectos de esta pensión.

En la Sentencia 24 de noviembre de 2011 se plantean las siguientes cuestiones: a) ¿puede acordarse o no una pensión compensatoria temporal en modificación de medidas, cuando en la sentencia de divorcio se estableció sin ningún límite?, y b) ¿la atribución de bienes concretos en la liquidación de la sociedad de gananciales constituye un supuesto de alteración sustancial de la fortuna de uno de los cónyuges? Respecto a la primera cuestión llegó a la conclusión de que, en principio, la pensión es un derecho que no sufrirá alteraciones, a no ser que se produzca el supuesto de hecho del art. 100 CC. Por ello, dentro de la expresión «modificación por alteraciones sustanciales» debe incluirse la temporalización de una pensión acordada en principio como vitalicia. En cuanto a la segunda, la Sala cita su Sentencia 864/2010, de 19 de enero, que recoge la doctrina jurisprudencial según la cual «para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios (énfasis añadido) y su situación anterior al matrimonio», y finaliza declarando que la posterior adjudicación a la esposa de bienes gananciales en exclusiva por un valor superior a los cuatro millones de euros determina la concurrencia de una alteración sustancial en su fortuna, porque a partir del momento de la adjudicación ostenta la titularidad exclusiva de los bienes adjudicados, lo que le va a permitir una gestión independiente, y por ello entiende que es procedente la limitación temporal de la pensión.

Con fecha 10 de enero de 2012, dictó nueva Sentencia el Tribunal Supremo en un asunto en el que la cuestión nuclear era la pensión compensatoria que se fijó en el divorcio a pesar de la breve duración del matrimonio (4 años) condicionándola hasta que la esposa encontrase un nuevo trabajo, pues aunque trabajó durante el matrimonio, no lo hacía en el momento de la ruptura. El ex esposo entendía que debería haberse fijado un límite temporal, no siendo correcto hacer depender su mantenimiento de una circunstancia —que obtenga trabajo— exclusivamente dependiente de la voluntad de la perceptora. Interpreta la Sentencia de casación que si la Audiencia Provincial no fijó un determinado número de años para la vigencia de la pensión compensatoria sería porque *a priori* ello era imposible en atención a las circunstancias, concluyendo que la pensión compensatoria no es un

instrumento o mecanismo de previsión anticipada de necesidades futuras, ni es posible al órgano judicial condicionar el reconocimiento de la pensión a una eventualidad futura como la pérdida de empleo, ni la futura obtención del mismo puede valorarse anticipadamente, como condición que permita privar del derecho a la beneficiaria que acceda al mercado laboral. De acontecer esta circunstancia, ha de valorarse como un cambio de las circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento. Teniendo la Audiencia Provincial dos alternativas posibles, si no resolvió restringir temporalmente la percepción, solo cabe entender que acordó su reconocimiento con carácter vitalicio, de forma que la hipotética obtención de empleo por la perceptora habría de valorarse en el momento que se produzca, al objeto de que el recurrente pueda solicitar la extinción del derecho por cambio de circunstancias, en particular por la desaparición del desequilibrio que lo motivó.

En la tercera Sentencia, de fecha 23 de enero de 2012, constituía el objeto de enjuiciamiento la pensión compensatoria que venía percibiendo la esposa que, a pesar de tener la cualificación profesional de enfermera y encontrarse en excedencia, venía percibiendo desde hacía bastantes años, dándose la circunstancia de que llevaba más de diecisiete años sin ejercer su profesión. El juzgado de Primera Instancia mantuvo la pensión, pero la Audiencia Provincial de Madrid acordó su extinción, decisión que confirmó el Tribunal Supremo con el argumento de que, pese a haberse apreciado una situación inicial de desequilibrio, que generó derecho a pensión, puede también después apreciarse que el tiempo transcurrido entre la sentencia de separación y la de divorcio ha sido suficiente para que la esposa, dadas las circunstancias, se reincorpore a su puesto de trabajo fijo como enfermera, y con ello subvenir por sí misma a sus necesidades, no apreciándose ningún impedimento o incapacidad física o psíquica de aquella para trabajar como enfermera (al disponer de puesto fijo como personal estatutario en la Clínica «Puerta de Hierro» de Madrid), lo que implica que la superación del desequilibrio estaba a partir de entonces en su mano y no dependía ni tan siquiera del éxito en la búsqueda de empleo. La Sentencia concluyó indicando que no puede olvidarse que una cosa es que la dedicación de la esposa a la familia le haya privado durante los años de excedencia de los ingresos correspondientes a su empleo y de alcanzar sus expectativas de desarrollo profesional como enfermera, y otra, bien distinta, que sea posible equiparar esa pérdida con los ingresos que ha venido percibiendo y percibe su ex marido por el ejercicio de una actividad profesional como la de cirujano, más cualificada y, por ello, mucho mejor retribuida (la diferencia de ingresos no tiene su origen en el matrimonio pues habría sido la misma si la esposa, en lugar de dedicarse a la familia, hubiera trabajado todo este tiempo, hasta su disolución).

Por último, en la sentencia más próxima en el tiempo, de fecha 9 de febrero de 2012, se cuestionaba si existía o no causa para la extinción de la pensión compensatoria en base a la convivencia marital de la ex esposa con un tercero. La Sentencia del Juzgado acordó la extinción de la pensión, mientras que la Audiencia Provincial de Valladolid mantuvo su vigencia, casándose esta decisión por el Tribunal Supremo que confirmó la decisión del Juzgado de extinguir la pensión. El debate se centró en el significado de la expresión «vida marital» que se contiene en el art. 101.1 del Código Civil. En la doctrina se han mantenido dos posturas: la de quienes entienden que el Código civil utiliza la expresión «vivir maritalmente» como equivalente a convivencia matrimonial, y la de quienes entienden que cualquier tipo de convivencia estable de pareja lleva a la extinción de la pensión

y que no quedan incluidas las convivencias ocasionales o esporádicas. Para darle sentido a dicha regla, señala la Sentencia del Tribunal Supremo, deben utilizarse dos cánones interpretativos: el de la finalidad de la norma y el de la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada. De acuerdo con el primero, la razón por la que se introdujo esta causa de extinción de la pensión compensatoria fue la de evitar que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, precisamente para impedir la pérdida de la pensión compensatoria, ya que se preveía inicialmente solo como causa de pérdida el nuevo matrimonio del cónyuge acreedor. Utilizando el segundo canon interpretativo, es decir, el relativo a la realidad social del tiempo en que la norma debe aplicarse, debe señalarse asimismo que la calificación de la expresión «vida marital con otra persona» puede hacerse desde dos puntos de vista distintos: uno, desde el subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma; otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable. En general, se sostiene que se produce esta convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, *more uxorio*, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones. La Sentencia concluyó declarando que la convivencia de la ex esposa con una tercera persona durante un año y medio, que la propia implicada reconoció haberse producido y que la sentencia recurrida tiene por cierta, tuvo el carácter de «vida marital» a los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, de acuerdo con lo establecido en el art. 101 CC. Y ello por las siguientes razones: a) La valoración de la prueba efectuada por la sentencia recurrida admite que se produjo una relación sentimental de un año y medio de duración, que no se había ocultado, siendo conocida por amigos y familiares, siendo pública en actos sociales; b) Aunque al parecer no se produjo una convivencia continuada bajo el mismo techo, se habían producido continuas permanencias y/o visitas de uno en el domicilio del otro, encuentros de manera pública en compañía del Sr. Victorio en su vehículo y en diversos establecimientos hosteleros de la ciudad y sus alrededores; c) Estas relaciones tuvieron las características de permanencia: duraron un año y medio; fueron exclusivas mientras duraron, y dieron a entender en el entorno social de los convivientes que se trataba de relaciones sentimentales con una cierta estabilidad, tal como se deduce de los hechos declarados probados y asumidos en la sentencia recurrida; d) Los hechos probados permiten aplicar la anterior interpretación de lo que debe entenderse por «vida marital» en el art. 101 CC.

ÍNDICE GENERAL

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA NO SEPARACIÓN DE LOS HERMANOS EN LA CRISIS MATRIMONIAL O DE PAREJA Y EN OTRAS CIRCUNSTANCIAS

M.ª Angustias Martos Calabrús 27

ALGUNAS CONSIDERACIONES PRÁCTICAS SOBRE LOS PROCESOS DE DIVISIÓN JUDICIAL DE PATRIMONIOS: HERENCIAS Y GANANCIALES

Juan José Reyes Gallur 43

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 63

División de cosa común 63

En un procedimiento de división de cosa común, se deja sin efecto la adjudicación de la vivienda al ex esposo por 600 euros dado que, para el caso de que no existan postores en la subasta, no es de aplicación analógica lo establecido en los arts. 651 y 671 de la LEC.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 182/2011, de 21 de noviembre 63

Cuestiones penales 66

No se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por negarse legitimación a un cónyuge, separado legalmente, para interponer contra el otro querrela por supuestos delitos de estafa y apropiación indebida, dado que la interpretación que hizo el tribunal del art. 103.1 de la LECrim es correcta y adecuada.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 190/2011, de 12 de diciembre 66

TRIBUNAL SUPREMO 72

Vivienda familiar 72

El Tribunal Supremo deja sin efecto la limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar acordada por la Audiencia Provincial, aplicando la doctrina jurisprudencial reiterada en cuanto a que no cabe limitación alguna cuando existen hijos menores.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de junio de 2011 72

Pensión alimenticia	74
<p>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 artículo 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.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de junio de 2011</i>	74
Pensión compensatoria	76
<p>Se limita a tres años el periodo para seguir percibiendo la pensión compensatoria fijada sin límite temporal en la sentencia de divorcio en base a la pasividad de la ex esposa en orden a la obtención de un empleo que le permitiese alcanzar una situación de independencia económica.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de junio de 2011</i>	76
<p>Por el simple hecho de que el esposo tenga mayores ingresos que la esposa no nace el derecho a la pensión compensatoria, pues es necesario confrontar la situación inmediatamente anterior a la ruptura con la que van a tener que soportar a resultas de esta.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de junio de 2011</i>	80
<p>Fijada la pensión compensatoria, su extinción queda 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.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de junio de 2011</i>	88
Regímenes económicos matrimoniales	93
<p>Se anula la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial y se acuerda que se practiquen las pruebas propuestas y admitidas por la esposa y que no pudieron practicarse en primera instancia por causa ajena a la misma, denegando su práctica en segunda instancia la Audiencia, pues dicha denegación vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, habida cuenta que estas pruebas pueden ser decisivas para las pretensiones de aquélla.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de junio de 2011</i>	93
Filiación	97
<p>Eficacia de la negativa a someterse a la práctica de la prueba biológica efectuada por el demandado en la pieza separada de prueba anticipada sin que fuese necesario reiterar su práctica en la fase de prueba del procedimiento principal. La prueba testifical acreditaba que la única relación sentimental que conocidamente tenía la madre al tiempo de la concepción fue con el demandado.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de junio de 2011</i>	97

	<u>Página</u>
Procedimiento de menores	101
<p>No es posible la vuelta de la menor con su padre biológico pues, tras fracasar el acogimiento con la familia extensa, este no mostró interés en relacionarse con su hija durante años, habiéndose integrado la menor plenamente con una familia de acogida.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 13 de junio de 2011</i>	101
Uniones de hecho	105
<p>Se reconoce la existencia de una pareja de hecho y se fija a favor de la conviviente una indemnización por enriquecimiento injusto de 60.000 euros que deberán abonar los herederos del compañero sentimental fallecido. Dado que la indemnización se fija en atención al trabajo realizado por aquella para las empresas del difunto no procede fijar un porcentaje en sus bienes.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de mayo de 2011</i>	105
<p>Se fija unos periodos de relación personal a favor de la compañera sentimental de la madre respecto de un hijo concebido por inseminación artificial. Aunque aquella no tiene la categoría de progenitor, tiene la situación jurídica de «allegado», lo que permite el establecimiento del derecho a la relación.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 12 de mayo de 2011</i>	110
<p>El premio de lotería recibido por la integrante de la pareja de hecho fue ingresado en una cuenta de su exclusiva titularidad, por lo que no puede deducirse que quisiesen compartir las ganancias, habiéndose acreditado que gozaron de independencia económica, sin perjuicio de que decidieran comprar una vivienda por partes iguales y abrir unas cuentas corrientes para domiciliar algunos gastos comunes.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de junio de 2011</i>	115
Sucesiones	119
<p>No siendo los bienes divisibles, y presentando gran magnitud las diferencias de valor de los lotes propuestos, se encuentra procedente que para poner fin a la comunidad de bienes se vendan en pública subasta, repartiéndose el precio entre los condóminos en proporción a sus respectivas cuotas.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de mayo de 2011</i>	119
<p>Se declara la nulidad de la partición llevada a efecto sin la intervención de contador partidor al existir intereses contrapuestos con la titular de la patria potestad ya que también se liquidó la sociedad de gananciales, y además, la viuda no podía adjudicarse bienes en pago del usufructo viudal sin el consentimiento expreso de todos los herederos. No puede negarse con carácter general la legitimación de un coheredero —hija extramatrimonial— para ejercitar la acción de nulidad.</p>	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de junio de 2011</i>	121

Derecho a la intimidad 124

La obligación de indemnizar por la lesión al derecho a la intimidad (publicación de reportaje en un periódico referente a un conflicto familiar en el que se encuentra implicada una menor de edad) deriva de un ilícito extracontractual, y los condenados (la madre, el periodista, el director del periódico y la entidad propietaria del mismo) deben responder solidariamente de la indemnización fijada.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2011 124

Cuestiones penales 128

Se condena al esposo a la pena de ocho meses de prisión como autor de un delito de falsificación de un certificado de una guardería y cuatro certificados supuestamente emitidos por el Colegio Notarial que aportó al procedimiento matrimonial.

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 30 de mayo de 2011 128

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Guarda y custodia 134

En atención a que el menor tiene dos años de edad y atendiendo a la prueba pericial practicada resulta más conveniente la custodia individual y no la compartida, como acordó la Audiencia Provincial. Por otro lado, no debe establecerse la custodia compartida sin contar con el plan de relaciones familiares que la ley exige.

TSJ de Aragón, Sentencia de 13 de julio de 2011 134

Pensión compensatoria 137

La diferencia de ingresos entre la esposa y el esposo justifican una pensión compensatoria de 3.000 euros en favor de aquella.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 25 de julio de 2011 137

Indemnización por extinción del régimen de separación de bienes 139

Para la fijación del importe de la compensación por extinción del régimen de separación de bienes no deben computarse ni el patrimonio del esposo que recibió por herencia, ni las plusvalías de tales bienes por el transcurso del tiempo o por las oscilaciones del mercado, pero sí la rentabilidad que ha extraído de los mismos.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 12 de julio de 2011 139

La determinación de la cuantía de la compensación es competencia del juzgador de instancia sobre la base de las pruebas practicadas, deviniendo inadmisibles su acceso a la casación.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 25 de julio de 2011 140

La compensación por la extinción del régimen de separación de bienes no puede tener el efecto propio de la sociedad de gananciales ni tiene por qué producir igualdad de patrimonios. En el presente caso, salvo en un periodo de seis años, la esposa compaginó su actividad profesional con la dedicación a la casa y a los hijos

	<u>Página</u>
contando también con ayuda externa, habiendo recibido además de su esposo un patrimonio valorado en casi un millón de euros, por lo que no procede fijar compensación alguna.	
<i>TSJ de Cataluña, Sentencia de 25 de julio de 2011</i>	143
Disposición de bienes entre padres e hijos	145
No existe fraude de ley en el contrato de vitalicio suscrito en 2004 cediendo los bienes a personas de confianza con quienes se convive para asegurarse su asistencia y cuidados, pues no se llevó a efecto como medio para eludir los derechos legitimarios de la actora, declarada judicialmente hija del cedente-alimentista el mismo año 2004.	
<i>TSJ Galicia, Sentencia de 12 de septiembre de 2011</i>	145
 AUDIENCIAS PROVINCIALES	
Separación, divorcio y nulidad	149
El matrimonio fue simulado para obtener los beneficios de nacionalidad y administrativos que el matrimonio con español conlleva. El matrimonio nulo <i>ab initio</i> no puede ser convalidado <i>a posteriori</i> por la <i> affectio coniugalis</i> sobrevenida, pues es en el momento de su celebración cuando debe existir el consentimiento no viciado de ambos contrayentes.	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2011</i>	149
Patria potestad	150
Dado que el padre no se ha hecho cargo del menor ni ha contribuido ni contribuye a sus cargas de manutención y cuidados y que, tal como se afirma en la sentencia recurrida, se ha trasladado a vivir a Bolivia, ha incumplido y difícilmente puede cumplir los deberes inherentes a la patria potestad recogidos en el art. 154 del CC, con las consiguientes dificultades que puedan plantearse a la madre a la hora de tomar decisiones que afecten a dicho menor, y por tanto debe atribuirse a ésta el poder de decisión.	
<i>AP Navarra, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	150
Por vía del artículo 158 del CC y a instancia del Ministerio Fiscal se suspende a los padres la patria potestad y se atribuye la tutela a la entidad pública, pues ambos son consumidores de sustancias tóxicas y la convivencia viene presidida por el conflicto, la agresividad y la violencia.	
<i>AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 28 de septiembre de 2011</i>	151
Al estar el padre incapacitado legalmente procede atribuir el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre, sin que la tutora del padre pueda suplir en este caso su incapacidad.	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2011</i>	154

Guarda y custodia 155

La madre cumple el extenso régimen de visitas establecido en la sentencia, lo que obliga a muy frecuentes viajes en autobús, de más de hora y media, lo que implica levantar a la niña muy temprano para ir al colegio en Sagunto donde reside con el padre. Atendidas las circunstancias concurrentes y los trastornos que para la menor supone el régimen de visitas establecido, se considera más adecuado restablecer la custodia materna, con un régimen de visitas para el progenitor, que dispone de vehículo y un mayor nivel económico que le permitirá visitar a su hija en la población de residencia de esta y asumir el coste de los viajes.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011 155

En la interacción de la menor con el padre se destaca que éste acepta el comportamiento errático y autoritario de la hija, le pide permiso para intervenir y se somete a las pautas que le dicta la menor, sin poner límites a su conducta, pone en manos de la menor decisiones que exceden de su rol, que dota a la niña de un poder que no le corresponde ni le beneficia, así como falta de límites, por lo que presenta habilidades educativas deficientes para el desarrollo de la menor.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011 157

La hija, nacida en el año 1996, y el hijo, nacido en el año 1997, han expresado su deseo de convivir con su padre, y esta decisión de ambos no responde al mero capricho, a la existencia de puntuales enfrentamientos y discrepancias con su madre, ni a simple deseo injustificado.

AP Navarra, Sec. 2.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2011 159

La guarda y custodia compartida se vincula claramente al interés manifiesto del padre de continuar con el uso de la vivienda familiar, y por eso no se estima que sea el sistema más adecuado para los hijos.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2011 162

La existencia de un hijo de una relación anterior no puede ser tenida en cuenta para atribuir la custodia al padre, dado que la menor siempre ha estado cuidada por la madre.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2011 162

Se atribuye la custodia de los hijos a favor de la madre dado que las diligencias penales iniciadas por el episodio surgido entre madre y la hija a propósito de una discusión doméstica han derivado en una petición del Ministerio Fiscal interesando el sobreseimiento.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2011 163

La custodia compartida no procede, pues la compatibilización de la actividad profesional y el cuidado de los hijos debe producirse tanto antes como después de la ruptura de la convivencia para ser creíble como actitud y compromiso de los progenitores.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2011 164

	<u>Página</u>
Las condiciones psicológicas del padre son más favorables para atribuirle la custodia, pues la madre no consigue corregir determinadas conductas del menor.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2011</i>	165
Era necesario un cambio en el sistema de custodia que se venía aplicando, considerándose que la custodia compartida es más beneficiosa para la menor, que «está presentando una serie de síntomas que denotan el comienzo de una lesión emocional por la ausencia de la figura materna, síntomas que se han contrastado con el director y la psicóloga del colegio a la que asiste la menor y que consisten en problemas de adaptación». No debe ser obstáculo para esta decisión la escasa relación entre los padres, dado que no existe enfrentamiento entre ellos.	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 22 de septiembre de 2011</i>	166
Los 15 años del hijo pesan decisivamente en el momento de modificar la custodia, pues ha manifestado con reiteración que quiere convivir con la madre, lo que no significa que el padre no haya ejercido correctamente las funciones de la guarda pactada en el convenio regulador.	
<i>APA Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2011</i>	168
Régimen de visitas	169
La suspensión del régimen de visitas acordada en la jurisdicción penal no puede ser modificada en el procedimiento de divorcio, pues no consta que aquella haya sido modificada o dejada sin efecto.	
<i>APA Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	169
Carece de fundamento la pretensión de la madre de restringir el régimen de visitas cuando precisamente la falta de contacto del menor con su padre ha sido motivada por la resistencia de aquella a cumplir lo que ya había quedado resuelto mediante el oportuno Auto de Medidas Provisionales.	
<i>AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	170
No ha quedado acreditado que una estancia prolongada del menor en el entorno paterno durante el período estival altere la rutina que el mismo precisa en mayor grado que el trasiego quincenal que postula la madre.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	170
La posible vigencia de una orden de alejamiento entre ambos progenitores no conlleva otra consecuencia que la prohibición contenida en aquélla, que no afecta directamente al hijo común, siendo procedente por tanto la fijación del régimen de visitas.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	172
Se deja sin efecto la visita intersemanal fijada por el Juzgado sin previa petición de los padres ya que por la distancia de los domicilios y por el horario laboral del padre aquella resulta inviable.	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2011</i>	173

Se desestima la demanda de modificación presentada por la madre para reducir las visitas de la hija con el padre pues los trastornos de ansiedad que se alegan no constan debidamente acreditados, ni que, de producirse, sean consecuencia de la relación paterno-filial.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2011 174

Vivienda familiar 175

No cabe dentro del proceso matrimonial, ante la falta de acuerdo de los litigantes, segregar o independizar las estancias de plantas de la vivienda, creando dos viviendas como solicita el esposo.

AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011 175

Habiendo transcurrido el plazo de uso de la vivienda familiar pactado por los cónyuges en el convenio regulador no puede concederse una prórroga, pues los pactos deben ser cumplidos en sus propios términos.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2011 176

La prioridad de protección favorecería al derecho de uso que se hubiese atribuido judicialmente y tenido acceso al Registro de la Propiedad antes de la constitución de la carga hipotecaria, pero cuando no ha llegado a inscribirse, habrá que estar en tal caso, para determinar su mantenimiento, a lo dispuesto en los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, pues la decisión dependerá de la consideración o no como tercero protegido por la fe pública registral que se otorgue al adquirente del bien hipotecado, circunstancia acreditada por la entidad bancaria hipotecante y adjudicataria del inmueble.

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2011 177

La madre abandonó el domicilio familiar para vivir en otro con su nueva pareja y no es correcto que ahora, después de lo firmado, pretenda el uso del domicilio familiar; rompa la seguridad jurídica creada por ella misma.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2011 179

Dada la enfermedad irreversible del hijo mayor de edad y en proceso de incapacitación, no procede fijar límite temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2011 180

El desplazamiento temporal del hijo fuera del domicilio familiar por razón de estudios no afecta, por sí solo, al derecho prioritario que le reconoce el párrafo primero del artículo 96 CC.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2011 181

Si la vivienda, como es el caso, pertenece a título de propiedad a la actora, no es necesario ni el consentimiento del otro cónyuge, ni autorización judicial para la venta.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 26 de septiembre de 2011 181

	<u>Página</u>
Pensión alimenticia	182
<p>Si bien es cierto que con la resolución del contrato de arrendamiento a instancia del arrendatario se ha extinguido la única fuente de ingresos del padre, también lo es que no se ha acreditado que esa situación sea prolongada en el tiempo, pues el inmueble puede ser puesto de nuevo en el mercado de alquiler, ser arrendado y seguir produciendo ingresos.</p>	
<i>AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	182
<p>Abandonó sus estudios, tiene pareja estable, durante aproximadamente tres meses llegaron a vivir juntos en una casa «ocupa», si bien la joven refiere que por insistencia de los padres de su novio éste regresó a su casa. Tales condicionantes sin duda escapan de los presupuestos del artículo 93.2 del CC y por lo tanto no procede fijar pensión alimenticia en el proceso matrimonial.</p>	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	184
<p>Si tenemos en cuenta la prestación por desempleo, así como la indemnización, ya percibida, prorrateadas mensualmente durante tres años al menos, es lo cierto que la situación del padre no ha variado esencialmente.</p>	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	185
<p>Todo el planteamiento del recurso de apelación interpuesto se hace descansar sobre el supuesto de hecho, completamente gratuito y apoyado en meras conjeturas de la parte apelante, de que el demandante no realiza una jornada laboral completa, sino de sólo cuatro horas diarias, por su exclusiva voluntad, cuando lo cierto es que no existen en autos indicios algunos que pudieran llevar a sostener que la radical y sustancial pérdida de ingresos del demandante tiene su origen en acto alguno dependiente de su propia voluntad; además, su situación económica no es meramente transitoria, sino que se viene manteniendo de forma prolongada en el tiempo.</p>	
<i>AP Navarra, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	185
<p>La circunstancia reconocida también en su interrogatorio por el demandado de que satisfacía 250 euros al mes por la adquisición de un vehículo nuevo contradice la alegada precariedad económica, por lo que debe desestimarse la petición de rebaja de la cuantía de la pensión alimenticia.</p>	
<i>AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	188
<p>No es de recibo que se alegue, <i>grosso modo</i>, que el rendimiento económico de la actividad laboral del demandado ha disminuido considerablemente debido a la crisis económica que venimos padeciendo, pues de ser ello cierto no encontramos en la contestación a la demanda ninguna referencia a los mayores o menores ingresos líquidos que venga percibiendo, limitándose a aportar unas declaraciones de la renta que nada aclaran.</p>	
<i>AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	189
<p>Se considera gasto extraordinario el coste del permiso de conducir del hijo, resultando de la declaración de este último que comunicó al progenitor su intención de obtenerlo y éste no mostró oposición a ello, lo que supone manifestación tácita</p>	

de consentimiento para que realizare la actividad y, en consecuencia, voluntad de asumir la mitad del coste.	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 29 de septiembre de 2011</i>	190
No poner en conocimiento del padre la existencia de un gasto extraordinario no le libera de la obligación de su participación en el pago, pues tras la demanda ejecutiva ha conocido de su existencia al presentarse la prescripción médica y facturación de tales dispendios. El ejecutado puede efectuar su protesta de la tardía notificación de los gastos, pues pudo haberlos satisfecho sin necesidad de acudir al proceso de ejecución, pero una vez conocidos pudo también mostrar su conformidad con ellos, solicitando la no imposición de costas en la ejecución.	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 29 de septiembre de 2011</i>	190
Pensión compensatoria	191
El status económico-laboral de la esposa le permite afrontar de modo autónomo sus propias necesidades, lo que, no obstante la superior capacidad económica del esposo, excluye la posible proyección al caso de las previsiones que, sobre compensación pecuniaria, recoge el artículo 97 del CC.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	191
No se fija pensión compensatoria al no acreditarse que el esposo perciba salario o renta alguna, debiendo tenerse en cuenta que los activos familiares radican por una parte en bienes gananciales o en otra forma comunes pendientes de liquidar y por otro lado de los rendimientos de una sociedad limitada que ambos cónyuges participan al cincuenta por ciento y de la que son administradores solidarios.	
<i>AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	192
El acuerdo provisional al que llegaron las partes en medidas provisionales no puede interpretarse como una renuncia a la pensión compensatoria.	
<i>AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	193
El demandado fundó su pretensión de limitar la cuantía de la pensión a cinco años en que la actora podría disfrutar de una pensión no contributiva de jubilación de unos 400 euros cuando alcance los 65 años. Obviamente esta posibilidad no puede tomarse en consideración, tratándose de un suceso futuro e incierto y, además, no se ha acreditado la concurrencia de los requisitos para que la actora pueda acceder a tal prestación, por lo que no procede fijar una limitación temporal.	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	194
El cobro por la ex esposa de una pensión por jubilación de la Seguridad Social es causa suficiente para reducir la cuantía de la pensión compensatoria.	
<i>AP Huesca, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	195
La situación laboral de la esposa se caracteriza por la inestabilidad laboral con contratos temporales y unos ingresos que oscilan entre los 500 y 700 euros mensuales, situación que contrasta con la solidez económica e ingresos del esposo, por lo que concurren los requisitos para fijar la pensión compensatoria.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	195

La ex esposa ha trabajado, constante el matrimonio, y ahora tras el cese de la convivencia conyugal, sin que conste de alta formal en la actividad laboral actual que desarrolla sin contrato, por lo que no se aprecia la existencia de desequilibrio económico como consecuencia del divorcio.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2011 196

El ex esposo, con independencia de haberse dado de baja como autónomo, continúa desarrollando su actividad profesional como agente comercial realizando trabajos de mediación, es titular de un vehículo de la marca Jaguar, por lo que no entendemos que se haya producido un cambio de circunstancias para modificar la pensión compensatoria.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2011 197

Convenio regulador 199

Validez y eficacia de la cláusula pactada por los cónyuges en el convenio regulador de aumento automático de la pensión alimenticia en 400 euros para el caso de que la nueva unidad familiar formada por la madre y por sus hijos abandone la vivienda que habitan, por cualquier causa, cantidad a destinar, total o parcialmente, a la adquisición de la vivienda o al pago de la renta por arrendamiento.

AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2011 199

Partiendo de que incumbía a la parte actora acreditar los hechos base de su pretensión, de la prueba practicada en autos no se acreditaba que la esposa hubiere sido sometida a firmar un convenio regulador de manera dolosa ni fuere coaccionada. En cuanto a la renuncia que en el convenio regulador realizan los esposos a la pensión compensatoria, aun cuando hubiere existido un desequilibrio económico en las posiciones de las partes, ello no podría llevar consigo la anulación de la cláusula.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 26 de septiembre de 2011 200

Las partes suscribieron el día 9 de septiembre de 2009 un «convenio y/o acuerdo de divorcio» por el cual, «D. Jerónimo se obliga a pagar hasta el 11 de agosto de 2008 a su esposa 3.000 euros mensuales por manutención de separación». Dicha obligación fue cumplida puntualmente por él a excepción de la suma final de 4.100 euros, coincidiendo con el momento de ser dictada la sentencia en Alemania. Por tanto, y no existiendo causa alguna acreditada ni probada por el recurrente que reste validez a lo pactado libremente entre las partes, procede dar plena validez a la reclamación efectuada con base en los propios pactos alcanzados por ello y que fueron cumplidos por el propio demandado.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 8 de septiembre de 2011 201

Se acuerda el pago del impuesto de donaciones por parte del ejecutado, pues se pactó que «asumirá el coste de adquisición de una vivienda que constituirá la residencia familiar de las niñas, cuya propiedad se inscribirá a nombre de las dos hijas comunes en concepto de alimentos...», resultando clara la voluntad de ambas partes de que el padre asumiera todas las cargas fiscales derivadas de la operación con total indemnidad para la madre y las hijas comunes.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 6 de septiembre de 2011 202

	<u>Página</u>
Cuestiones procesales	204
<p>Se desestima la recusación del médico forense y de los miembros del equipo técnico, pues tan sólo se hace referencia a una falta de objetividad y no se basa en ninguna de las causas de recusación previstas en el artículo 219 de la LOPJ.</p>	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	204
<p>Se desestima la petición de nulidad de actuaciones al solicitarse veinte días después de que tuvo conocimiento de la falta de audio en la grabación.</p>	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	204
<p>La retractación o manifestación de voluntad posterior de uno de los esposos, desdiciéndose de su declaración de voluntad en que prestó su conformidad a la petición de divorcio de mutuo acuerdo y al convenio regulador presentados, ratificándolos, no puede tener efectos, lo que se manifiesta como exigencia de seguridad jurídica y prohibición de ir contra los propios actos, debiendo considerarse una manifestación de voluntad irrevocable.</p>	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	205
<p>Ni la prejudicialidad penal, ni la falsificación de una carta suscrita por un pariente de la demandada, que pudo incidir en el acuerdo que sirvió de base al convenio regulador, inciden en el objeto del proceso principal, que es el divorcio de los litigantes.</p>	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2011</i>	207
<p>Es pronunciamiento jurisprudencial reiterado el que sostiene la imposibilidad de impugnar un recurso de apelación por parte del apelante principal al oponerse a la apelación de la parte contraria, salvo que se tratase de que no hubiese apelado inicialmente la Sentencia.</p>	
<i>APA Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2011</i>	208
<p>No existe vicio procesal en la celebración del juicio. La parte actora pretendió en el mismo día la urgente suspensión, primero alegando la existencia de conversaciones entre las partes para alcanzar un acuerdo, y al desestimarse judicialmente dicha pretensión claramente dilatoria se presentó un segundo escrito alegando una cita médica que le impedía su asistencia a dicho acto.</p>	
<i>AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2011</i>	208
<p>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 reconvención.</p>	
<i>AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 22 de septiembre de 2011</i>	210
<p>Se declara la nulidad de la sentencia al no haber motivado el juez de instancia la medida de atribución del uso de la vivienda familiar.</p>	
<i>AP Alicante, Sec. 9.ª, Sentencia de 22 de septiembre de 2011</i>	211

	<u>Página</u>
Ejecución de sentencia	213
<p>Se declara la nulidad de actuaciones por haberse despachado ejecución por impago del gasto extraordinario generado por la primera comunión de la hija, que no estaba incluido en el convenio regulador como tal.</p>	
<i>AP Jaén, Sec. 3.ª, Auto de 30 de septiembre de 2011</i>	213
<p>Los gastos de comunidad extraordinarios, derramas, el impuesto de bienes inmuebles, el seguro de la vivienda y la tasa de basuras son conceptos que afectan a la propiedad del inmueble y, a falta de declaración expresa en la sentencia, se debe acudir a la fase de formación de inventario y liquidación de la sociedad legal de gananciales, por lo que quedan fuera de la ejecución de sentencia.</p>	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 30 de septiembre de 2011</i>	215
<p>Frente a la demanda ejecutiva interpuesta por la actora reclamando el pago de la pensión compensatoria opone el ejecutado tanto el impago de la pensión alimenticia, a que la misma viene obligada, como el de determinados gastos extraordinarios, pero no cabe la compensación entre estas pensiones al obedecer a conceptos totalmente distintos y percibidos por personas distintas.</p>	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 29 de septiembre de 2011</i>	215
<p>La expresión «una vez se obtenga el crédito hipotecario» debe ser interpretada en relación con el adverbio «inmediatamente» y no indica incertidumbre. El día del cumplimiento no está sometido pues a condición. La obligación contraída es una obligación a plazo pero se ha dejado la determinación del momento para su cumplimiento a la sola voluntad del deudor, lo que encuentra acomodo en el artículo 1128.2.º CC, por lo que procede fijar judicialmente la duración del plazo.</p>	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 29 de septiembre de 2011</i>	216
<p>Es aplicable el instituto del abuso de derecho del artículo 7.2 del Código Civil como forma de evitar la vía ejecutiva para reclamar pensiones compensatorias por quien manifiestamente convive maritalmente con tercera persona. Si tal circunstancia se aprecia en el proceso de ejecución, es factible el rechazo de que la vía ejecutiva siga adelante.</p>	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 27 de septiembre de 2011</i>	217
<p>Una modificación puntual del régimen de visitas a causa de la programación de un viaje no tiene su cauce adecuado por vía de ejecución de sentencia sino acudiendo a los trámites de la jurisdicción voluntaria.</p>	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 27 de septiembre de 2011</i>	218
<p>La sentencia de divorcio únicamente contiene la declaración de extinción del matrimonio y no hace alusión a ninguna medida reguladora de los efectos, por lo que debe seguirse un incidente especial en ejecución para fijar las medidas reguladoras de los efectos que han de sustituir, tras el divorcio, a las que fueron adoptadas en la sentencia de separación.</p>	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 21 de septiembre de 2011</i>	219

	<u>Página</u>
Regímenes económicos	221
El vehículo se adquirió con el dinero que percibió el esposo en concepto de indemnización por incapacidad temporal y secuelas, y por tanto tiene carácter privativo.	
<i>AP A Coruña, Sec. 3.ª, 30 de septiembre de 2011</i>	221
Acreditado que el inmueble se adquirió por contrato privado por el padre del esposo, la circunstancia de que se otorgase la escritura pública constante el matrimonio y a favor del esposo no convierte el bien en ganancial.	
<i>AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	222
La liquidación del régimen económico matrimonial debe partir del inventario efectuado previamente, sin poder incluir ninguna partida nueva y sin perjuicio de que si se hubiere producido la omisión de algún bien o derecho pueda ser objeto de un complemento o adición a la partición siguiendo el mismo procedimiento, evitando así la indefensión.	
<i>AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	223
Actualización de los créditos conforme al IPC, indicador que determina la inflación producida y la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, de modo que su aplicación equilibra el valor nominal equiparando al tiempo de la actualización el poder adquisitivo.	
<i>AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	224
Se desestiman las demandas en las que los cónyuges se reclamaban entre sí cantidades por la disposición de bienes comunes, ya que estas cuestiones deben resolverse en el marco de la liquidación de la sociedad de gananciales.	
<i>AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	224
Derecho de crédito del esposo frente a la sociedad de gananciales por la totalidad de las cuotas del préstamo hipotecario satisfechas, y ello por cuanto que reconocérsele sólo el 50% supondría obtener resarcimiento de solo el 25% de lo abonado por cuenta de la esposa.	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2011</i>	229
Procedimientos de menores	229
No se pueden alargar indefinidamente los periodos para que los progenitores cambien su conducta o se modifiquen las circunstancias que fueron determinantes para dictar la resolución de desamparo, y por ello debe declararse que es preciso su asentimiento para acordar la adopción.	
<i>AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia 30 de septiembre de 2011</i>	229
No es causa para negar la idoneidad para la adopción internacional que tengan preferencia en el sexo y edad del adoptado y que manifestasen que el fin perseguido fue dar una hermana a la hija.	
<i>AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2011</i>	230

	<u>Página</u>
Se acuerda el cese del acogimiento con la abuela y se constituye en las personas de sus tíos maternos, teniendo en consideración que ya son tres los años que se encuentra con sus tíos, que ellos son personas más jóvenes que la abuela, que cuentan con hijos y la han integrado en su familia y que no interfieren en la relación que puede seguir manteniendo tanto con su hermana como con su abuela.	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 14 de septiembre de 2011</i>	231
Filiación	233
Aunque se estima la acción de reclamación de filiación se desestima la petición de que se declare que es heredero, ya que si bien conforme al art. 807 del CC son herederos forzosos los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes, se desconoce la concurrencia de circunstancias que podrían desvirtuar tal precepto pues ninguna prueba se ha practicado al efecto.	
<i>APA Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2011</i>	233
No se hace imposición de costas dado que la postura procesal del padre no ha consistido en una oposición contumaz a la demanda presentada de contrario, sino en llegar al conocimiento de la realidad biológica, a través del resultado de las pruebas a practicar en el curso de la litis y que, según expone, no pudieron llevarse a efecto con anterioridad por la negativa de la madre, sometiéndose aquél a las mismas con absoluta lealtad procesal.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2011</i>	234
En el procedimiento de reclamación de paternidad no puede acordarse dejar sin efecto la declaración de desamparo.	
<i>AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 15 de septiembre de 2011</i>	235
Se accede a la petición de concesión de autorización judicial para obtener del Gobierno de Navarra la información que en sus archivos existiese relativos a sus datos de filiación biológica con ocasión de su nacimiento en la Maternidad Pública al haber sido abandonado por sus progenitores.	
<i>AP Navarra, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2011</i>	236
Uniones de hecho	240
Se desestima la demanda interpuesta por un conviviente de hecho reclamando el 50% de las cuotas que abonó del préstamo hipotecario suscrito por ambos para la compra de la vivienda común, dado que la conviviente asumió con sus ingresos los gastos de otros préstamos y los gastos familiares.	
<i>AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011</i>	240
Sucesiones	243
La mera posesión de la vivienda, o tener un porcentaje de cuota superior, no habilita al heredero para obtener su adjudicación en la partición, pues si el bien es indivisible deberá procederse a la venta del bien y reparto del precio.	
<i>AP Orense, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2011</i>	243

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA	245
Guarda y custodia	245
La obsesión de la madre por las relaciones del padre con el menor, que ella insiste en calificar de abuso sexual, aunque han sido archivadas la dos denuncias que formuló, es calificada por el equipo psicosocial como una actitud que no beneficia en absoluto al menor, pudiendo llegar a degenerar en un elemento de pronóstico negativo en su adecuado desarrollo. Por ello se considera más adecuado cambiar la custodia en favor del padre.	
<i>Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Gijón, Sentencia de 24 de febrero de 2012 ...</i>	245
Gastos extraordinarios	247
Debe admitirse al ejecutado, en el trámite de oposición previsto en la regla 4.ª del artículo 776, no sólo la alegación de que el gasto extraordinario reclamado tiene la condición de gasto ordinario, sino también que, aun tratándose de un gasto extraordinario, la parte ejecutante no cumplió alguno de los requisitos de que depende el nacimiento de la obligación, según el propio título ejecutivo, como la consulta y previa obtención del consentimiento o, en su defecto, la subsidiaria autorización judicial.	
<i>Juzgado de 1.ª Instancia núm. 24 de Madrid, Auto de 18 de octubre de 2011</i>	247

RESOLUCIONES DE LA DGRN

Regímenes económicos matrimoniales	253
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.	
<i>DGRN, Resolución de 29 de julio de 2011</i>	253
Siendo el inmueble privativo del esposo, y habiéndose notificado el embargo a la esposa al tratarse de la vivienda familiar, no puede denegarse su inscripción con base en la nacionalidad marroquí de los cónyuges y la no constancia del régimen económico matrimonial.	
<i>DGRN, Resolución de 22 de julio de 2011</i>	255
Tras dictarse la sentencia de divorcio, los cónyuges liquidan la sociedad de gananciales mediante escritura pública que debe acceder al Registro de la Propiedad, sin que la registradora pueda negarse a la inscripción exigiendo la aportación del convenio regulador por si existe algo que contradiga lo establecido en el mismo.	
<i>DGRN, Resolución de 19 de julio de 2011</i>	257

	<u>Página</u>
Sucesiones	258
<p>Inscrito un bien en <i>pro indiviso</i> a nombre de ambos cónyuges que manifiestan estar en separación de bienes, fallecido el esposo, no puede la viuda inscribir una liquidación de la sociedad de gananciales alegando que hubo un error en la mención del régimen, sin acreditar al mismo tiempo de forma fehaciente las circunstancias de estar casados en régimen de gananciales.</p>	
<i>DGRN, Resolución de 23 de agosto de 2011</i>	258
<p>Se deniega la inscripción de una escritura de manifestación de herencia de un ruso al no acreditarse el contenido y vigencia del derecho extranjero.</p>	
<i>DGRN, Resolución de 28 de julio de 2011</i>	260

SECCIÓN PRÁCTICA

EFFECTOS RETROACTIVOS DE LA SENTENCIA DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS	265
CASOS PRÁCTICOS	273

TRIBUNA ABIERTA

INTERVALOS LÚCIDOS Y TESTAMENTO	
<i>Aurelia María Romero Coloma</i>	281

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

DATOS DE INTERÉS	295
------------------------	-----

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Patria potestad	301
Guarda y custodia	301
Régimen de visitas	302
Vivienda y ajuar familiar	302

	<u>Página</u>
Pensión alimenticia	303
Pensión compensatoria	304
Cuestiones procesales	306
Ejecución de sentencias	307
Convenio regulador	309
Regímenes económicos matrimoniales	309
Procedimientos de menores	310
Filiación	311
Uniones de hecho	312
Sucesiones	312
Cuestiones penales	312
Otras cuestiones	312

Revista de

Derecho de Familia

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA NO SEPARACIÓN DE LOS HERMANOS EN LA CRISIS MATRIMONIAL O DE PAREJA Y EN OTRAS CIRCUNSTANCIAS

M.^a ANGUSTIAS MARTOS CALABRÚS

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Almería*

RESUMEN

La no separación de los hermanos en la crisis matrimonial o de pareja y en otras circunstancias

Partiendo de la previsión del apartado 5.º del artículo 92 del Código civil, por la que el Juez, al acordar sobre la custodia de los hijos, establecerá las cautelas procedentes para el cumplimiento eficaz del régimen de custodia, procurando no separar a los hermanos, se estudia el origen, naturaleza y el alcance de la misma, poniéndola en relación con previsiones semejantes de otros Derechos españoles y del Derecho francés.

La previsión de no separar a los hermanos en situaciones de separación o divorcio es una manifestación del *favor filii* o *bonum minoris* («interés superior del menor»), que es el principio rector de la materia y, en general, de cualquier toma de decisiones que afecten al menor.

La previsión de no separar a los hermanos no se concibe como derecho del menor en el Código civil, pero sí en el Codi civil, al igual que en el Derecho francés. En cualquier caso, no se trata de un derecho absoluto, y sólo alcanza a las situaciones de crisis matrimonial.

Palabras Clave: No separación de los hermanos, interés superior del menor, crisis matrimonial, separación, divorcio.

ABSTRACT

The non separation of the siblings in a matrimonial or couple crisis and in other circumstances

Taking into account the provision of the section 5th of the article 92 of the Civil Code, by which the Judge, when agreeing about the custody of children, will establish the appropriate cautions for the effective compliance of the custody régime, trying not to separate the siblings, the origin, nature and the extent of the same one are studied, linking it to similar provisions of other Spanish Laws and of the French Law.

The provision of not separating siblings in separation or divorce situations is a manifestation of the *favor filii* or *bonum minoris* («interest higher of the minor») which is the governing principle rector of the matter and, in general, of any decision taken affecting minors.

The provision keeping siblings together is not understood as a minor's right in the Civil Code, but it is in the Codi civil, the same as in the French Law.

Anyway, it is not about an absolute right, and it only affects those situations of matrimonial crisis.

Key Words: The siblings' non separation, higher interest of minors, matrimonial crisis, separation, divorce.

SUMARIO

- I. LA PREVISIÓN DE NO SEPARACIÓN DE LOS HERMANOS. PRESENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL (COMÚN Y TERRITORIAL).
- II. LA PREVISIÓN EN EL DERECHO FRANCÉS.

- III. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA NO SEPARACIÓN DE LOS HERMANOS.
1. **La no separación de los hermanos como principio.**
 2. **La no separación de los hermanos como derecho.**
- IV. LA NO SEPARACIÓN DE LOS HERMANOS EN LAS SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL O DE PAREJA.
1. **En la crisis matrimonial, con y sin custodia compartida.**
 - A) El criterio en la custodia exclusiva.
 - B) El criterio en la custodia compartida.
 2. **En la crisis de la pareja no casada.**
- V. EL CRITERIO DE NO SEPARACIÓN DE LOS HERMANOS EN SITUACIÓN DISTINTA A LA DE CRISIS MATRIMONIAL O DE PAREJA.
1. **En caso de guarda y acogimiento.**
 2. **En caso de adopción.**
- VI. MEDIDAS A ADOPTAR CUANDO SE DEBA SEPARAR A LOS HERMANOS.
1. **En Derecho común español.**
 2. **En Derecho catalán.**
 3. **En Derecho aragonés.**
 4. **En Derecho francés.**
- VII. CONCLUSIONES.
-

Paralelamente a la evolución de la familia y del Derecho de familia, se observa la emergencia de los derechos del niño, en el seno de la concepción tradicional de los derechos del hombre. Hasta no hace muchos años, los textos legales no le hacían sujeto de otros derechos específicos —sólo por ser menor— que prácticamente los de alimentos y educación.

En la actualidad, desde los textos internacionales, como la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas⁽¹⁾ o la Convención Europea sobre ejercicio de los Derechos del Niño⁽²⁾, y nacionales, como son, especialmente, los que contienen más recientes reformas del Código civil y la denominada Ley del Menor, se ha venido a reconocer y ampliar aquel reducidísimo elenco de derechos.

(1) Adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990. El art. 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, del Menor, dice expresamente que los menores gozan de los derechos reconocidos en esa Convención.

(2) Adoptada por el Consejo de Europa el 19 de abril de 1996 y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada en Niza en diciembre de 2000 y proclamada por segunda vez en diciembre de 2007.

Una parte de esos «nuevos derechos» se refieren a situaciones de disolución familiar. Así, por ejemplo, se reconoce al menor el derecho a relacionarse con sus dos padres⁽³⁾, el derecho a mantener relaciones con sus abuelos⁽⁴⁾, y el derecho a ser oído en el procedimiento sobre nulidad, separación o divorcio, en punto a su guarda, custodia y educación⁽⁵⁾, o en cualquier toma de decisión que le afecte⁽⁶⁾, así como en otros supuestos⁽⁷⁾.

En el contexto de esos nuevos derechos del niño cabe situar la previsión que hace el artículo 92 del Código civil, dirigida a evitar que el hermano sea separado del hermano en los casos de crisis matrimonial o de pareja. Lo que en el precepto se presenta como un mero criterio para el juez en la determinación de la guarda y custodia, a la vista de otros preceptos de nuestro ordenamiento, podría considerarse, con rango superior, como un principio rector de la organización de la vida del menor, es decir, relativo no sólo a las situaciones de crisis matrimonial o de pareja, sino a otras, como el acogimiento y la adopción, o, incluso, como un derecho subjetivo.

I. LA PREVISIÓN DE NO SEPARACIÓN DE LOS HERMANOS. PRESENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL (COMÚN Y TERRITORIAL)

La previsión del apartado 5.º del art. 92 del Código civil, por la que el Juez, al acordar sobre la custodia de los hijos, establecerá las cautelas procedentes para el cumplimiento eficaz del régimen de custodia, *procurando no separar a los hermanos*, procede de la reforma de 1981. No figuraba en el Proyecto de Ley de Divorcio⁽⁸⁾, y tiene su origen en

(3) Derecho que resulta del art. 9 de la Convención de Derechos del Niño, y que puede deducirse de los arts. 18 (intimidad personal familiar) y 39 (protección de la familia por los poderes públicos) de la Constitución, así como de los arts. 90.a), 94, 103.1.ª, 154.1.ª, 160 y 161 Código civil, que lo que establecen verdaderamente es el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos. La Ley del Menor, a su vez, además de volver a proclamar el derecho a la intimidad familiar del menor (art. 4.1), declara principio rector de la actuación de los poderes públicos la integración familiar del menor [art. 11.2.c)]. La violación de ese derecho, por parte de uno de los progenitores, que incumple dolosamente el régimen de visitas, está castigada por el art. 618 del Código Penal. Vid. SUÁREZ HERRANZ, Olga, «El Derecho del hijo a relacionarse con sus padres», *Revista de Derecho de Extremadura*, pp. 159 a 170.

(4) Antes de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, nuestro Derecho sólo hacía una alusión al derecho en el artículo 160, al referirse a las relaciones personales del hijo con *otros parientes y allegados* y en el artículo 103.1.º CC, al atribuir excepcionalmente la guarda y custodia de los menores a *otra persona* [distinta del progenitor]. Con la referida Ley 42/2003, se modifica el artículo 160, para decir que «No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados [...]», y el artículo 161, para establecer que, «Tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor». El derecho también refleja en los art 90.b), 94 pfo. 2.º y 103 Código civil. Vid., entre otros, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., «Relaciones entre los nietos y los abuelos en el ámbito del Derecho Civil», *Actualidad Civil* (2), 7-13 de enero de 2002, pp. 25-49; VILLAGRASA ALCAIDE, C., «El derecho de menor a relacionarse con abuelos, parientes y allegados», *Revista de Derecho de Familia*, abril de 2002, pp. 39 y ss.

(5) Art. 92.2 CC.

(6) Art. 154, pfo. 3.º, CC.

(7) Arts. 159, 117.3, 231, 237, 2.º pfo., 273 CC. Art. 9 LO 1/1996, del Menor, y arts. 770.4.ª y 775.5 LEC.

(8) El último párrafo decía: «Podrá también acordarse cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro temporal o permanentemente».

una enmienda presentada por Juan María Bandrés Molet, del Grupo Mixto, que pretendía establecer tres criterios —uno de ellos, este de «la conveniencia de no separar a los hermanos»— a seguir por el juez en la determinación de la guarda y custodia⁽⁹⁾ de los hijos, a falta de acuerdo entre los cónyuges⁽¹⁰⁾. De toda la enmienda propuesta, sólo fue acogido este aspecto⁽¹¹⁾ en el Informe de la Ponencia, aunque con otra redacción: «procurando, en lo posible, no separar a los hermanos», que, en el Dictamen de la Comisión de Justicia, quedó en el «procurando no separar a los hermanos» del texto que luego sería aprobado por el Pleno, y que ha sido el último inciso del párrafo cuarto del artículo 92 del Código civil hasta la reforma de 2005.

Hoy, tal criterio resulta evidente, pero no lo era en 1981. El Derecho vigente entonces establecía, para las situaciones de nulidad y separación (obvio es decir que no había divorcio), el efecto casi automático de quedar los hermanos al cuidado de un solo progenitor, de concurrir en él la condición de cónyuge inocente o de cónyuge de buena fe, o de quedar separados por la edad⁽¹²⁾. Porque los menores de siete años quedaban al cuidado de la madre en las hipótesis de culpabilidad de los dos esposos y en todas las de nulidad, y porque, a partir de esa edad, en la nulidad con buena fe de los dos cónyuges, los hermanos quedaban separados, además, por el sexo: «los hijos mayores de siete años quedarán al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre», decía el artículo 70 del Código civil. Aunque, preciso es advertirlo también, no fue hasta la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, que se eliminó completamente la posibilidad de separar a los hermanos, en los casos de separación de los padres, por razón de sexo y de edad (dentro de la menor edad), que todavía existía en el artículo 159 del Código civil. En efecto, en tal precepto se mantuvo, hasta 1990, que «si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo».

Es de lamentar que ni a lo largo de la tramitación de la ley de 7 de julio de 1981⁽¹³⁾ ni en la exposición de motivos (porque el legislador, para tan importante ley, como es bien sabido, prescindió de una exposición de motivos) se diera razón sobre esta previsión de no separar a los hermanos.

Por lo que respecta a Cataluña, si ha habido que deplorar la incomprensible ausencia de este criterio en el Código de Familia⁽¹⁴⁾, en el que sólo cabía deducir su ímplicita presencia del artículo 76.1.a⁽¹⁵⁾, lo cierto es que el Libro II del Codi civil, entrado en vigor el 1

(9) En la enmienda se decía «tutela».

(10) Enmienda núm. 391.

(11) Sin justificación específica por el firmante de la enmienda.

(12) Arts. 70, 71 y 73 CC.

(13) Ni en la justificación de la enmienda ni en la defensa de la misma ante el Pleno del Congreso.

(14) Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia.

(15) Artículo 76.1: «En los casos de nulidad del matrimonio, divorcio o separación judicial, si hay hijos sometidos a la potestad del padre y de la madre, debe establecerse: a. Aquel con quien han de convivir los hijos, así como, en su caso, el régimen de visitas, estancia y comunicación con el padre o la madre con quien no convivan».

LA NO SEPARACIÓN DE LOS HERMANOS EN LA CRISIS MATRIMONIAL O DE PAREJA

de enero de 2011⁽¹⁶⁾, lo ha introducido ampliamente, elevándolo a la categoría de derecho subjetivo, a diferencia del Código civil.

En efecto, de todos los preceptos que ahora se refirieren a la unión de los hermanos, en los supuestos de crisis matrimonial, el más relevante es el apartado 2 del artículo 233-11, que establece los criterios para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda, y que dice: «En la atribución de la guarda, no pueden separarse los hermanos, salvo que las circunstancias lo justifiquen». O sea, que la no separación no es un criterio para el juez, sino un derecho del menor. No dice el *Codi civil*, como sí dice el Código civil, que el juez, al acordar la guarda y custodia, lo hará «procurando no separar a los hermanos», sino que los hermanos no habrán de separarse en la atribución de la guarda. Aunque, obviamente, no lo establece como derecho absoluto, pues salva la posibilidad de que las circunstancias aconsejen otra cosa.

Otro tanto puede decirse del Derecho aragonés. El Código del Derecho Foral Aragonés, que entró en vigor el 23 de abril de 2011⁽¹⁷⁾, establece en su artículo 80.4, tanto para la custodia compartida como para la exclusiva, que, «salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos»⁽¹⁸⁾.

II. LA PREVISIÓN EN EL DERECHO FRANCÉS

En Francia la previsión relativa a la unión de los hermanos se introdujo mucho después que en España, y fue por Ley núm. 96-1238, de 30 de diciembre de 1996, que incorporó un nuevo precepto al *Code civil* (el artículo 371-5), que establece que el hijo menor no debe ser separado de sus hermanos. Es interesante señalar al respecto, no tanto el retraso con relación al Derecho español, cuanto la pequeña historia del precepto. El artículo 371-5 tiene su origen en el *Parlement des enfants*, compuesto por 577 niños de entre 10 y 11 años (elegidos en las clases de CM2), que cada año se reúne a iniciativa del Presidente de la Asamblea Nacional. En 1996 aprobó una iniciativa de los alumnos de un instituto de Limeil-Brévannes, en el Val-de-Marne, que decía: «Il serait normal que les frères et soeurs vivent ensemble s'ils le désirent, car ils s'aiment et sont malheureux d'être séparés». La propuesta se transformó en verdadera proposición de ley cuando el diputado socialista Schwartzberg la presentó a la Asamblea Nacional, que, tras el trámite correspondiente, la aprobó por unanimidad.

El texto del artículo 371-5 dice así:

«L'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et soeurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution. S'il y a lieu, le juge statue sur les relations personnelles entre les frères et soeurs».

(16) Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (art. 233.12).

(17) Decreto Legislativo 1/2001, 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.

(18) Ya se recogía en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

Varias son las diferencias con el Derecho español: la primera es que la norma francesa está inserta en el capítulo relativo a la patria potestad, por tanto, con alcance común para todas las situaciones en las que la unidad de los hermanos debe ser preservada: separación de los padres, situación de acogimiento.

En segundo lugar, que, en Francia, el no separar a los hermanos no es criterio orientativo que puede ser atendido en interés del menor, sino un mandato dirigido al juez que, en todo caso, puede ser excepcionado en interés del menor («L'enfant ne doit pas être séparé [...], sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution»). Al juez español le basta con tener en cuenta el interés del menor en general para decretar la separación. El juez francés, en cambio, debe justificar la separación y demostrar claramente que el interés del menor «le commande impérativement». En definitiva, en Derecho francés, como hemos visto que, recientemente, en Derecho catalán, la previsión de no separar a los hermanos se concibe como un derecho del menor.

III. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA NO SEPARACIÓN DE LOS HERMANOS

1. La no separación de los hermanos como principio

El régimen de guarda y custodia (compartida o no) tiene como principio rector el interés del menor (*favor filii*)⁽¹⁹⁾. El criterio de la no separación de los hermanos, que es un elemento a tener en cuenta por el juez en la determinación del régimen de guarda y custodia (apartado 5.º del art. 92 del Código civil), es consecuencia de aquel principio: el interés del menor pasa por no separarle de sus hermanos⁽²⁰⁾. Con otras palabras: la no separación de los hermanos forma parte del interés individual de cada uno de ellos.

El criterio de preservar la unidad de los hermanos no alcanza a ser un principio en el Código civil y, menos aún, un principio absoluto. La inseparabilidad de los hermanos es un criterio exhortativo que se impone, en abstracto, en interés de cada menor, pero que, en concreto, debe ceder cuando el interés del menor o de los menores lo exija; no tiene carácter imperativo (es una recomendación al juez, no un mandato, pues se dice «procurando...»)⁽²¹⁾. Es más, no puede ser una decisión automática la que determine, sin

(19) Este principio, referido al hijo (o hijos) o al menor, es un mandato dirigido al juez, que se consagra en el 94, 2.º pfo., CC, para determinar el derecho de comunicación y de visitas de los nietos con los abuelos; en el artículo 103.1.ª, en materia de medidas provisionales, como criterio para atribuir la guarda y custodia del menor; en el 156, últ. pfo., para atribuir el ejercicio conjunto de la patria potestad en caso de vivir separados los padres; en el 161, para regular el derecho de visita de los padres, abuelos y parientes al menor acogido; en el 170, para acordar la recuperación de la patria potestad; en el 173.3, para acordar el acogimiento cuando los padres o el tutor no lo consienten o se oponen. Y dirigido a la entidad pública competente, en el 172.4, para el acogimiento de menores desamparados. En el artículo 304 la referencia es a los actos realizados por el guardador de hecho, que si son realizados en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.

(20) La SAP de Almería de 11 de febrero de 1998 lo considera como principio complementario del *favor filii*: «La convivencia entre hermanos intentando no separarlos se reproduce [...] como requisito del *favor filii*, habiendo sido considerado por la jurisprudencia como principio general complementario de aquél». La SAP de Tarragona de 22 de diciembre de 1994 se refiere a la norma del antiguo artículo 92.4.º como «recomendación».

(21) En este sentido, dice la SAP Alicante, Sección 4.ª, de 5 de junio de 2003, que el principio de no separación de hermanos no impide la toma en consideración de circunstancias especiales que obvien la configuración de dicho

otra consideración, la conservación de la unidad de los hermanos. Dice IVARS RUIS, citando a CALDERÓN CUADRADO⁽²²⁾, que «muchas veces se alude al criterio de la inseparabilidad de los hermanos sin que exista vínculo afectivo alguno entre ambos, o sin valorar que la voluntad del niño puede haber sido presionada o ser producto de actuaciones caprichosas o inmaduras»⁽²³⁾.

2. La no separación de los hermanos como derecho

¿Puede decirse que existe un derecho del menor a no ser separado de sus hermanos? El derecho que se desprende del Código civil es otro: el de relacionarse los hermanos entre sí.

En punto al acogimiento, el derecho que se reconoce al hermano no es el de convivir con sus hermanos, sino el de cada hermano —mayor o menor— a poderse relacionar con el hermano menor acogido, tal como se deduce del artículo 161, que dice que los «demás parientes» (padres y abuelos aparte) tienen derecho a visitar al menor acogido y a relacionarse con él.

Lo mismo sucede en los casos de separación o divorcio. Aunque el reconocimiento de un derecho a relacionarse los hermanos no existe explícitamente en la crisis matrimonial, pues el legislador sólo ha reconocido el derecho de los abuelos y de los nietos a relacionarse entre sí (arts. 90 y 94 del Código civil), sin embargo hay que admitirlo, pues el artículo 160, relativo a todos menores, sea cual sea su situación, dice que «no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados». Llama la atención, no obstante, que se hable de «parientes y allegados», y no específicamente de hermanos (además de otros parientes y allegados).

En este sentido, la Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, en su artículo 22, con carácter general y con independencia de la situación familiar, sí dice que «el menor tendrá derecho a mantener relación con sus hermanos», y que «en la observancia de estos derechos prevalecerá siempre el mayor interés del menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social».

Sin embargo, en el Derecho catalán y en el aragonés —lo mismo que en el francés—, más allá del derecho a relacionarse los hermanos entre sí, puede hablarse verdaderamente de un derecho subjetivo a no ser separados en los casos de separación y divorcio. Los términos ya han sido expuestos.

Como todo derecho subjetivo requiere de un obligado, cabe preguntarse quién lo es en el caso del derecho a la no separación y en el de poderse relacionar. En cualquier caso, parece tener como sujetos pasivos a los que tengan el ejercicio de la patria potestad o la tutela

principio como valor absoluto de obligada e indiscriminada aplicación. También la SAP Baleares, Sección 4.ª, de 29 de junio de 2000.

(22) CALDERÓN CUADRADO, M.ª Pía, *Medidas Provisionales en Nulidad, Separación y Divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 135-7.

(23) IVARS RUIS, «La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código civil», Tirant on line, doc. TOL1.090.716, DROP_2932.

o les haya sido encomendada la guarda (acogimiento), que son los que pueden impedir o no facilitar esos derechos, cada uno con diverso alcance.

IV. LA NO SEPARACIÓN DE LOS HERMANOS EN LAS SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL O DE PAREJA

Cuando el matrimonio o la pareja se separa, corresponde a los padres fijar la forma de ejercicio de la patria potestad, y sólo en defecto de acuerdo amistoso, o cuando el acuerdo sea contrario al interés del menor, el juez deberá intervenir.

A pesar de la «antigüedad» del texto español, en el seno de los efectos comunes a la separación y al divorcio, las relaciones entre hermanos se contemplan todavía desde la perspectiva de las relaciones de los padres con sus hijos. Una concepción de la familia que se limita a ese sólo tipo de relaciones no tiene en cuenta la riqueza que constituye la presencia de varios hermanos en el seno de un mismo hogar, aunque ese hogar sea, ahora, el de un solo progenitor.

1. En la crisis matrimonial, con y sin custodia compartida

Antes de la reforma operada por Ley 15/2005⁽²⁴⁾, el artículo 92 del Código civil decía en su penúltimo párrafo:

«Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos».

Así pues, el criterio de no separación de los hermanos, en la situación de crisis matrimonial, presidía cualquier hipótesis de atribución de la guarda y custodia de los hijos, pues el penúltimo párrafo del art. 92, aunque establecía la regla de la custodia individual, no excluía la custodia compartida⁽²⁵⁾. Hoy, tras la reforma de 2005, el criterio parece quedar reducido (al menos en la literalidad del precepto) a la situación de custodia compartida, pues el actual núm. 5 del art. 92 dispone:

«Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos».

Antes, como decíamos, el criterio de la no separación se refería a los casos de atribución total del ejercicio de la patria potestad a uno (guarda y custodia atribuida a uno) o par-

(24) Véase la acertada crítica que hacen al texto del artículo 92 del Código civil, producto de la reforma, las profesoras GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO («Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 8, febrero de 2006, pp. 69-105).

(25) GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, *ibid.*, p. 74.

cial (lo que debía ser algo parecido a la custodia compartida). O sea, que ya fuera uno solo el custodio de todos los hijos o ya lo fueran, sucesivamente, los dos, los hermanos debían permanecer unidos. Ahora, la referencia a la convivencia de los hermanos es sólo para el caso de la custodia compartida, para que los hermanos se desplacen conjuntamente de un domicilio a otro y no se alternen (una semana, un hijo con el padre, y el otro con la madre, para hacer lo contrario a la siguiente). O sea, ahora, en el supuesto de que la custodia no sea compartida, de que cada progenitor sea único custodio, parece que podría separarse a los hermanos: uno o unos bajo la guarda y custodia exclusiva de uno, y otro u otros bajo la del otro. En el segundo anteproyecto, en el último párrafo del artículo 92 se decía «En todo caso, se procurará no separar a los hermanos», lo que valía tanto para la custodia compartida como para la no compartida.

Esa debe ser la interpretación que ha de darse al artículo 92, núm. 5, no obstante su tenor literal. «Es curioso —dice TAMAYO HAYA— cómo este principio ha sido trasladado del régimen general de determinación del modelo de custodia, al específico de la custodia compartida en un evidente déficit de técnica legislativa. Se trata, no obstante, aunque pueda resultar desorientador que ahora sólo se mencione en sede de custodia compartida, de un criterio a observar con carácter general y no como algo peculiar de este tipo de custodia»⁽²⁶⁾.

A) *El criterio en la custodia exclusiva*

Es en el caso de atribución de la guarda y custodia en exclusiva a uno de los padres, con establecimiento de un régimen de visitas a favor del otro (lo más frecuente hasta la reforma de 2005 y también ahora, a pesar de todo), en el que puede darse el reparto de la custodia de los hijos, con más probabilidad (dentro de lo poco frecuente de esta situación) que en la custodia compartida.

La edad de los hermanos es muchas veces determinante. A veces, porque al existir mucha diferencia de edad entre los hermanos se ve menos inconveniente en conceder la separación de los hermanos⁽²⁷⁾. Por contra, la mayor edad de uno de los hermanos y su decisión de vivir con uno sus progenitores puede, a veces, resultar determinante para atribuir la custodia exclusiva de los demás hermanos a ese padre, para evitar separarlos⁽²⁸⁾.

(26) TAMAYO HAYA, Silvia, «La custodia compartida como alternativa legal», *RCDI*, núm. 700, marzo-abril de 2007, p. 698. En el mismo sentido: MONJE BALMACEDA, Óscar, *El nuevo derecho matrimonial*, Dykinson, 2007, p. 69; MONTERO AROCA, FLORS MATÍES y ARENAS GARCÍA, «Separación y divorcio tras la ley 15/2005», *Tirant on line*, doc. TOL951.960, DROP_384.

(27) Como en la SAP de Murcia, Sección 1.ª, 14 de Octubre de 2003, que atribuyó la custodia exclusiva del hijo mayor (de 17 años) al padre y la de los otros dos, a la madre. Se decía: «en el presente caso, como pone de relieve la perito, la diferencia de edad entre los mismos determina que la relación fraternal existente no sea tan intensa, aparte de que desde que se fue a vivir con el padre se han suavizado las tensiones entre Raúl y su hermano Antonio y mejorado con la hermana pequeña, todo lo cual redundando en la conveniencia de tal custodia paterna que se pretende respecto al mayor».

(28) SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 12 de junio de 2003: «En el caso de autos, es evidente el acierto del Juzgador de instancia al atribuir la guarda y custodia de la hija al padre dado que el otro hijo mayor de edad vive con el padre, resultando conveniente no separar a los hermanos, máxime cuando además la hija parece no tener muy claro qué hacer a la vista de los hechos».

La voluntad de uno de los hermanos de convivir con el progenitor no custodio ha supuesto en muchos casos la separación inicial de los hermanos o la modificación de la guarda y custodia de uno de ellos, pero no la de los demás, con la consiguiente separación⁽²⁹⁾. Pero también la voluntad de un hermano ha supuesto la modificación de la guarda y custodia de todos los hermanos para preservar su unión⁽³⁰⁾.

B) El criterio en la custodia compartida

Aunque podía hacerse antes de la reforma de 2005, se fomenta ahora que el juez haga atribución de la custodia de los hijos menores a los dos progenitores, organizando un sistema (necesariamente complejo) que lo permita. En tal supuesto, lo más probable es que todos los hijos menores de matrimonio sigan el mismo régimen y permanezcan unidos. No obstante en este caso, también se plantean dificultades específicas a la unión de los hermanos. La custodia compartida puede ser inconveniente para que los hermanos permanezcan unidos en el caso, por ejemplo, de un hermano de corta edad, para el que no resulte muy conveniente la rotación de domicilios y, por ello, deba permanecer siempre con uno de los progenitores⁽³¹⁾.

La custodia compartida y la no separación de los hermanos se consiguen mejor cuando los menores permanecen en el domicilio familiar —ya no hay un progenitor custodio único al que se atribuye la vivienda familiar— y son los padres los que acuden, por turno, a ese domicilio que, de alguna manera, todavía es común. Ahora bien, para llegar a ello hace falta un alto grado de entendimiento entre los progenitores.

(29) En la SAP de Soria de 29 de diciembre de 1997 se decreta la modificación de las medidas, para atribuir la guarda y custodia de dos hermanas a la madre, y la de un tercer hermano al padre. Se dice que no es la capacidad de los padres para asumir la guarda y custodia la que determina la medida, sino que las hijas «poseen un fuerte apego a la figura materna, mostrándose más distantes con la del padre e inician una etapa personal, como es la pubertad, en la que la ayuda directa de la madre se hace necesaria». Mientras que el hijo «presenta una buena adaptación en los ámbitos sociales y afectivos, en su rendimiento escolar interacciona satisfactoriamente con su grupo de compañeros y la relación que mantiene con su padre es intensa y fluida siendo más distante con la figura materna». La SAP de Barcelona, Sección 12.ª, de 10 de enero de 2007, en un caso en el que la guarda y custodia de las dos hijas del matrimonio había sido atribuida por sentencia del Juzgado a la madre, habiendo pasado a vivir una de las menores con el padre, y teniendo en cuenta el interés de esa menor, que, explorada, había manifestado esa preferencia, y respecto de la cual existía un informe médico que aconsejaba lo mismo, atribuye la guarda y custodia de la hija menor al padre, manteniendo la atribución de la guarda y custodia de otra hija a la madre, estableciéndose un régimen de visitas maternofiliales y otro paternofiliales, pero no específicamente «fraternal». *Vid.* también la SAP de Barcelona, Sección 12.ª, de 9 de marzo de 1999, SAP de Palma de Mallorca, sección 1.ª, de 15 de marzo de 1999, SAP de Castellón, sección 3.ª, de 17 de marzo de 1999, SAP de Valladolid, sección 3.ª, de 7 de julio de 1999, SAP de Las Palmas, sección 4.ª, de 9 de marzo de 2005, SAP de Baleares, sección 4.ª, de 27 de julio de 2009, y SAP de Murcia, sección 5.ª, de 27 de septiembre de 2010.

(30) La SAP de Lugo, Sección 2.ª, de 27 de junio de 2003 modificó la guarda y custodia del hijo en edad adolescente atendiendo a su voluntad y, con ella, la custodia de su hermano menor, pues entendió que le sería beneficioso acompañar a su hermano.

(31) *Vid.* la STS de 11 de marzo de 2010, que decide no aplicar la guarda y custodia compartidas, por ser los cambios de domicilio una consecuencia inherente a este tipo de guarda, y en cambio la STS de 7 de julio de 2011, aun existiendo rotación de domicilio, sí la aplica.

2. En la crisis de la pareja no casada

El criterio debía (antes de la reforma) y debe (tras la reforma) regir también en la crisis de pareja no casada, pues como concreción del *favor filii*, el criterio es idéntico cualquiera que sea la generación de los hijos, matrimonial o no⁽³²⁾. Y por esa razón, el criterio debería estar recogido en sede de patria potestad, que es común a cualquier clase de filiación y de situación convivencial de los padres, fundada o no en el matrimonio, y no entre los efectos comunes a la nulidad, separación o divorcio. El criterio debería aparecer, pues, en el artículo 156 y, especialmente, en el 159 del Código civil.

V. EL CRITERIO DE NO SEPARACIÓN DE LOS HERMANOS EN SITUACIÓN DISTINTA A LA DE CRISIS MATRIMONIAL O DE PAREJA

Hasta aquí, la situación analizada suponía al hijo en un hogar disuelto y en convivencia, sólo, de uno de los progenitores (o con los dos, pero sucesivamente, por períodos), y la cuestión era si, también, con sus hermanos. Ahora la situación es otra, y en ella los hermanos o no tienen padres o están en situación de desamparo: se trata de que el niño, además de crecer sin sus padres, corra el riesgo de crecer también sin sus hermanos.

Aunque el criterio de no separación de los hermanos parece destinado a las situaciones de ruptura matrimonial o de pareja, no queda limitado a ellas. Como criterio a tener en cuenta en interés del menor, ha de tener aplicación en otras situaciones como son la guarda y acogimiento, y la adopción. Porque en el acogimiento y en la adopción, el niño se enfrenta a una nueva situación familiar, y no debería hecerlo solo, sin sus hermanos.

1. En caso de guarda y acogimiento

La situación de desamparo, cuando se trata de una familia con varios hijos, difícilmente puede afectar a unos hermanos y no a otros. La decisión de retirar a un niño de su entorno familiar normalmente afecta a todos los hermanos.

La fuerza de la relación entre hermanos y la conveniencia de que éstos se mantengan unidos se recoge tanto en la Convención de los Derechos del Niño como en nuestra legislación. En el apartado 4 del artículo 172 del Código civil, introducido por Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de adopción, se dice que habrá de procurarse que la guarda de los hermanos en situación de desamparo «se confíe a una misma institución o persona», cuando no sea contrario al interés del menor. Y, en el apartado 3 del artículo 10 de la Ley de Protección de Menores, se establece que, en la adopción de medidas de acogimiento, se ha de procurar que los hermanos se confíen a una misma persona o familia.

En Derecho francés, se precisa un poco más. Cuando ha tenido lugar una medida de *asistencia educativa* de los artículos 375 y siguientes del *Code* (medida que tiene su paralelo en Derecho español en el acogimiento), en la que el hijo puede quedar confiado a una persona, servicio o establecimiento, sin pérdida de la patria potestad por sus progenitores,

(32) Vid. la SAP de La Coruña, sección 5.ª, de 22 de junio de 2006.

se dice, en la nueva redacción del art. 375-7⁽³³⁾, que el lugar de acogida habrá de escogerse de manera se pueda cumplir con lo preceptuado en el art. 371-5 de procurar la conservación de los lazos entre los hermanos.

Como bien puede verse, ni en Derecho español, ni en Derecho francés, la previsión de no separar a los hermanos en situación de desamparo se concibe como derecho del menor. Se trata de un criterio, de una recomendación dirigida a la autoridad que deba decidir. Difícilmente hubiera podido configurarse como derecho subjetivo. Hay que tener en cuenta que que la medida de mantener unidos a los hermanos no es fácil de llevar a cabo por diversas razones: en el acogimiento familiar, las familias de acogida pueden no ser capaces de recibir a todos los hermanos; y en el acogimiento residencial, en la medida en la que se constituyan, en el centro, pequeños grupos de niños de edades próximas, va a resultar muy difícil mantenerlos unidos cuando haya grandes diferencias de edad entre los hermanos⁽³⁴⁾.

El derecho, en estos casos, es el genérico a relacionarse entre los hermanos, como ya vimos.

2. En caso de adopción

En la adopción, los niños con edades superiores a tres años, o con enfermedades o discapacitados, o con hermanos, resultan más fáciles de adoptar. Esto último habla en favor de que se procura, en la adopción, no separar a los hermanos y entregarlos a familias diferentes. Sin embargo, no existe previsión legal alguna relativa a la necesidad o, al menos, la conveniencia de mantener unidos a los hermanos en la adopción. La situación, con todo, es más grave que el acogimiento (donde sí se prevé la conveniencia), porque la adopción «produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior» (art. 178.1 CC); es decir, no sólo a la filiación, sino a la fraternidad también.

VI. MEDIDAS A ADOPTAR CUANDO SE DEBA SEPARAR A LOS HERMANOS

Si la previsión de no separar a los hermanos no puede cumplirse, ¿qué queda de la fraternidad? La respuesta no es la misma en Derecho común español que en Derecho catalán y aragonés; tampoco en el francés, que venimos tomando como elemento comparativo.

1. En Derecho común español

El legislador español de Derecho común no ha previsto prácticamente nada para el supuesto de que los hermanos hayan de separarse. Como dice MORENO AROCA, «el párrafo segundo del artículo 96 se limita a disponer que si unos hijos quedan en la compañía de

(33) Modificado por la Ley núm. 2007-293 de 5 de marzo de 2007, art. 22.

(34) Aldeas Infantiles SOS considera la no separación de los hermanos vital para el desarrollo del ser humano, y la permanencia de los hermanos biológicos unidos es uno de los pilares fundamentales de esas Aldeas Infantiles, en las que una familia SOS se compone de la Madre SOS y de 6 a 8 niños. *Vid.* <<http://www.aldeasinfantiles.es/Pages/default.aspx>>.

un progenitor y los restantes en la del otro, «el juez resolverá lo procedente» respecto de la vivienda familiar»⁽³⁵⁾. Además —añade—, imponiendo al juez que decida, tampoco se le da criterio en que fundar esa decisión, pues el superior interés de los hijos no puede en este caso servir como criterio, ya que, en principio, no puede primarse el interés de unos hijos sobre el de otros»⁽³⁶⁾.

Fuera de ese extremo, no hay nada más. La jurisprudencia menor, por su parte, ha llevado al régimen de visitas —previsto en el Código civil, únicamente, para satisfacer el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos, y de éstos con aquéllos— la forma en que los hermanos hayan de relacionarse.

La SAP de Soria de 29 de diciembre de 1997 establece «un régimen de visitas a favor de los padres respecto de los hijos que no estén bajo su custodia que garantice la convivencia de los hermanos durante los fines de semana y períodos vacacionales». Es decir, un régimen de visitas no concebido sólo como derecho del progenitor no custodio, como hace el artículo 94 del Código civil («el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía»), sino también como derecho del menor, o sea, de los hermanos.

En el mismo sentido, y a modo de ejemplo, la SAP de Barcelona, sección 18.ª, de 22 de enero de 1998, dice que aun cuando el artículo 92 del Código civil prevenga que, en los casos de separación y divorcio, se procurará no separar a los hermanos, ello no impide que puedan darse supuestos en los que éstos puedan ser distribuidos entre los progenitores; en cuyo caso habrá de procurarse armonizar el régimen de visitas para que los hermanos pasen juntos los períodos vacacionales⁽³⁷⁾. En la SAP de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 6 de junio de 2003, la previsión de no separación se trató de salvar estableciendo un nuevo régimen de visitas más amplio; en la SAP de Barcelona, Sección 12.ª, de 10 de enero de 2007, se articuló un régimen de visitas para que puedan coincidir los hermanos en el mismo domicilio. Y en la SAP de Las Palmas, sección 4.ª, de 9 de marzo de 2005, se impone el deber a los progenitores de fomentar las relaciones entre los hermanos procurando, en todo caso, que durante las visitas de uno y otro progenitor con el menor que no tengan bajo su guardia éstos coincidan.

Otras sentencias, en cambio, nada prevén cuando los hermanos han sido separados⁽³⁸⁾.

Para que el derecho de los hermanos a relacionarse, en caso de haber sido separados, fuera efectivo, sería conveniente que se previera por el legislador la necesidad de establecer un régimen específico para que los hermanos pudieran mantener sus lazos, con independencia de que puedan o no satisfacer esa aspiración por medio del régimen de visitas del padre no custodio.

(35) MORENO AROCA, «El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales», *Tirant on line*, doc. TOL208.896, DROP_2149.

(36) Dice también: «hay que advertir inmediatamente que lo que el legislador no hace, porque no puede hacerlo, es atribuir discrecionalidad al juez a la hora de resolver, y ello porque, aunque tantas veces se ha sostenido lo contrario, los jueces no deciden con discrecionalidad, sino que se limitan a actuar el derecho objetivo en el caso concreto» (*ibid.*).

(37) *Vid.* en el mismo sentido la SAP de Baleares, sección 4.ª, de 27 de julio de 2009.

(38) La SAP de Murcia, Sección 1.ª, de 14 de octubre de 2003, concede la guarda y custodia de un hijo al padre, y de los otros dos a la madre, pero nada prevé en el régimen de visitas para que los hermanos separados puedan relacionarse.

2. En Derecho catalán

Como ya dijimos, junto al derecho a la no separación, el *Codi civil* establece explícitamente también el derecho del menor a relacionarse con los hermanos, que entrará en juego cuando los hermanos no convivan, por las circunstancias que sean. Tal derecho resulta literalmente de dos preceptos: el artículo 236-4, que dice, en su número 2, que «los hijos tienen derecho a relacionarse con los abuelos, hermanos y demás personas próximas, y todos estos tienen también el derecho de relacionarse con los hijos». Y el artículo 236-5, que prevé que tal derecho pueda ser denegado o suspendido por la autoridad judicial, así como variado en sus modalidades de ejercicio, si incumplen sus deberes o si la relación puede perjudicar el interés de los hijos o existe otra justa causa.

Por lo demás, establece el *Codi civil*:

— En cuanto a las medidas definitivas propuestas por convenio regulador:

Que deben contener, si los cónyuges tienen hijos comunes que están bajo su potestad, además de un plan de parentalidad, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-9, y «si procede, el régimen de relaciones personales con los abuelos y los hermanos que no convivan en el mismo domicilio» (art. 233-2.2).

— En cuanto a las medidas definitivas acordadas por la autoridad judicial:

Que «la autoridad judicial debe adoptar las medidas definitivas pertinentes sobre el ejercicio de las responsabilidades parentales, incluidos el deber de alimentos y, si procede, el régimen de relaciones personales con abuelos y hermanos» (art. 233-4).

— Y en cuanto a ese régimen de relaciones personales con los abuelos y los hermanos:

Que la propuesta de régimen de relaciones personales de los hijos con los abuelos y con los hermanos mayores de edad que no convivan en el mismo hogar, que propongan los progenitores, puede aprobarlo la autoridad judicial previa audiencia de los interesados y siempre y cuando estos den su consentimiento (art. 233-12.1). Además puede adoptar, en situaciones de riesgo, las medidas oportunas para que las relaciones se desarrollen en condiciones que garanticen su seguridad y estabilidad emocional (art. 233-13.1).

3. En Derecho aragonés

El Código del Derecho Foral de Aragón contiene la figura del pacto de relaciones familiares⁽³⁹⁾ y, en su artículo 77.2, ha establecido que los padres «fijarán, como mínimo, los acuerdos, entre otros, sobre el régimen de relación de los hijos con sus hermanos». Y en el artículo 79.2.a) ha previsto que, a falta de pacto entre los padres, «el Juez, de oficio o a instancia de los hijos menores de edad, de cualquier pariente o persona interesada o del Ministerio Fiscal, dictará las medidas necesarias a fin de garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con sus hermanos». Claramente, también en esta norma, la relación entre hermanos se concibe como derecho de ellos.

(39) Creada por la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

4. En Derecho francés

Ya dijimos que el artículo 371-5 del *Code civil* prevé que el juez deba reglamentar sobre las relaciones personales entre los hermanos. Concebido como derecho del menor el relacionarse con sus hermanos, la preservación de los lazos de la *fratrie* se impone al juez como indispensable. Ahora bien, ello puede hacerse de diferentes modos, aunque en todas las situaciones deba prevalecer el principio fundamental que gobierna el Derecho de familia francés —al igual que el español— del interés del menor.

Por último, al juez francés se le impone también, para el caso de que deba decretar la separación de los hermanos, que organice la forma de mantener las relaciones fraternas, lo que apunta hacia la constitución de un régimen de «visitas» propio de los hermanos, distinto del que corresponde a los padres.

VII. CONCLUSIONES

La relación entre hermanos —aunque no sea perfecta— es la relación humana más duradera: más que la conyugal, que, obviamente, no comienza en la infancia y que, con demasiada frecuencia, no llega hasta la muerte, y mucho más que la amistad o, al menos, que la mayor parte de las amistades.

La previsión de no separar a los hermanos en situaciones de separación o divorcio es una manifestación del *favor filii* o *bonum minoris* («interés superior del menor»), que es el principio rector de la materia y, en general, de cualquier toma de decisiones que afecten al menor.

La previsión de no separar a los hermanos no se concibe como derecho del menor en el Código civil, pero sí en el *Codi civil*, al igual que en el Derecho francés. En cualquier caso, no se trata de un derecho absoluto y sólo alcanza a las situaciones de crisis matrimonial, no a las de desamparo (acogimiento).

La previsión de no separar a los hermanos debería insertarse, como en el Derecho francés, en el capítulo relativo a la patria potestad, por tanto, con alcance común para todas las situaciones en las que la unidad de los hermanos (como criterio) deba ser preservada: separación de los padres, situación de acogimiento. De esta manera (fuera de los efectos comunes a la nulidad, separación o divorcio), el criterio sería también aplicable a los casos de crisis de pareja no constituida en matrimonio. El criterio debería aparecer, pues, en el artículo 156 y, especialmente, en el 159 del Código civil.

En todo caso, al menos, debería volverse a una redacción del artículo 92 del Código civil que alcanzara a cualquier hipótesis de atribución de la guarda y custodia de los hijos: custodia exclusiva o custodia compartida.

Aparte la conservación de la unidad de los hermanos como criterio en las situaciones de crisis familiar o de desamparo, existe un verdadero derecho de los hermanos a relacionarse entre sí en cualquier circunstancia.

Para que el derecho de los hermanos a relacionarse entre sí sea efectivo, en el caso de haber sido separados, sería conveniente una previsión legal relativa al establecimiento de un régimen específico de visitas y de convivencia en períodos vacacionales, para que los hermanos pudieran mantener sus lazos, con independencia de que puedan o no satisfacer esa aspiración por medio del régimen de visitas del padre no custodio.

ALGUNAS CONSIDERACIONES PRÁCTICAS SOBRE LOS PROCESOS DE DIVISIÓN JUDICIAL DE PATRIMONIOS: HERENCIAS Y GANANCIALES

JUAN JOSÉ REYES GALLUR

Abogado

Miembro de la Asociación Española de Abogados de Familia

RESUMEN

Algunas consideraciones prácticas sobre los procesos de división judicial de patrimonios: herencias y gananciales

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, ya existía una corriente jurisprudencial y doctrinal que criticaba la regulación de los procesos de división de herencia o de liquidación de la Sociedad Legal de Gananciales, que a veces resultan interminables, y que venían a reconocer efectos de cosa juzgada, entre ellas la STS de 24 de febrero de 2005 y 7 de marzo de 2008.

La actual Ley de Enjuiciamiento civil en su artículo 787 apartado 5 establece que la sentencia que recaiga en el juicio verbal, donde se deben sustanciar las discrepancias de los interesados con las operaciones divisorias, no tendrá la eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles en el juicio ordinario.

Este precepto ha sido muy criticado por la doctrina, pues puede incidir en el defecto achacado a la legislación anterior de facilitar la excesiva duración de los procesos liquidatorios, tanto en la liquidación de sociedad de gananciales como en los procesos de división de la herencia, favoreciendo en muchos casos al que ha adoptado una posición pasiva. Ante ello la doctrina y la jurisprudencia proponen interpretaciones correctoras que son precisamente las que se abordarán a continuación.

Palabras Clave: Procesos de división judicial de patrimonios, herencia, división de gananciales, procesos liquidatorios.

ABSTRACT

Some practical considerations on the processes of judicial division of patrimonies: inheritances and community property

Prior to the coming into effect of the Civil Procedure Law 1/2000, of January 7th, there was a case law and doctrinal current that criticized the regulation of inheritance division processes or of those of liquidating a Community Property Partnership, which are sometimes endless, and which very often acknowledged effects of *res iudicata*, among them the STS of February 24th 2005 and of March 7th of 2008.

The current Civil Procedure Law in its article 787 section 5 settles down that the sentence relapsed in the verbal trial, in which the discrepancies regarding the dividing operations between interested parties should be substantiated, will not be taken as *res iudicata*, allowing the intestated parties to exercise the rights they think to correspond them in the ordinary trial.

This rule has been strongly criticized by the doctrine, as it can fall into the defect attributed to the previous legislation of facilitating the excessive length of the liquidating processes, so much in the liquidation of a community property as in those processes of division of an inheritance, favoring in many cases to the one adopting a passive stance. Taking this into account, both doctrine and jurisprudence offer correcting interpretations which are those that will be dealt with next.

Key Words: Processes of judicial division of states, inheritance, division of community properties, liquidating processes.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

- I. ¿SON ACUMULABLES LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES Y EL DE PARTICIÓN DE HERENCIA?
 - II. ¿LA SENTENCIA DICTADA EN EL JUICIO VERBAL DE INVENTARIO DEL ARTÍCULO 809 DE LA LEC Y LA DEL 794 EN LA DIVISIÓN DE HERENCIA CREAN COSA JUZGADA?
 - III. ¿CREA COSA JUZGADA EL AUTO APROBATORIO DEL CUADERNO PARTICIONAL ANTE EL ACUERDO O NO OPOSICIÓN AL MISMO?
-

INTRODUCCIÓN

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero introdujo como «procesos imprescindibles» los de división judicial de herencia y de liquidación del régimen económico matrimonial, a los que calificaba la exposición de motivos como procesos «mucho más simples y menos costosos que el juicio de testamentaría» y, con referencia al segundo, como un proceso para «dar respuesta a la imperiosa necesidad de una regulación procesal clara en esta materia»⁽¹⁾.

La práctica diaria en el foro judicial nos demuestra que la complejidad de ambos procesos, así como la beligerancia de las partes en estos asuntos, evidencia que ni la regulación es simple ni se ha resuelto la complicación jurídica y procesal de los mismos, sino que, al contrario, las complicaciones procesales y la inexistencia de una jurisprudencia por parte del Tribunal Supremo generan dudas y confusión que multiplican la complejidad de estos procesos, muchas veces entrelazados.

El contenido y alcance del juicio verbal de inventario, el de impugnación del cuaderno particional, o la posibilidad del posterior juicio ordinario o del de rescisión por lesión, crean una serie de interrogantes y problemas jurídicos y procesales a los que nos dedicamos a esta materia.

En este estudio intentaré abordar algunos de ellos, como son el alcance de la cosa juzgada del juicio verbal, tanto el de la fase de inventario como el de la fase de liquidación o de impugnación del cuaderno, o si ambos procesos son o no acumulables.

I. ¿SON ACUMULABLES LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES Y EL DE PARTICIÓN DE HERENCIA?

Como sabemos, para determinar la masa hereditaria a dividir entre los herederos, previamente, en caso de existir un régimen de gananciales, el contador partidor deberá liquidar

(1) XIX de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

previamente la sociedad de gananciales. Cuando existe contienda judicial lo lógico procesalmente es entender que al proceso de división de herencia pueda acumularse, como un incidente, el de la previa liquidación de gananciales.

Me refiero a la acumulación de procesos, pues es evidente e incuestionable la inadecuación del procedimiento especial establecido en los *artículos 806 a 811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* para la liquidación del régimen económico matrimonial de comunidad disuelto como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges (*artículos 85 y 1392.1.º del Código Civil*); sabido es que en tales supuestos la disolución del régimen económico matrimonial en cuestión no deriva de un pronunciamiento judicial, sino que deriva, por expresa disposición legal, del hecho de la muerte. Tal afirmación queda respaldada por cuanto en el *artículo 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, al determinar el tribunal competente para conocer del procedimiento, se hace referencia al Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o al Juzgado en el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil —que son, precisamente, las contenidas en el *artículo 1393 del Código Civil*⁽²⁾.

Volviendo a la acumulación de procesos, no es una cuestión resuelta de forma unánime por la jurisprudencia, si bien la mayoría de las sentencias se inclinan por la acumulación. Así se recoge en el reciente Auto de la Audiencia provincial de Granada de 29 de noviembre de 2011⁽³⁾,

«No es unánime en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales la solución al problema planteado en esta alzada, referido a si cabe acumular los procedimientos de liquidación del régimen económico matrimonial y de división de herencia, pudiéndose citar a título de simple mención, las resoluciones de las Audiencias Provinciales de Almería —Sec. 1.ª— de 11 de Noviembre de 2009, que sigue la tesis negativa, en tanto las de Cádiz —Sec. 5.ª— de 26 de Noviembre de 2007, Guipúzcoa —Sec. 1.ª— de 11 de Mayo de 2.009, La Coruña —Sec. 4— de 31 de Marzo de 2010 y Pontevedra —Sec. 6— de 15 de Abril de 2011 siguen la tesis positiva, y otras que imponen la acumulación cuando solo se interesa la acción de división de herencia sin acumular la de liquidación del régimen económico matrimonial, justificándolo en que en primer término ha de efectuarse la liquidación del régimen económico matrimonial por ser presupuesto de la división de la herencia, como la de Almería —Sección 1.ª— de 10 de Septiembre 2008.

La sentencia de esta Audiencia Provincial —Sección 3.ª— de 24 de Septiembre de 2010, sigue la tesis positiva, al afirmar que las acciones de liquidación de la sociedad de gananciales y de partición y adjudicación de bienes hereditarios no son incompatibles, por cuanto no se excluyen ni son contrarias entre sí, antes al contrario, aporta claros beneficios, tanto de carácter económico como en orden a la agilización de la resolución de los conflictos litigiosos, el hecho de posibilitar el conocimiento de estas acciones simultáneamente.

Esta Sala se adhiere a la tesis positiva en aquellos casos, como el presente, en que la disolución de la sociedad de gananciales no ha tenido como presupuesto la nulidad, separación o

(2) En este sentido se muestra la AP de Jaén de 1 de abril de 2011. Ponente: Saturnino Regidor Martínez. Id. Cendoj: 23050370032011100161.

(3) Id. Cendoj: 18087370052011200129. Ponente D. José Maldonado Martínez.

divorcio (lo que podría plantear una cuestión competencial conforme al artículo 807 LEC), considerando que teniendo —*prima facie*— una mayor extensión objetiva la acción para la división de la herencia, el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales es un mero presupuesto de la división de la herencia sin efectos de cosa juzgada, y cabe tramitarlo —por el procedimiento de los artículos 809 y ss. LEC— como si se tratara de un incidente del procedimiento principal, con la particularidad de que tiene señalada una tramitación especial —art. 388 de la LEC— y que es de previo pronunciamiento —art. 390 LEC—, por tratarse de determinar, a través de él, el contenido de una de las partidas que integran la herencia del causante, lo que no sería obstáculo para la adopción de medidas cautelares, si procedieren.

Por otra parte carece de lógica procesal la opción planteada por el Juzgado al recurrente, pues de optar por la división de la herencia, se llegaría a la misma solución que la aquí acordada —tramitar la liquidación del régimen económico como incidente de dicho procedimiento principal— pues sería incongruente frente a dicha opción, inadmitir a trámite la acción escogida.

En consecuencia, procede estimar el recurso y admitir a trámite la solicitud de división de herencia y acumuladamente con ella la de liquidación de sociedad de gananciales del causante, que se llevara a efecto como incidente de dicho procedimiento principal y con suspensión del mismo».

Como he explicado al principio, me adhiero a esta corriente doctrinal, pero ello implicará que hasta que no se acabe el proceso de liquidación de gananciales no es posible continuar con el de la herencia, y con conflictos entre cónyuges e hijos del causante comunes o no con el que ha de liquidar los gananciales puede dilatarse años y años, de ahí la recomendación de que, tanto en sede de gananciales como de división de herencia, tengamos que solicitar siempre las normas de administración de la comunidad potsganancial o que pidamos la intervención de la herencia.

No olvidemos que además la sentencia que ponga fin al proceso de gananciales no crea cosa juzgada (art. 806 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que remite al artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Y además la liquidación efectuada puede ser objeto de discusión en un juicio ordinario, o ser rescindida por lesión en más de la cuarta parte durante un plazo de caducidad de cuatro años (1076 del Código Civil), y que de admitirse en ese caso puede optar el beneficiado por pedir una nueva partición/liquidación o que se indemnice en metálico o en la misma cosa que causó el perjuicio (1077 del Código civil).

Si mientras tanto se sigue el proceso de división de herencia, el que haya iniciado la acción rescisoria podrá pedir la suspensión del proceso de división de herencia por prejudicialidad civil al amparo del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero si ya está efectuada la partición hereditaria puede que tengamos que volver a hacer una nueva. Como vemos «mucho más simples y menos costosos», como nos anunciaba la exposición de motivos de la ley rituaría.

Y tampoco perdamos de vista que la omisión de algún bien en la liquidación/partición efectuada y firme se subsana mediante la adición o complemento de la misma conforme al artículo 1079 del Código Civil.

II. ¿LA SENTENCIA DICTADA EN EL JUICIO VERBAL DE INVENTARIO DEL ARTÍCULO 809 DE LA LEC Y LA DEL 794 EN LA DIVISIÓN DE HERENCIA CREAN COSA JUZGADA?

El artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula la presunción *iuris tantum* de cosa juzgada, que en su sentido propio o material consiste en la imposibilidad de atacar la resolución judicial contenida en una sentencia de un juicio antecedente dentro de otro juicio posteriormente promovido. La cosa juzgada implica que un determinado asunto que había sido litigioso ha sido decidido por sentencia firme, en nuestro caso por Auto firme que pone fin al proceso especial de división de patrimonio (SSTS de 9 de diciembre de 2004, EDJ2004/197301, y de 15 de julio de 2004, EDJ2004/82525).

Para la apreciación de esta excepción se requiere la concurrencia de las tres identidades de personas, cosas y causa o razón de pedir.

A la vista de dicha doctrina, sólo los procesos a los que expresamente la ley no les atribuye la excepción de cosa juzgada carecen de ella, y lo cierto es que los artículos 794 y 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil especifican que dicho juicio verbal termina en sentencia, pero no remite, como hace en el 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al 787.5 de la citada ley, por lo que podría entenderse que esa sentencia sí que crearía cosa juzgada.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de uno de julio de 2011, ponente D. Ramón Romero Navarro⁽⁴⁾, realiza una brillante exposición respecto de este particular, razón por la que reproduzco su contenido literal, el cual comparto plenamente, y que concluye que estos juicios verbales de inventario sí crean cosa juzgada.

«Al respecto tenemos que traer a colación lo que esta Sala dijo en el recurso 539/2010 con relación a estas mismas partes. La cosa juzgada es el efecto que se deriva de la terminación del proceso en virtud de una sentencia definitiva; dos son los aspectos desde los que puede ser considerada a tenor de la doctrina procesalista: uno, **la cosa juzgada formal** o firmeza, que es la que se produce en el mismo proceso, impidiendo recurrir una resolución judicial que ha ganado firmeza por haberse agotado los recursos ordinarios o extraordinarios de que era susceptible; y otro, **la cosa juzgada material** en su doble manifestación, la positiva, que implica la vinculación en un proceso posterior de la sentencia recaída en el anterior, y la **negativa o preclusiva**, que impide que en el segundo proceso pueda resolverse sobre las pretensiones que fueron objeto del primero, esto es, la imposibilidad de un proceso ulterior sobre lo que ha versado el proceso ya terminado en virtud de resolución judicial firme. Pues como señala el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cosa juzgada de las sentencias firmes excluirán conforme a la Ley un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en el que se produjo.

Ahora bien, no toda sentencia firme produce o tiene este efecto preclusivo derivado de la cosa juzgada, puesto que el artículo 447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que carecerán de efecto de cosa juzgada, aparte de las que menciona dicho precepto, aquellas a las que en casos determinados la Ley nieguen esos efectos, debiendo por lo tanto examinarse si la sentencia o sentencias que se dicten en el procedimiento especial para la liquidación

(4) Id. Cendoj: 11012370052011100349.

del régimen económico matrimonial en los artículos 806 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil tienen o no eficacia de cosa juzgada.

El legislador ha establecido dentro del proceso para la liquidación del régimen de gananciales dos fases o trámites distintos; por un lado, para la formación del inventario, y por otro una vez concluido el inventario la liquidación propiamente dicha del régimen económico matrimonial.

El artículo 806 de la Ley atribuye un carácter supletorio a dicho proceso debiendo estarse en este punto al acuerdo a que hubieran podido llegar las partes; en caso de que no exista acuerdo ni sobre el inventario o la liquidación de la sociedad, el inventario se llevará a cabo a solicitud de cualquiera de las partes, en la que debe incluirse una propuesta sobre las partidas que deben integrarlo, debiendo realizarse una comparecencia a presencia del secretario judicial; cuando alguna de las partes no comparezca o lleguen a un acuerdo se consignara en el acta, pero cuando exista discrepancia se debe convocar a las partes a una vista continuando dicho juicio por los tramites del juicio verbal.

Por el contrario en el proceso de liquidación, regulado en el artículo 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando no exista acuerdo entre las partes en la comparecencia a celebrar ante el Secretario judicial, la Ley remite a los trámites que establecen los artículos 785 y ss. de la Ley respecto al procedimiento para la división de herencias, en cuyo artículo 787.5 establece que si no hubiera conformidad por las partes, el Juez dictará sentencia, si bien no producirá efectos de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario correspondiente.

Con relación a esta cuestión la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2.ª, de 18-5-2009 establece

“En nuestra opinión, no hay fundamento suficiente para trasladar, en relación con esta sentencia de formación de inventario, la previsión contenida en el art. 787.5 párr. 2.º de la LECi. De entrada, debe resaltarse la inexistencia, en el art. 809.2 de la LECi., de una previsión expresa o específica que restrinja los efectos de la sentencia dictada en dicho procedimiento, semejante a la contenida en los arts. 810 y 787.5 de la LECi. Se trata de una circunstancia muy relevante, visto lo dispuesto en el art. 447 de la LECi... En dicho precepto, dentro de la regulación del juicio verbal, se relacionan una serie de sentencias dictadas en juicio verbal que no producen efectos de cosa juzgada. Tras referir, en los apartados 2 y 3, una serie de supuestos en que la sentencia carecerá de efectos de cosa juzgada, en el art. 447.4 se indica que ‘tampoco tendrán efectos de cosa juzgada las resoluciones judiciales a las que, en casos determinados, las leyes nieguen esos efectos’. Parece que la ley exige una previsión expresa y determinada de los casos en los que la sentencia dictada en juicio verbal no produce efectos de cosa juzgada. Dicha previsión expresa y determinada no se produce en el caso que nos ocupa. Y no creemos que el mismo pueda entenderse comprendido en la previsión contenida en el art. 447.2 *in fine* LECi., referida a procesos que versan ‘sobre otras pretensiones de tutela que esta ley califique como sumaria’. Aunque no faltan opiniones autorizadas en otro sentido, no creemos que el cauce procedimental previsto en el art. 809.2 LECi. contenga algún tipo de limitación relevante a las posibilidades de alegación, prueba y contradicción, que impida que puedan tratarse y resolverse cuestiones complejas con plenitud de garantías. No creemos que el designio del legislador de establecer un cauce procedimental eficaz (por rápido y ágil) para solventar el objeto procesal de la formación de inventario, haya redundado en una disminución de las posibilidades de enjuiciamiento y

de las garantías de las partes como consecuencia de haber reconducido la controversia a la tramitación del juicio verbal”».

El planteamiento que aquí se mantiene es seguido por autores tales como REBOLLEDO VARELA («La liquidación del régimen económico-matrimonial», dentro de un volumen sobre *Cuestiones de familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, publicado por el CGPJ, en 2001, dentro de la colección Manuales de formación continuada), Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (en los comentarios de la LEC publicados por Lex Nova, en el año 2000, 2.ª edición), Pascual ORTUÑO MUÑOZ (en los comentarios de la LEC publicados por Iurgium editores, en el año 2000), o José Luis ANTÓN BLANCO, «Los aspectos procesales de la liquidación de la sociedad de gananciales», trabajo realizado en 2004 con ocasión de unas jornadas sobre *La liquidación de la sociedad de gananciales*, organizadas por el Ilustre Colegio de Abogados de Castellón y la Asociación Española de Abogados de Familia).

En la sentencia núm. 239/04, de 7 de diciembre, de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Huelva, se contienen interesantes consideraciones que inciden en el criterio aquí mantenido (ponente: Ruiz Yamuza, Florentino Gregorio):

«El art. 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 que se ocupa, dentro del capítulo II mencionado más arriba, de la formación de inventario en el proceso de liquidación del régimen económico matrimonial, establece en su número segundo que si se suscitare controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas, se citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

En cambio el art. 810 de la LEC, sobre liquidación, realiza una remisión a los arts. 784, 785 y ss. de la LEC, entre los que se encuentra el art. 787.5 párrafo segundo de la LEC que establece que lo resuelto en el juicio verbal para la superación de la controversia surgida en este tipo de expediente, carecerá de la eficacia de cosa juzgada. Este mismo criterio es recogido en la Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección. 5.ª, de 25-6-2008 y 12-3-007; Audiencia Provincial Valencia, sec. 11.ª, 25-5-2006; Sentencia de la Audiencia Provincial Huelva, sec. 2.ª, 7-12-2004, entre otras.

Si bien no cabe desconocer la existencia de otros criterios sobre el efecto de cosa juzgada de la sentencia o auto que apruebe la liquidación del inventario, en el procedimiento establecido en el artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, **a juicio de esta Sala debe entenderse que el auto o sentencia que se dicte en el procedimiento que se fija en el artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene dichos efectos**, en la medida que solo se remite en el artículo 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al trámite de los artículos 785 y ss., proceso para la división de la herencia, cuando no exista acuerdo de las partes en la liquidación de la sociedad legal de gananciales, **pero no en el procedimiento que establece el artículo 809 de la citada Ley para la formalización del inventario, en la medida que dicho auto se dicta en virtud del acuerdo de las partes, o en su defecto la sentencia se dicta una vez que las partes han podido proponer todas las pruebas que han estimado oportunas para la determinación del activo y del pasivo de la sociedad legal de gananciales.**

(...) Por lo tanto, Debiendo entenderse pues que, en virtud del acuerdo sobre el activo y el pasivo de la sociedad legal de gananciales a que llegaron las partes en el acta de Inventario

de bienes comunes del matrimonio ante la Secretario Judicial del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Fernando el 8 de marzo de 2006 y en el posterior juicio verbal para dirimir la controversia a propósito de la inclusión de bienes en el inventario, que concluyó por sentencia de 17 de abril de 2006, **quedó zanjada la cuestión relativa a la inclusión o no de bienes, siendo de aplicación lo establecido en el artículo 400.2 de la Lec que establece al respecto que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste».**

Ante la claridad de la sentencia citada y transcrita y los válidos y contundentes argumentos que expone, comparto que la sentencia que pone fin a la fase inventario sí que crea cosa juzgada en cuanto a lo allí discutido, de ahí la importancia que tiene el juicio verbal, y el alcance del mismo. Cuestión distinta será el hecho de que aparezcan nuevos bienes que no fueron incluidos en el inventario, bienes cuya inclusión no puede hacerse en el juicio verbal, ya que es en el momento de la comparecencia de los cónyuges ante el Sr. Secretario en el que queda trabada la *litis*, donde quedan fijadas definitivamente las posiciones de las partes, y en el que han de alegarse los puntos en los que hubiere oposición, de manera que fuera ya de estos momentos procesales no cabe alteración de la postura o ampliación de hecho, en cuanto entraña una variación extemporánea e inadecuada de aquélla, pues precisamente con base en estos la contraparte tomará conciencia de la prueba que pueda y considere procedente articular⁽⁵⁾ en defensa de su posición, ya que, de admitirse otra solución, sería colocada en situación de indefensión. El juicio verbal posterior tienen como finalidad dilucidar las cuestiones que se susciten en la comparecencia sobre inclusión o exclusión de partidas, sin que sea lícito realizar nuevas adiciones en este procedimiento, al llevarlo a cabo en la comparecencia, pues como queda dicho ello quebrantaría los principios de igualdad y defensa.

Con base en lo expuesto, es evidente que el activo de la sociedad conyugal queda plenamente fijado en la comparecencia a la que fueron convocadas las partes de forma personal⁽⁶⁾. En consecuencia si nada se opuso ni nada se incluyó no puede hacerlo en la

(5) Problemática además que se plantea respecto de los documentos a que hace alusión el artículo 808.3.º de la LEC, cuando afirma que «A la solicitud se acompañarán también los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta». En este punto la jurisprudencia no es unánime sobre si precluye el plazo de aportación al actor en sede de juicio verbal, o si el demandado que se opone ha de aportar en ese momento los documentos o será en el verbal. Teniendo presente que en muchos asuntos hablamos de miles de euros, sería conveniente que hubiera una uniformidad de criterios, para evitar sobre todo la indefensión a las partes.

(6) Alguna sentencia afirma que puede suplirse la presencia por el Procurador cuando no se acredita que se apercibió de las consecuencias al cónyuge. Curiosa sentencia es la de la AP de Cádiz de 11 de octubre de 2011, Ponente: Rosa María Fernández Núñez, Id. Cendoj: 11012370052011100412, pues realiza una curiosa interpretación: «Así definido el conocimiento propio de esta alzada, entendemos que no puede asumirse sin matices el planteamiento del apelante. Es cierto que suscitada cuestión acerca de si la comparecencia de los cónyuges al acto procesal de la formación de inventario ha de ser personal o si cabe representación a través de Procurador (*artículo 25.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*) parece que la inclinación del legislador es la de que ambos consortes han de acudir personalmente, en orden a efectiva aproximación de diferencias propiciatoria del acuerdo; la literalidad del *artículo 809* repetidamente referida a los cónyuges, milita en igual sentido, con el aval de buena parte de la llamada jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, citada extensamente en el recurso entre la que pueden destacarse las sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 13 de febrero de 2002, Asturias, Sección 6.ª, de 17 de febrero de 2003, Cáceres, Sección

vista del juicio verbal⁽⁷⁾, siendo además discutido si es objeto de este juicio el declarar la ganancialidad o privaticidad de un determinado bien⁽⁸⁾.

1.ª, de 19 de enero de 2004, y Castellón, Sección 2.ª, 14 de diciembre de 2005, entre otras. Pero no faltan exponentes jurisprudenciales de signo opuesto, así las sentencias de la AP de Vizcaya, Sección 4.ª, de 14 de septiembre de 2005, Guipúzcoa, Sección 3.ª, 21 de abril de 2005, o Madrid, Sección 24.ª, de 3 de marzo de 2009.

En cualquier caso, como cuida de precisar la primera de las sentencias citadas (AP de Barcelona, 13 de febrero de 2002), y pese a que la *ley no lo diga expresamente, la citación a los cónyuges habrá de hacerse bajo* apercibimiento expreso de que su incomparecencia injustificada motivará que se les tenga por conformes con la propuesta de inventario que efectúe el que de ellos hubiera comparecido, dadas las graves consecuencias que la ley anuda a la ausencia, y para que opere la presunción de conformidad, por no acudir, con tal advertencia al llamamiento judicial. Bien entendido que dicho consentimiento tácito o *facta conformidad* opera siempre sobre la base del conocimiento previo del inventario sobre el que la aquiescencia recae.

Basta, sin embargo, un breve repaso de las actuaciones para advertir que en el caso de Doña Isidora no concurren los requisitos indispensables para valorar su inasistencia al acto de formación de inventario en los términos de conformidad o anuencia que el apelante pretende.

Así, formalizada la propuesta de inventario a nombre de Don Millán, y admitida la petición por auto del juzgado que acuerda su formación por el Secretario Judicial con los cónyuges a tenor de la legislación civil aplicable al régimen matrimonial, ordenando citar a los consortes para el acto “con la advertencia de que si alguno de ellos, sin mediar causa justificada no compareciere, se le tendrá por conforme con la propuesta de inventario que efectúe el cónyuge que haya comparecido” (Sic), lo cierto es que intentada la convocatoria de la Sra. Isidora por el Servicio Común del Partido Judicial de Jerez el 11 de junio de 2009 en el domicilio designado, la diligencia no llega a tener efectividad al no ser habida en dichas señas, manifestando una vecina del inmueble que “está de viaje y no sabe cuándo regresa” y reiterada el 23 de junio de 2009, no llega tampoco a tener efectividad. Así las cosas e incluso interesada por el solicitante la citación edictal, significando la imposibilidad de localización de la interpelada en estas actuaciones y otras seguidas en su contra, se constituye en los autos la Procuradora Sra. González Medina, en uso de poder para pleitos de 31 de diciembre de 2008, teniéndose a la misma por personada y parte y entendiéndose con dicha representación la notificación de lo resuelto con entrega de la demanda inicial y auto de admisión.

Así las cosas, concurriendo dicha procuradora al acto de formación de inventario excusando a presencia de su poderdante por hallarse de viaje, sin que conste fuera esta precisamente instruida de las negativas consecuencias de su incomparecencia personal la conclusión al principio adelantada se abre paso sin dificultad, en términos que desautorizan los postulados del recurso e imponen su desestimación».

(7) Sentencia de Audiencia Provincial de Almería 16 de junio de 2011. Ponente: Juan Ruiz-Rico Ruiz-Morón. Id. Cendoj: 04013370022011100074: «es en el momento de la comparecencia de los cónyuges ante el Sr. Secretario, en el que queda trabada la litis, donde quedan fijadas definitivamente las posiciones de las partes, y en el que han de alegarse los puntos en los que hubiere oposición, de manera que fuera ya de estos momentos procesales no cabe alteración de la postura o ampliación de hecho, en cuanto entraña una variación extemporánea e inadecuada de la litis, sin que quepa en modo alguno modificación de las pretensiones deducidas previamente, pues precisamente en base a estos la contraparte tomará conciencia de la prueba que pueda y considere procedente articular en defensa de su posición, de admitirse otra solución sería colocada en situación de indefensión. El juicio verbal posterior tienen como finalidad dilucidar las cuestiones que se susciten en la comparecencia sobre inclusión o exclusión de partidas, sin que sea lícito realizar nuevas adiciones en este procedimiento, al llevado a cabo en la comparecencia, pues como queda dicho ello quebrantaría los principios de igualdad y defensa.

En base a lo expuesto, es evidente que la determinación del activo de la sociedad conyugal quedó plenamente fijado en la comparecencia a la que fueron convocados y en la que la ahora recurrente no solo nada alegó, sino que expresamente mostró su conformidad con el inventario del demandante sobre los bienes relacionados formando parte del activo de la sociedad, salvo en unos beneficios obtenidos en la explotación de unas tierras de secano sitas en el Ejido. En consecuencia ninguna oposición o reclamación formuló en ese momento sobre el carácter ganancial de la vivienda familiar. Todo ello nos conduce a la desestimación del recurso en este extremo».

(8) Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 10 de mayo 2011, Ponente: Ángel Luis Sanabria Parejo, Id. Cendoj: 11012370052011100233: «Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones referidas, en todo caso, el objeto exclusivo de este procedimiento, a tenor del artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consiste en determinar el inventario ganancial y la determinación de los bienes que se incluyen en el mismo, de tal manera que no es objeto de este proceso declarar la privaticidad de los bienes de uno de los litigantes, sin perjuicio de que, *a sensu contrario*, se llegue a la misma conclusión, especialmente cuando se reconoce por la contraparte que determinados bienes son

En sentido contrario se muestra la AP de Jaén en Sentencia de fecha 20 de mayo de 2011⁽⁹⁾, la cual además recoge otra cuestión que ha sido problemática desde la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, cual era la posibilidad del acceso al recurso de casación de las sentencias dictadas en estos juicios verbales.

La referida sentencia afirma:

«Pues bien, ha de partirse de que en el procedimiento para la división de la herencia (en este sentido AP Huelva 07/12/04) se ha establecido una diferenciación a la hora de decidir en caso de desacuerdo entre las partes en la formación de inventario una, cuando la formación de dicho inventario se acuerde conforme al contenido del punto 1 del artículo 783 LEC (Libro IV, título II, Capítulo I, Sección I), celebrándose la Junta en el día y hora señalados (art. 784.1 LEC), debiendo contener las operaciones divisorias la relación de bienes (art. 786.2 LEC), siendo entonces que la disconformidad se realizará por los trámites del juicio oral (art. 787.5 LEC) no teniendo la sentencia eficacia de cosa juzgada; y otra, cuando la formación de inventario tiene lugar en el seno de la intervención del caudal hereditario art. 794 LEC (Capítulo I Sección II) lo que también será resuelto por los tramites del juicio verbal.

Siendo entonces el elemento nuclear del recurso si las resoluciones dictadas con ocasión de incidentes de exclusión o inclusión de bienes en el inventario, irradia cosa juzgada, y al respecto la cuestión está resuelta por las sucesivas Resoluciones del Tribunal Supremo (por todos Auto de 09/12/10) en el que expresamente (véase F. de D. 2) se afirma:

“2. El recurso de casación incurre en la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.1.º, inciso primero, de la LEC 2000, en relación con el art. 477.2 de la misma Ley, pues, con independencia de cuál sea el cauce en que la parte recurrente ampare su recurso de casación, no se puede obviar que la Sentencia contra la que se intentó la preparación, en cuanto dictada en procedimiento tramitado al amparo de lo dispuesto en el art. 809 de la LEC 2000, tiene impedido el acceso al recurso de casación, en la medida en que no se ajusta a las exigencias del art. 477.2 de la LEC 2000, que establece que serán recurribles en casación **las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales**, siendo la razón que aboca a tal solución la imposibilidad de atribuir a la resolución recurrida la condición de ‘Sentencia de segunda instancia’, y ello porque la propia LEC 2000 distingue entre ‘apelación’ y ‘segunda instancia’, configurando esta última como aquella en la que se conoce de los procedimientos que han puesto fin a la primera instancia, lo que no ocurre en el presente caso en el que nos hallamos ante un incidente tramitado, por el cauce del juicio verbal, en el seno de un proceso sobre liquidación del régimen económico matrimonial; doctrina reiterada de esta Sala en Autos, entre otros, de 4 de marzo de 2003, en recurso 77/2003, de 11 de marzo de 2003, en recurso 119/2003, y de 8 de febrero de 2005, en re-

de la propiedad del apelante. Y, en cuanto a la segunda de las cuestiones, si bien no consta una grabación informática del acta de inventario de fecha 10 de Marzo de 2010 al contrario de la que ocurrió en el Juicio Verbal posterior para dirimir las controversias suscitadas y que son el único y exclusivo objeto de esta procedimiento, y teniendo en cuenta las alegaciones que realiza el Letrado de la apelada en cuanto a los documentos que se aportaron en la misma y de los que se le dio el correspondiente traslado, bien pudo el Letrado del apelante presentar dicha documentación en esta segunda instancia para que la Sala pudiera valorar correctamente lo ocurrido, cosa que en ningún momento ha hecho, resultando que lo único que aportó fue una lista de bienes de pertenencia exclusiva del apelante, por lo que procede la desestimación del motivo».

(9) Id. Cendoj: 23050370032011200146.

curso 14/2005, sobre la irrecurribilidad de las sentencias dictadas en procedimiento sobre tercería de dominio; de 18 de marzo de 2003, en recurso 123/2003 sobre la irrecurribilidad de las sentencias dictadas en incidente de oposición a la declaración de quiebra; de 20 de marzo de 2002, en recurso 2374/2001 sobre irrecurribilidad de la sentencia dictada en incidente de oposición a la aprobación del convenio en autos de suspensión de pagos; de 25 de marzo de 2003, en recurso 1479/2002, en incidente promovido en ejecución de sentencia sobre impugnación de tasación de costas; de 1 de febrero de 2005, en recurso 1235/2004, en procedimiento para modificación de medidas acordadas en juicios de separación o divorcio; de 25 de marzo de 2003, en recursos 1318/2002, sobre irrecurribilidad de la sentencia dictada en juicio relativo a la impugnación del cuaderno particional en liquidación de la sociedad de gananciales; de 25 de enero y 31 de mayo de 2005, en recursos 736/2004 y 412/2005, en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales, de 3 de febrero de 2004, en recurso 1457/2003, sobre sentencia aprobando la formación de inventario en procedimiento de liquidación de gananciales, y de 22 de febrero de 2005, en recurso 86/2005, sobre sentencia resolviendo incidente sobre formación de inventario en procedimiento sobre división judicial de herencia, así como Autos de inadmisión de recursos ya interpuestos, entre otros de 30 de marzo, 8 y 15 de junio, 6, 20 y 27 de julio, 14 de septiembre de 2004, 27 de octubre de 2009, 19 de enero de 2010 y 11 de mayo de 2010, en recursos 3121/2002, 2017/2001, 2930/2001, 2150/2001, 2199/2001, 2067/2001, 2209/2001, 553/2009, 699/2009 y 201/2009, sobre irrecurribilidad de las resoluciones que ponen fin a incidentes en general y, en particular, en incidentes sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario en procedimientos de división judicial de herencia (AATS de 24 de febrero y 2 de marzo de 2004, en recursos 1533/2003 y 1147/2003). En relación con el carácter incidental de las Sentencias que resuelven las controversias planteadas sobre la formación de inventario, en esta clase de procedimientos como el que nos ocupa —ya se hayan iniciado vigente la LEC 2000, como es el caso, ya se hayan seguido al amparo de la LEC de 1881, como procedimiento declarativo o en fase de ejecución de sentencia— esta Sala tiene declarado que la propia LEC 2000 distingue entre ‘apelación’ y ‘segunda instancia’, limitada esta última a los casos en que se pone fin a la primera, tras la tramitación ordinaria del proceso (cfr. art. 206.2-3.ª LEC 2000) y en el régimen de la nueva LEC 2000 la naturaleza incidental del juicio verbal al que se remite el art. 809.2 es evidente, al igual que sucede en el caso previsto en el art. 794.4 LEC 2000, lo que determina la irrecurribilidad en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos”.

Por lo tanto el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) impone como derivado, el término de cosa juzgada sustentado, amén de la igualdad de sujetos, objeto y causa, por lo alegado, discutido y resuelto, sin que pueda soportarse una renovación continua del proceso, produciéndose un efecto preclusivo que se da, cuando el proceso terminado haya sido jurídicamente susceptible de un agotamiento Jurídico del caso, y no existiendo cuando el proceso posterior contempla el anterior sin vulneración del principio “non bis in idem”.

Surge entonces la cosa juzgada formal, que priva a las partes (STS de 10 de Febrero de 2003) de impugnar las Resoluciones dictadas en los procesos en los que intervinieron.

Habrà de concluirse conforme a igual doctrina Jurisprudencial (STS 25 mayo de 1995, 30 de Junio de 1996, 24 de Julio de 2000, 15 de Noviembre de 2001 y 10 de Junio y 13 de diciembre de 2002) que la cosa juzgada en el aspecto de la identidad de causa de pedir, tiene los siguientes postulados básicos: a) la intrínseca entidad material de una acción que permanece intacta sean cuales fueren las modalidades extrínsecas adoptadas para su for-

mal articulación procesal: b) la causa de pedir viene integrada por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión o título que sirve de base al derecho reclamado; c) la identidad de causa de pedir concurre en aquellos supuestos en que se produce una perfecta igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad, que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción; d) no desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando, mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero; e) la cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada, impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado, y f) el juicio sobre la concurrencia de la cosa juzgada ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primer pleito con lo pretendido en el segundo.

La cuestión compleja de la demanda sobre declaración de propiedad y cancelación de inscripciones registrales, no ha quedado resuelto en forma contradictoria por anterior procedimiento, siendo entonces que la valoración del principio “nemo potest contra proprium actum venire” supone la valoración de prueba, practicada bajo los principios, de rogación, bilateralidad y contradicción, como sustentadores del superior de tutela judicial efectiva. No guardando identidad, el origen de los bienes su titular y derechos sucesorios con la reivindicación de los mismos por negocio jurídico.

SEGUNDO. En consecuencia habrá de estimarse el recurso, lo que comporta por mandato del art. 398.2 de la LEC, no condenar en las costas de la alzada a ninguno de los litigantes».

Como podemos observar en el mismo año judicial siguen dictándose sentencias contradictorias, a las que, como argumenta la anterior sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, le está vedado el acudir al Tribunal Supremo en casación.

III. ¿CREA COSA JUZGADA EL AUTO APROBATORIO DEL CUADERNO PARTICIONAL ANTE EL ACUERDO O NO OPOSICIÓN AL MISMO?

Podría plantearse en este contexto si el Auto de aprobación del cuaderno particional judicial podría tener un ámbito propio de controversia, que no pudiese ya plantearse con carácter plenario en el juicio ordinario, referido principalmente al avalúo de bienes y a la formación de lotes, lo que justificaría un procedimiento específico y un régimen propio de recursos, y podría conducir a que no fuese posible dirimir en el juicio plenario lo ya resuelto cuando las partes han pedido expresamente que se apruebe el cuaderno en todos sus extremos y no hubo nunca discusión ni oposición.

Pues bien, la ausencia de oposición de las partes (aceptación tácita) o la manifestación de su conformidad (aceptación expresa) conlleva, de forma imperativa, su aprobación judicial, mediante resolución que ha de revestir la forma de auto, como claramente resulta de lo normado en el artículo 787.2, que señala que «pasado dicho término sin hacerse

oposición o luego que los interesados hayan manifestado su conformidad, el tribunal llamará los autos a la vista y dictará auto aprobando las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas».

Estamos ante un auto que pone fin al proceso de división de patrimonio, un proceso especial regulado en el libro IV de la LEC, que debe tener santidad de cosa juzgada, pues nada dice la ley al contrario, como ocurre en el caso del artículo 787.5 LEC, donde la sentencia que recaiga en el incidente de oposición a las operaciones divisorias no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean co-responderles sobre bienes adjudicados en el juicio ordinario.

El Tribunal Supremo se muestra restrictivo al acogimiento de esta clase de impugnaciones, habida cuenta los gastos y esfuerzos inútiles que supone dejarlas sin efecto, y las complicaciones derivadas de retornar los bienes de la herencia a su precedente estado de indivisión, para lo cual proclamó la vigencia en estos casos del principio de conservación de la partición.

En ese sentido, una jurisprudencia iniciada a partir de las Sentencias de 25 marzo de 1914 y 7 de enero de 1932 (RJ 853), con apoyo en los artículos 1056, 1057, 1079 y 1080 del CC, muy restrictivos en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidez de las particiones, declaró la necesidad de respetar, en la medida de lo posible, las operaciones particionales practicadas, limitando la invalidez de las mismas a los casos en los que no existiera otro remedio para restablecer el orden jurídico conculcado, doctrina que fue ulteriormente ratificada en las sentencias también de dicho Alto Tribunal de 17 de abril de 1943 (RJ 418), 9 de marzo de 1951 (RJ 1611), 17 de marzo y 5 de noviembre de 1955 (RJ 1688 y RJ 3100), 30 de abril de 1958 (RJ 1693), 25 de febrero de 1969 (RJ 999); 15 de junio de 1982 (RJ 3428); 18 de enero de 1985 (RJ 182); 31 de octubre de 1996 (RJ 7731) o 13 de marzo de 2003 (RJ 108) entre las más recientes.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de julio de 1992, si bien vedó la acción rescisoria por otros motivos, sostuvo, con arreglo a la LEC derogada, que de no plantear oposición a la división practicada dentro del juicio de testamentaría impedía a los que habían sido parte en el mismo instar un nuevo procedimiento intentando resolver cuestiones que podían haber sido objeto de debate en aquél, y que la no oposición en su momento debía entenderse como aquiescencia a las operaciones realizadas.

Si la parte nunca impugnó, pudiendo hacerlo, no debe permitírsele hacer tabla rasa y promover posteriormente un ordinario o una rescisión por lesión.

En este sentido, La Sentencia de la AP de La Coruña de 8 de julio de 1992 (RJ 6267) señala que «las acciones rescisorias deberían estar vedadas a los que habiendo sido partes en el juicio universal de testamentaría no hicieron uso de la facultad impugnatoria que les proporcionaba el artículo 1079 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los artículos 1081, 1083, 1084, 1085, 1086, 1087, 1088 y 1092 del mismo texto legal, que da amplio margen a la manifestación de una voluntad de oposición, sin que ésta tenga que circunscribirse a eventuales irregularidades procesales, puesto que la literalidad legal no lo restringe y por ello amplio campo se le ofrece al oponente sin la menor restricción ni siquiera en cuanto al fondo y cuantía de las adjudicaciones, como se pone de pretexto por los que mantienen la tesis de que el juicio de testamentaría deja abierta la posibilidad de

las acciones rescisorias del CC, pues esta tesis que es respetable dentro de la opinabilidad de la interpretación hermenéutica del Ordenamiento jurídico, comporta dentro de un grave quebranto de la economía procesal, un no menos grave del principio constitucional de la seguridad jurídica, puesto que hace tabla rasa de la irreversibilidad de la cosa juzgada material ante la posibilidad de haberse discutido el mismo problema de la lesión en las adjudicaciones en el seno del juicio universal de testamentaría abierto a las incidencias de todo tipo y con las garantías del procedimiento ordinario con la amplitud de enjuiciamiento que le es propia, según el artículo 1088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

En efecto, hemos de partir del vigente artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de su carácter como juicio especial (que viene a modificar los precedentes artículos 1081 y siguientes de la LEC de 1881), que tiene la función de simplificar el complejo régimen pretérito de la aprobación judicial de los procedimientos de testamentaría y abintestato.

La ausencia de cosa juzgada la ley la prevé para el supuesto de que haya juicio verbal y sobre su sentencia, **no sobre el auto que apruebe la partición tras la conformidad de las partes intervinientes**. Dicha interpretación es coherente con la exposición de motivos de la Ley Procesal, que, como ya indicamos al principio, diseña «un procedimiento más simple y menos costoso que el juicio de testamentaría de la Ley de 1881», pues de la interpretación contraria se seguiría un farragoso régimen de recursos contra la partición hereditaria, que sería más complejo y caro que el previsto en el derogado régimen legal.

Tal y como sabemos, la doctrina de la acción rescisoria es compatible con la de no ir contra los actos propios, pero también es cierto que esa doctrina estaba avalada, en casos de partición judicial, por el hecho de que la ley procesal de 1881 era un proceso de jurisdicción voluntaria.

No me estoy refiriendo al supuesto de sentencia dictada en el juicio verbal (787.5 LEC), **sino ante la conformidad de las partes al cuaderno, cuando al amparo del 787.2 LEC el Secretario Judicial dicta decreto aprobando el cuaderno. Decreto que sería susceptible incluso de recurso de apelación.**

En este sentido la EDJ 2007/372402, Audiencia Provincial de Cáceres, sec. 1.ª, A 19-11-2007, núm. 170/2007, rec. 536/2007 (pte.: Bote Saavedra, Juan Francisco), nos indica:

«ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Navalmoral de la Mata, en los autos núm. 568/05, con fecha 13 de marzo de 2007, se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

“Se homologa la transacción judicial acordada entre la parte demandante, D. Cristóbal y la parte demandada D. Carlos Manuel, D. Everardo, D. Carlos José, D. Gaspar, D. Ignacio y D. Jesús Manuel, en los términos expuestos en el antecedente segundo de esta resolución, que en este lugar se dan por reproducidos. Se declara finalizado en el presente proceso. Así por este mi auto...”.

SEGUNDO. Frente a la anterior resolución y por la parte demandada, D. Ignacio, se solicitó la preparación del recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 457 de la Ley de Enjuiciamiento Civil...

TERCERO. Obviamente **todas las cuestiones planteadas en esta alzada por vez primera son totalmente improcedentes por extemporáneas**, toda vez que, de conformidad con el art. 787 LEC de las operaciones divisorias se dará traslado a las partes emplazándolas por diez días para que formulen oposición, y transcurrido dicho plazo sin formular oposición se dictará auto aprobando las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas.

En el supuesto examinado, cuando se convoca al apelante para la formación de inventario, muestra su conformidad a todo aquello que acuerden su padre y hermanos, posteriormente, cuando se procede a la formación de inventario, división y adjudicación de los bienes relictos se comunica al apelante sin formular oposición alguna dentro del plazo legal, y **espera a la notificación del Auto homologando la transacción para plantear por primera vez una serie de cuestiones que pudo y debió plantearlas en la instancia oponiéndose por escrito, y sin embargo, no lo hizo, pretendiendo utilizar la vía del recurso de apelación como una primera instancia formulando la oposición a través del escrito de interposición, en lugar de hacerlo en el plazo conferido según la LEC.**

En definitiva, siendo extemporáneas todas las cuestiones planteadas en esta alzada, pues debieron formularse como oposición en la instancia, **procede desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida sin que proceda examinar los motivos del recurso».**

Conforme establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2008, **EDJ 2008/48892**, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros, al no haber formulado oposición a las operaciones particionales carece de legitimación activa, de tal forma que si no se impugnó el cuaderno particional de la liquidación de gananciales no puede luego ejercitarse la acción de rescisión por lesión en más de una cuarta parte:

«También lo impediría la falta de legitimación activa de la actora, ahora recurrente, cuestión que puede ser estimada de oficio (Ss. de 30 de enero de 1996, 26 de abril y 3 de diciembre de 2001, y 28 de diciembre de 2007). En efecto, consta en autos que la partición que impugna fue probada por autos del Juzgado de 1.ª Instancia de Noya el 21 de enero de 1992, una vez conocida por las partes del juicio que ante el mismo se seguía, **sin que la actora formulase ninguna oposición ni, por tanto, con manifestación de puntos de discrepancia, y es doctrina de esta Sala la de que en el juicio declarativo posterior sólo se pueden discutir los puntos de aquella partición en los que no hubo acuerdo (Ss. 20 de mayo de 2005 —EDJ 2005/76744— y 4 de julio de 2007 —EDJ 2007/80210—).**

Si analizamos la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, S. 20-5-2005, núm. 376/2005, rec. 3935/1998, pte.: González Poveda, Pedro:

«La partición efectuada por el contador dirimente tiene carácter vinculante en todo aquello que no haya sido impugnado en los términos de los citados arts. 1084, 1086 y 1088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil...» (FD Segundo).

Por su parte la Tribunal Supremo, Sala 1.ª, S. 4-7-2007, núm. 778/2007, rec. 2739/2000, pte.: Salas Carceller, Antonio, establece, al igual que la anterior, que el heredero que no haya impugnado en forma y modo en su momento procesal oportuno carece de esa legitimación posterior para discutir la partición efectuada por el contador dirimente.

«... falta la legitimación necesaria para oponerse a ella por parte de quien, en principio y en el momento oportuno, no formuló oposición a las operaciones particionales realizadas por el contador-partidor dirimente. La consideración conjunta de lo dispuesto en los artículos 1084 y 1086 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que en el juicio ordinario que se sigue por la oposición de alguno de los interesados a las operaciones particionales únicamente cabe sostener dicha oposición a los que oportunamente la hubieran formulado dentro del término de quince días a que se refiere el primero de los artículos citados, pues lo que no cabe entender es que, deducida tal disconformidad sólo por alguno de estos, pueda ser aprovechada la iniciación del juicio ordinario para incorporar nuevas pretensiones impugnatorias por quienes no lo hicieron en el momento adecuado. Así, los que no manifestaron su disconformidad en momento procesalmente oportuno solamente aparecen legitimados en el proceso ordinario para oponerse a lo solicitado por los disconformes o, en su caso, aquietarse a algunas o a todas las peticiones formuladas, sin posibilidad de ampliar el objeto del proceso».

En este mismo sentido, Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sec. 4.^a, S 4-9-2007, núm. 266/2007, rec. 537/2006, pte.: Moscoso Torres, Pablo José, delimita cuál ha de ser el objeto del juicio ordinario posterior, al afirmar que:

«Tal proceso, regulado en el citado art. 787.5 simplifica de manera notable el declarativo ordinario contemplado en el art. 1088 de la LEC de 1881 EDL 1881/1, pero comparte, sin duda, su misma naturaleza impugnatoria, y como reiteradamente ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de dicho Tribunal de 6 de octubre de 2000 y las que en ella se citan), **el referido juicio ordinario “solamente puede tener por objeto la impugnación de la partición efectuada por el contador dirimente, respecto de las cuestiones que los interesados disidentes manifiesten sucesivamente”**, de manera que es la partición efectuada por el contador partidor “la única que ha de prevalecer, bien con las rectificaciones de las irregularidades denunciadas que hayan quedado probadas, bien en su forma originaria si no las hubo” (sentencias del Tribunal de 8 de julio de 1995 —EDJ 1995/3482— y 25 de mayo de 1996 —EDJ 1996/2706—)».

Como argumento de cuanto exponemos sobre el carácter de jurisdicción contenciosa del anterior proceso de división de patrimonio, la firmeza del decreto aprobatorio del acuerdo, de la no oposición o alegación alguna y por consiguiente el quedarle vedado acudir ahora a un nuevo proceso judicial argumentando hechos no alegados en su día, el Catedrático de Derecho procesal Andrés DE LA OLIVA⁽¹⁰⁾ avala la tesis que sustento al entender que estamos tras la reforma procesal ante un verdadero proceso declarativo situado en la órbita de la jurisdicción contenciosa, distinto del de naturaleza voluntaria del juicio de testamentaria de la LECA (Ley de Enjuiciamiento anterior de 1881), así nos dice (el resaltado es nuestro):

«En estos procedimientos **contemplan, por tanto, una situación de controversia, entre partes determinadas, que ha de ser resuelta jurisdiccionalmente, lo que los sitúa en el**

(10) *Derecho Procesal civil, Ejecución Forzosa y Procesos especiales*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, segunda edición, 2002, pp. 498-499.

ámbito de la jurisdicción contenciosa y explica que la LEC se haya ocupado de su regulación, sin dejarla pendiente de la futura Ley sobre jurisdicción voluntaria.

Las dudas que planteaba la LECA acerca de la naturaleza contenciosa o voluntaria de los procedimientos universales hereditarios podían explicarse en gran medida porque se regulaba como un único proceso una sucesión de actuaciones, que se iniciaba o podía iniciarse con los llamados “actos de humanidad”, seguía o podía seguir con la declaración de herederos abintestato, y finalizaba con la división del caudal hereditario propiamente dicha. Al contemplarse todas estas actuaciones, sin solución de continuidad como integrantes de un único procedimiento, y puesto que al inicio del mismo (actos de humanidad, declaración de herederos) no existía controversia entre partes, la calificación jurídica del procedimiento en cuestión, considerado globalmente, podría inclinarse hacia el terreno de la jurisdicción voluntaria. La propia LECA, sin embargo, hubiera permitido distinguir entre las actuaciones de división de herencia y de las demás que se regulaban en relación con los llamados “abintestatos”. Porque, dentro de ese abigarrado y heterogéneo conjunto de actuaciones, las únicas que se designaban como “juicio” —concepto que la LECA reservaba para la jurisdicción contenciosa— eran precisamente las encaminadas a la división de la herencia (arts. 1001 y sigs.). Y el concepto de “juicio” volvía a aparecer en relación con las “testamentarías” cuyos trámites eran precisamente los que intestada. La LEC únicamente regula el procedimiento para la división de la herencia, manteniéndose vigente la regulación de la declaración de herederos de la LECA hasta que se apruebe la Ley sobre jurisdicción voluntaria. **Separadas así ambas regulaciones, es obligado considerar el procedimiento de división de la herencia con independencia de la declaración de herederos y, así considerado, se percibe bien el carácter de “juicio” (y, por tanto, de jurisdicción contenciosa) que ya la LECA atribuía a las actuaciones estrictamente referidas a la partición del caudal hereditario.** Hay partes bien definidas (los coherederos designados en el testamento o determinados por la previa declaración de herederos) y hay controversia entre esas partes (si no la hubiera, la partición se habría realizado mediante convenio). **Que, una vez abierto el procedimiento, se intente dentro de él alcanzar el acuerdo de las partes (arts. 784 y 787) nada dice en contra de la naturaleza contenciosa del procedimiento; también en el juicio ordinario se busca el acuerdo de las partes al inicio y al final de la audiencia previa al juicio y a nadie se le ocurre decir que el juicio ordinario sea un procedimiento de jurisdicción voluntaria.** Tampoco la ausencia de cosa juzgada de la sentencia que decide sobre la oposición a las operaciones divisorias (art. 787.5) es un dato del que pueda deducirse que el procedimiento no es de naturaleza contenciosa: esa ausencia de cosa juzgada lo único que demuestra es la naturaleza sumaria del trámite de oposición a las operaciones divisorias, ya que el legislador parece haber querido, ante todo, que los bienes de la herencia se repartan con la mayor rapidez posible, permitiendo, eso sí, que una vez hecha la partición, los coherederos disconformes puedan defender en juicio plenario los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados».

Pero además de lo expuesto hasta ahora no podemos olvidar que las partes han de comparecer en estos procesos con abogado y procurador, por lo que cuando las partes se ven asistidas de asesoramiento legal se dificulta en gran manera la posibilidad de acceder a posteriores juicios declarativos para alegar vicios en el consentimiento o rescisión por lesión, ya que en estos casos se entenderá que el asesoramiento legal impide alegar la nulidad o rescisión.

En este sentido se muestra el catedrático de derecho civil de la Universidad de Sevilla D. Manuel RIVERA FERNÁNDEZ⁽¹¹⁾, y con referencia al análisis de la acción de rescisión por lesión, afirmando que

«**Cuestión distinta es que la petición de rescisión sea admitida, ya que es probable que se estime inexistencia de vicios en el consentimiento ante la participación de letrados representando a ambos** cónyuges en el convenio liquidatorio. Así, la STSJ Aragón 20 octubre de 2006 [R. 1662]: “Añadamos a todo esto que la cláusula novena del convenio regulador redactado con intervención y asesoramiento de Abogados dispuso que con las adjudicaciones la sociedad se había dividido por mitad y que no tenían nada que reclamar entre sí por ningún concepto, para concluir que debe estarse a lo aprobado por las partes voluntariamente, sin vicios de consentimiento respectivo, tras la labor del letrado **que aunó la voluntad de las mismas, a modo de Contador Partidor** dedicado a lograr el equilibrio buscado, pues ello supone una composición de las disputas que surgieron durante el periodo negocial entre los cónyuges, y que en el pleito se han querido suscitar de nuevo, tras ese acuerdo vinculante (aplicación de la doctrina del “venire contra proprium factum”) y dado que, en definitiva, la valoración de los bienes, no es preciso que sea exacta matemáticamente hablando, sino aproximada, conforme al art. 10612 CC (S del TS de 13 de junio de 1970 y 6 de octubre de 2000), es decir, “según las circunstancias del caso”. En el mismo sentido, la SAP Zaragoza 20 marzo de 2006 (JUR 2006/126789) en la que se desestima la rescisión al no considerarse la existencia de dolo por no incluir dos clínicas odontológicas en la liquidación cuando su existencia era plenamente consciente por el cónyuge reclamante».

Además de todo lo expuesto quedan fuera de este estudio los problemas del alcance del juicio verbal de inventario, pues desde los que entienden que el objeto exclusivo de este procedimiento, a tenor del *artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, consiste en determinar el inventario ganancial y la determinación de los bienes que se incluyen en el mismo, de tal manera que no es objeto de este proceso declarar la privacidad de los bienes de uno de los litigantes⁽¹²⁾, sin perjuicio de que, *a sensu contrario*, se llegue a la misma conclusión, especialmente cuando se reconoce por la contraparte que determinados bienes son de la propiedad del otro, hasta los que sí que permiten discutir la naturaleza privativa o ganancial del bien en sede de juicio verbal.

No analizaré aquí el problema de la adición y complemento de las particiones, o cuál sería el trámite procesal adecuado, cuestiones complejas que precisan de un estudio específico.

Como vemos ni estamos ante procesos sencillos ni perfilados, lo que obliga a seguir conociendo el criterio que cada juzgado o cada Audiencia utiliza, lo que sin duda crea inseguridad jurídica y soluciones distintas.

(11) *La sociedad Legal de Gananciales*, publicada por Dilex, edición de 2011, p. 535.

(12) AP Jaén, en sentencia de 10 de mayo de 2011. Ponente: Ángel Luis Sanabria Parejo. Id. Cendoj: 11012-370052011100233.

Revista de

Derecho de Familia

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DIVISIÓN DE COSA COMÚN

En un procedimiento de división de cosa común, se deja sin efecto la adjudicación de la vivienda al ex esposo por 600 euros dado que, para el caso de que no existan postores en la subasta, no es de aplicación analógica lo establecido en los arts. 651 y 671 de la LEC.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 182/2011, de 21 de noviembre

Ponente: **Excma. Sra. D.ª Elisa Pérez Vera**

ANÁLISIS DEL CASO

La Audiencia Provincial de Álava, Sección Segunda, dictó Sentencia el 3 de julio de 2001 estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por los cónyuges, en proceso de medidas matrimoniales, acordando entre otras cuestiones, en lo que aquí nos importa considerar, lo siguiente: «la vivienda común podrá ser usada y disfrutada por la menor en compañía de la madre hasta que en ejecución de sentencia proceda su adjudicación a uno de los progenitores o en todo caso su venta a un tercero o en pública subasta conforme a lo establecido en el fundamento jurídico segundo de esta resolución». También se disponía lo siguiente: «Conforme a las pruebas practicadas ha quedado demostrado que la vivienda se compró por las partes en proporción a un 7/12 partes para la Sra. María José y el 5/12 partes para el Sr. Jesús, por tanto, deberá ser en esta proporción como se reparta la finca en caso de que uno de ellos quiera adquirirla, o, en su defecto, así procederá el reparto del dinero procedente de la venta, todo ello conforme a los arts. 400 y ss. CC».

Solicitada la ejecución de la Sentencia por la representación procesal de D. Jesús, el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Vitoria-Gasteiz acordó por Auto de 20 de marzo de 2002 despachar ejecución denegando la oposición a la misma formulada por la representación procesal de la Sra. María José. Decisión ésta que resultó confirmada por la Audiencia Provincial de Álava, Sección Segunda, en virtud de Auto de 1 de julio de 2002.

Abierta la ejecución, transcurren sin embargo más de seis años en los que se alterna el dictado de algunas resoluciones impulsando el procedimiento de enajenación forzosa de la vivienda, con otros periodos de absoluta inactividad judicial, hasta que finalmente se lleva a cabo la subasta del bien el 23 de marzo de 2009, saliendo a la misma con un valor de tasación de 117.722,63 euros, esto es, el precio del avalúo pericial (178.192,91 euros) menos las cargas que pesaban sobre el piso, por importe de 48.757,95 euros de una hipoteca y 11.712,33 euros de un embargo a favor de D.ª María Jesús).

Según el acta del Secretario, no se produjeron posturas de ningún tipo en la subasta.

D. Jesús presentó escrito solicitando de conformidad analógica con el artículo 671 y 670 y concordantes LEC la adjudicación de la vivienda por un valor de 600 euros con el compromiso de subrogarse en las cargas del bien y con la posibilidad de ceder el remate a un tercero.

D.^a María José presentó escrito oponiéndose a lo solicitado, rechazando la equivalencia analógica por la que se la intenta situar como si fuera deudora de su marido, cuando en realidad no existe ninguna deuda entre ambos que satisfacer: «Pretende la contraparte equiparar la presente ejecución de sentencia, meramente declarativa, con una sentencia de condena a entregar una cantidad de dinero, como si la Sra. María José le debiera al Sr. Jesús una cantidad concreta, vencida y exigible en derivación de la sentencia dictada y que se pretende ejecutar».

El Juzgado no admitió inicialmente la tesis del Sr. Jesús, si bien, tras interponerse un recurso de reposición acordó adjudicar la vivienda al ex esposo por un valor de 600 euros con la subrogación en todas las cargas que subsisten.

D.^a María José interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional que acordó declarar la nulidad del Auto dictado así como la de todas las actuaciones posteriores derivadas de dicha resolución, retrotrayendo el procedimiento hasta el momento inmediatamente anterior a resolver el recurso de reposición a fin de que adopte una decisión que resulte respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El presente recurso de amparo se dirige contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Vitoria-Gasteiz, en el procedimiento de ejecución de medidas matrimoniales núm. 120-2002 seguido a instancia del marido de la aquí recurrente en amparo, en el que con estimación del recurso de reposición interpuesto por aquél, y revocando así la providencia previa dictada en fecha 27 de noviembre de 2009, el Juzgado accedió a la solicitud del señor Jesús Marzo para la adjudicación de la vivienda común objeto de liquidación, por un importe total de seiscientos euros (600 €) y el compromiso de asumir las cargas pendientes sobre el inmueble. Esta decisión es tachada por la recurrente en amparo de vulneradora, ante todo, del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a una resolución jurídicamente fundada pues se le atribuye arbitrariedad en el uso de la *analogia legis*. Simultáneamente se aduce la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), si bien esta segunda queja, al no fundamentarse autónoma-

mente en la demanda, parece más bien tributaria de la anterior, a modo de mero reforzamiento dialéctico y, finalmente, una tercera lesión, reducida a la cita nominal del art. 14 CE, también carente de todo desarrollo argumental.

De este modo, debiendo atenernos a la delimitación realizada por la parte del objeto de su pretensión *ex* art. 49.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), así como a la prohibición de reconstruir de oficio las demandas de amparo (últimamente, SSTC 66/2009, de 9 de marzo, FJ 2 y 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 2), el análisis de fondo ha de contraerse única y exclusivamente a la primera de las tres quejas indicadas, sin que, por esta misma razón, quepa examinar tampoco la posible lesión del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes que propugna el Ministerio Fiscal. Ello sin perjuicio de que las reflexiones formuladas sobre la lesión de este último derecho, puedan tomarse en consideración, como luego se verá, en relación con la queja de lesión del derecho a una resolución fundada.

Desde nuestra labor de verificación externa del juicio jurisdiccional cuestionado, no nos corresponde desde luego pronunciarnos sobre cuáles pueden ser los límites en la aplicación de la *analogia legis* en el específico ámbito de la enajenación forzosa de bienes del haber conyugal que han de ser liquidados, en defecto de reglas específicas a este respecto en los arts. 400 y siguientes del Código civil y en la propia Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC) decisiones éstas de legalidad ordinaria que resulta potestad exclusiva de los Tribunales ordinarios (art. 117.3 CE). En definitiva, no nos corresponde determinar si era o no posible, como ha considerado a la postre el Juzgado de Primera Instancia ejecutor, aplicar analógicamente el art. 671 LEC, ante la falta de adjudicación en subasta de la vivienda propiedad de la recurrente y su marido.

Pero lo que sí entra en el campo de nuestro control, desde la óptica del derecho constitucional a obtener una resolución jurídicamente fundada (art. 24.1 CE), es apreciar si esa operación analógica parte en su caso de «premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas» (STC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4); así como la propia ponderación de los resultados a que conduce dicho criterio judicial, en orden a velar por un tratamiento igualitario de las partes dentro del proceso.

Siendo ello así, cabe decir que la resolución que se impugna en este amparo, por un lado, parte de una premisa patentemente errónea, como es la asimilación de la figura del cónyuge que solicita la liquidación de bien común, con la de un «acreedor», y, en sentido contrario, la de aquel otro que no ha tomado la misma iniciativa (en el caso, la aquí recurrente) como un «deudor» de aquél. De otro lado, y merced a ello, se llega a un resultado absolutamente desproporcionado e irrazonable —en cuanto carente de toda justificación objetiva—, el de permitir la adjudicación de la vivienda común, cuya propiedad pertenecía al marido sólo en una 5/12 porción, por un precio total, descontadas las cargas del inmueble de las que aquél se hace cargo,

de seiscientos euros (600 €), cuando la vivienda estaba tasada, sin cargas, en la cantidad de ciento diecisiete mil setecientos veintidós euros con sesenta y tres céntimos (117.722,63 €).

En efecto, no cabe asimilar en pura lógica los papeles de «acreedor» y «deudor» entre cónyuges que están liquidando un bien común, como si uno de ellos fuera el obligado y otro el titular del derecho, sólo porque formalmente uno ha pedido la liquidación-ejecución y por ello reciba el trato de «ejecutante» incluso cuando, como en este caso, el otro se opone a esa ejecución. Que la Ley de enjuiciamiento civil prevea que en los casos de ejecución de obligaciones dinerarias y donde se subasta un bien inmueble, a falta de posturas suficientes no se le deba causar más perjuicios al acreedor, permitiéndole la adjudicación del bien por una cantidad igual o superior al cincuenta por ciento (50 por 100) del valor de tasación o por lo que se le «deba por todos los conceptos» (art. 671 LEC), es una medida que se justifica, precisamente, en la óptica de un proceso seguido para el cumplimiento de una obligación que un sujeto tiene contraída frente a otro. Sólo por eso puede entenderse el sacrificio que entraña una sensible desvalorización del bien mediante esa adjudicación, último remedio para no seguir prolongando una espera que sólo uno de ellos sufre, por responsabilidad del otro.

Tal situación nada tiene que ver, sin embargo, con la liquidación de un bien matrimonial, donde ambos son titulares del bien inmueble —en este caso incluso en mayor proporción para la recurrente afectada— y ambos se ven sujetos a su conversión en dinero. De allí que si bien en principio resulten aplicables las reglas de la subasta previstas en la Ley de enjuiciamiento civil, ello ha de serlo hasta el punto en que resulte razonable la asimilación. No, precisamente, en el punto de adjudicar el bien al cónyuge ejecutante por un importe irrisorio con el que se vendría a dar por satisfecha una deuda como tal inexistente; confundiendo en definitiva, con ello, el ámbito de las relaciones familiares y la división del haber común matrimonial, con el de las obligaciones pecuniarias.

Si el bien inmueble no lograba subastarse porque no se realizaban posturas, existen otras

formas articuladas en la Ley de enjuiciamiento civil vigente (venta privada, intervención de entidad especializada: arts. 640 y 641) para su realización forzosa, que no consta hayan sido siquiera exploradas por las partes ni sugeridas por el ejecutante. En su defecto, la propia ley prevé la celebración de una nueva subasta.

Lo más sorprendente es que el titular del Juzgado, en su providencia de 27 de septiembre de 2009, había denegado dicha solicitud mediante una argumentación sencilla pero irreprochable: «No ha lugar a la adjudicación de la vivienda solicitada, dado que nos encontramos en un procedimiento de división de cosa común en la que no hay propiamente “ejecutado” y “ejecutante” y ambas partes deben tener igual facultad para adjudicarse el inmueble; a falta de postores en una ejecución de división de cosa común se produce una laguna legal que no debe dar lugar a la adjudicación incentivada en provecho solo de uno de los copropietarios».

Argumentación que sin embargo abandona para asumir en reposición la tesis del ejecutante, so capa de que cabe la analogía (art. 4.1 CC) ya no respecto del art. 671 LEC como tal, sino respecto del inciso de éste que permite la adjudicación «por la cantidad que se le deba por todos los conceptos», de modo irrazonable puesto que no había deuda que saldar, con total perjuicio para la situación material del otro cónyuge.

Por lo demás, la invocación al carácter rogado de la ejecución civil no es tampoco una justificación, toda vez que resulta cierto que éste impera en lo que hace a la apertura del procedimiento respectivo, pero de ello no se deriva en modo alguno el otorgamiento de un estatus preferente para el cónyuge que la insta, tal como viene a entender el Juzgado.

En definitiva, apreciándose la irrazonabilidad de la decisión adoptada procede, como decíamos, la estimación del presente recurso de amparo por vulneración del derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada. Ha de acordarse por tanto la nulidad del Auto de 18 de enero de 2010 que se impugna, así como la nulidad de todas las actuaciones posteriores tendentes a asegurar la adjudicación de la vivienda al señor Jesús Marzo en los términos derivados de aquel Auto.

Al mismo tiempo, con el objeto de restablecer a la recurrente en la integridad de su derecho [art. 55.1 c) LOTC], procede acordar la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse resolución en el recurso de reposición interpuesto contra la providencia de 27 de noviembre de 2009, a fin de que por el órgano judicial se adopte una decisión que resulte respetuosa con el derecho fundamental aquí reconocido.

CUESTIONES PENALES

No se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por negarse legitimación a un cónyuge, separado legalmente, para interponer contra el otro querrela por supuestos delitos de estafa y apropiación indebida, dado que la interpretación que hizo el tribunal del art. 103.1 de la LECrim es correcta y adecuada.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 190/2011, de 12 de diciembre

Ponente: **Excmo. Sr. D. Pablo Pérez Tremps**

ANÁLISIS DEL CASO

Don Miguel, en su condición de tutor de don José Manuel, interpuso querrela contra doña María José, por supuestos delitos de estafa y apropiación indebida, que fue admitida a

trámite por Auto del Juzgado de Instrucción núm. 23 de Barcelona de 20 de diciembre de 2002, dando lugar a las diligencias previas núm. 5605-2002, en las que ejerció la acusación particular. Tras formularse sendos escritos de acusación por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, se acordó por Auto de 4 de julio de 2003 la apertura del juicio oral, resultando competente para el enjuiciamiento de los hechos la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de sala núm. 79-2003.

La defensa de la acusada planteó como cuestión previa en la vista oral celebrada el 20 de septiembre de 2005 que la acusación particular carecía de la necesaria legitimación, en primer lugar, porque el tutelado tenía plena capacidad y, en segundo lugar, porque, en cualquier caso, al ser el tutelado cónyuge de la acusada regía la prohibición del art. 103 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim) del ejercicio de la acción penal entre cónyuges.

La Sala, en resolución *in voce* documentada en el acta de la vista oral, acordó rechazar el primero de los motivos, al existir una declaración judicial de incapacitación no revocada, y estimar el segundo. A esos efectos se argumenta que la acusación formulada se trata de un delito contra el patrimonio y el tutelado, si bien está separado judicialmente de la acusada, sigue siendo legalmente su cónyuge, por lo que debe aplicarse el art. 103.1 LECrim, en la redacción dada por el art. 3.3 de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, que establece la prohibición de ejercitar acciones penales entre «los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia». Por tanto, se concluye que la acusación particular no está legitimada para continuar con el ejercicio de la acción penal sino sólo con la civil, por lo que su presencia en el procedimiento sólo lo es en concepto de actor civil.

La acusada fue absuelta por Sentencia de 27 de diciembre de 2005. El recurrente interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo. Señaló la Sentencia que la cuestión de la interpretación del art. 103 LECrim resulta compleja a la vista de las últimas reformas legales que guardan alguna conexión con la influencia de las relaciones familiares de las partes en los procedimientos judiciales, lo que había motivado que la cuestión fuera elevada al Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para su debate. Así, se señala en la Sentencia de casación que en dicho Pleno, en su sesión de 20 de diciembre de 2006, se acordó por mayoría mantener una interpretación literal de la norma, «ya que no concurren motivos para llevar a cabo una exégesis que se aparte de ello», y rechazar la propuesta de considerar que de la excepción prevista en el art. 103.1 LECrim quedan excluidos aquellos cónyuges que estuvieran separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio (fundamento de Derecho primero).

Don Miguel interpuso recurso de amparo que fue desestimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente aduce en su demanda de amparo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción, al considerar que

la interpretación literal del art. 103.1 LECrim efectuada por los órganos judiciales supone una restricción injustificada para la defensa de los intereses legítimos del recurrente en el seno del

procedimiento penal, especialmente tomando en consideración que cabía una interpretación del mismo más favorable al principio *pro actione*. Así, el recurrente argumenta que cabría interpretar la referencia a «delito o falta cometidos el uno contra la persona del otro» no como limitado a delitos contra la integridad física o psíquica sino también a aquellas infracciones que supongan un quebranto de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. Igualmente, el recurrente destaca que, respecto de la interpretación del término «cónyuge», si bien el art. 103 LECrim tiene su fundamento en la protección y salvaguarda de la institución familiar, dicha interdicción no puede ser equiparada a la imposibilidad de ejercer la acción penal en supuestos de separación legal en que los lazos de afectividad ya están rotos. Por último, el recurrente también señala la circunstancia de que si a los cónyuges separados legalmente no les alcanza la exención de responsabilidad del art. 268.1 del Código penal carece de sentido que pueda haber obstáculos procesales para que éstos puedan accionar penalmente entre sí.

El objeto del presente recurso de amparo es determinar si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción, por haberle negado legitimación para ejercer la acusación particular por supuestos delitos de estafa y apropiación indebida contra su esposa, de la que estaba separado legalmente. A los efectos de concretar el objeto de este amparo, y teniendo en cuenta que dicho objeto queda delimitado por la pretensión deducida por el recurrente en su demanda de amparo, hay que poner de manifiesto que el recurrente en ningún caso está cuestionando en este proceso de amparo la constitucionalidad de la exclusión del ejercicio de la acción penal entre cónyuges prevista en el art. 103.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím), a la que reconoce que persigue un fin legítimo. Su pretensión se limita, exclusivamente, a que se declare que la interpretación de dicho precepto efectuada por los órganos judiciales en el sentido de equiparar el tratamiento de los cónyuges y quienes ya estén separados legalmente ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva. Por tanto, el análisis

debe quedar limitado al eventual carácter lesivo del derecho de acceso a la jurisdicción penal de esta interpretación judicial.

Debe recordarse que es doctrina reiterada de este Tribunal que no existe una exigencia constitucional, derivada del art. 24.1 CE, que obligue al establecimiento de una acusación particular, toda vez que la función acusatoria aparece encomendada de manera primordial al Ministerio Fiscal (art. 124.1 CE) (por todas, STC 9/2008, de 21 de enero, FJ 3), en atención a la exclusiva naturaleza pública y la titularidad estatal del ejercicio del *ius puniendi* (por todas, STC 163/2001, de 11 de junio, FJ 2). Así, se ha concluido que la posibilidad de participación de la víctima del delito en el proceso penal a través del ejercicio de la acusación particular, al suponer la atribución o reconocimiento de un derecho de configuración legal, sólo resulta posible en los términos en que aparezca regulado por el legislador (por todas, STC 179/2004, de 21 de octubre, FJ 4). Ahora bien, también se ha puesto de manifiesto que en la medida en que el legislador ha optado por reconocer el derecho al ejercicio de la acción penal a los particulares y, más en concreto, al perjudicado por el delito o falta, dicho derecho entra a formar parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE, en su concreta dimensión de acceso a la jurisdicción; por todas, STC 9/2008, de 21 de enero, FJ 3).

Igualmente, este Tribunal ha reiterado que el derecho de acceso a la jurisdicción penal que ostenta la víctima para el ejercicio de la acusación particular no supone un derecho fundamental, constitucionalmente protegido, a la condena penal de otra persona, sino que se concreta esencialmente en un *ius ut procedatur*, lo que implica el derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho, que también queda satisfecho con una decisión de inadmisión o meramente procesal que apreciara razonadamente la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la ley (por todas, STC 106/2011, de 20 de junio, FJ 2), incluyendo la falta de legitimación activa de quien pretendía el ejercicio de la acción penal bien sea como acusación popular (por todas, STC 67/2011, de

16 de mayo, FJ 2) o particular (por todas, STC 163/2001, de 11 de julio, FJ 4).

Por otra parte, en relación con estas causas de inadmisión y óbices procesales, este Tribunal ha señalado que si bien su apreciación constituye una cuestión de estricta legalidad ordinaria —por lo que a este Tribunal le correspondería sólo revisar aquellas decisiones judiciales en las que tales presupuestos procesales se hayan interpretado de forma arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurriendo en un error patente—, el principio *pro actione* prohíbe, además, que se interpreten dichos requisitos procesales de manera tal que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que dichos requisitos preservan y los intereses que sacrifican, pero sin que ello pueda entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles de las normas que la regulan (por todas, STC 237/2005, de 25 de septiembre, FJ 2).

En el presente caso, como se ha expuesto con más detalle en los antecedentes, queda acreditado, por un lado, que los órganos judiciales, en aplicación literal del art. 103.1 LECrim, en la redacción dada por el art. 3.3 de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, que establece la prohibición de ejercitar acciones penales entre «los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia», negó al recurrente la posibilidad del ejercicio de la acción particular contra su esposa, de la que estaba separado judicialmente, por supuestos delitos de estafa y apropiación indebida, manteniendo únicamente la posibilidad de que ejerciera acciones civiles. Igualmente, queda acreditado que el procedimiento penal continuó hasta la obtención de una resolución sobre el fondo en virtud del ejercicio de la acusación sostenida por el Ministerio Fiscal si bien fue finalmente absolutoria.

En atención a lo expuesto, debe concluirse que las resoluciones impugnadas no han vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción, en tanto que la interpretación del art. 103.1 LECrim realizada

por los órganos judiciales respecto de la prohibición del ejercicio de la acción penal entre cónyuges, incluyendo a los separados legalmente, no sólo no puede ser calificada de irrazonable, arbitraria o incurra en error patente —lo que, en cualquier caso, no ha sido alegado por el recurrente—, sino tampoco contraria al principio *pro actione*.

En efecto, como reconoce el propio recurrente, su pretensión era que los órganos judiciales hicieran una aplicación extensiva de la excepción prevista en el art. 103.1 LECrim, para excluir, en contra de su tenor literal, de su ámbito de aplicación a quienes estuvieran separados legalmente. Pues bien, lo cierto es que la interpretación finalmente asumida por los órganos judiciales no puede ser calificada de excesivamente formalista, ya que responde a un sentido gramatical y sistemático del concepto «cónyuge» utilizado en el art. 103.1 LECrim, toda vez que la separación judicial, en los términos del art. 85 del Código civil (CC), no supone una disolución del matrimonio, sino una mera suspensión de la vida en común y de la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 83 CC).

Del mismo modo, la decisión de no excluir de la excepción del ejercicio de la acción penal entre cónyuges a los que estén separados legalmente tampoco puede ser considerada desproporcionada si se ponderan los fines que dicha excepción preserva con los intereses que en este caso concreto se sacrifican. Empezando por esto último, deben tomarse en consideración dos aspectos por su relevancia. En primer lugar, que si bien es cierto que el objeto de controversia era el ejercicio de la acción penal por parte del recurrente como acusación particular, en su condición de perjudicado por una conducta supuestamente constitutiva de un delito patrimonial no violento de su cónyuge, la decisión judicial de negarle legitimación activa para ejercer dicha acción penal no implicó la imposibilidad de que en este caso concreto se obtuviera un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión de ejercicio del *ius puniendi*, toda vez que el Ministerio Fiscal sostuvo la acusación. En segundo lugar, que la decisión judicial controvertida quedó limitada al ejercicio de la acción penal, mante-

niéndose la posibilidad del ejercicio de la acción civil y, por tanto, la pretensión resarcitoria de los eventuales perjuicios que se hubieran ocasionado por parte de su cónyuge con esos supuestos delitos patrimoniales no violentos. Ello determina que, al derivar el ejercicio de la acción civil de un ilícito penal, el recurrente, en su condición de actor civil, mantuvo en el seno de este procedimiento penal incólumes sus posibilidades de proponer y practicar prueba respecto del carácter ilícito de la conducta e incluso de informar respecto del carácter delictivo de la conducta desarrollada por su esposa al ser éste un presupuesto jurídico de la acción de responsabilidad civil *ex delicto*, que expresamente le fue reconocida.

Por tanto, el interés sacrificado por el recurrente ha quedado limitado, exclusivamente, a la posibilidad de sostener la depuración de las eventuales responsabilidades penales en que hubiera podido incurrir su cónyuge, pero, en ningún caso, ha quedado privado de la posibilidad de obtener un pronunciamiento sobre la pretensión punitiva ni tampoco de participar activamente en este procedimiento en la depuración de las responsabilidades civiles que se hubieran derivado de aquellos hechos, incluyendo la práctica de prueba y la posibilidad de informe al Tribunal en defensa de sus intereses, sin que pueda, pues, hablarse propiamente de una lesión material del derecho a la tutela judicial efectiva.

En este concreto contexto, asumiendo, como hacen el Ministerio Fiscal y el propio recurrente, que, con carácter general, la exclusión prevista en el art. 103.1 LECrim resulta justificada en la protección de intereses con relevancia constitucional reconocidos en el art. 39.1 CE, no cabe apreciar que de la argumentación sostenida por el recurrente se pueda concluir que esos intereses estén ausentes en los casos de cónyuges separados judicialmente, aunque pudieran existir otras soluciones legislativas.

La circunstancia de que tanto las situaciones de divorcio como las de separación judicial puedan evidenciar, en palabras del recurrente, que los lazos de afectividad ya están rotos, no impide apreciar que ambas situaciones son jurídicamente bien distintas y que también lo son sus efectos, no siendo el menor de ellos, y sólo desde una perspectiva estrictamente civil, que en el caso de

divorcio hay una disolución del vínculo, ausente de la separación judicial, que impide la producción de efectos legales de una eventual reconciliación (art. 88 CC). Igualmente, la circunstancia reseñada por el recurrente de que si a los cónyuges separados legalmente no les alcanza la exención de responsabilidad del art. 268.1 del Código penal (CP) carece de sentido que pueda haber obstáculos procesales para que éstos puedan accionar penalmente entre sí, puede resultar un elemento relevante en términos de una labor interpretativa propia de los órganos judiciales. Sin embargo, desde la perspectiva de control que es propia de este Tribunal Constitucional, no resulta concluyente. Más allá de que tanto la exclusión del ejercicio de la acción penal entre cónyuges como la previsión del art. 268 CP de excluir de responsabilidad penal a los autores de determinados delitos patrimoniales no violentos cuando existan determinadas relaciones de parentesco —que no alcanzan a los cónyuges separados judicialmente o de hecho— puedan coincidir en la finalidad perseguida, no tiene por qué producirse una plena identificación entre ambas previsiones ya que, en cualquier caso, la excepción prevista en el art. 103.1 LECrim, al referirse a todo tipo de delitos que no sean los cometidos por el cónyuge contra «la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia», es mucho más amplia que la exclusión de responsabilidad penal del art. 268 CP, que queda limitada a los delitos no violentos previstos en los capítulos I a IX del título XIII del Código penal, correspondiente a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico.

Por último, en relación con el argumento del Ministerio Fiscal, que sostiene que la vulneración del art. 24.1 CE se habría producido por no haberse valorado por las resoluciones judiciales en la interpretación y aplicación al caso concreto del art. 103.1 LECrim la imposibilidad del ejercicio de la acción de divorcio por la incapacidad del recurrente, es de destacar que éste es un argumento que, al margen de no haber sido alegado por el recurrente en su demanda de amparo, parte de un presupuesto que no ha quedado verificado ni acreditado en el caso concreto, ya que ninguna referencia aparece en la demanda de amparo o en las actuaciones en relación con un eventual intento de ejercicio de dicha acción

de divorcio ante la jurisdicción civil que, por haber sido rechazado, tuviera que haber sido asumido y ponderado por los órganos judiciales del orden penal.

En conclusión, no concurre la vulneración aducida por el recurrente, pues no cabe apre-

ciar que se haya efectuado una interpretación contraria al principio *pro actione* del art. 103.1 LECrim para concluir que a los cónyuges separados judicialmente también les alcanza la prohibición de ejercicio de acción penal entre ellos, y el presente amparo debe ser denegado.

TRIBUNAL SUPREMO

VIVIENDA FAMILIAR

El Tribunal Supremo deja sin efecto la limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar acordada por la Audiencia Provincial, aplicando la doctrina jurisprudencial reiterada en cuanto a que no cabe limitación alguna cuando existen hijos menores.

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.^a María contrajo matrimonio con D. Camilo en 1996. Tuvieron un hijo.

En 2006 la esposa presentó demanda de divorcio solicitando una serie de medidas, y entre ellas la concesión de la guarda y custodia del hijo y la atribución del uso de la vivienda familiar.

El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 5 de Telde dictó sentencia el 29 marzo 2007 acordando el divorcio y entre otras medidas la siguiente: «El uso del domicilio conyugal se atribuye al hijo y a la actora durante dos años a partir de la fecha de la presente resolución, a partir de ese momento deberá procederse a su venta a un tercero o a la actora. Hasta la venta de la hipoteca cada progenitor contribuirá por mitad al pago del préstamo hipotecario».

En grado de apelación, la Sec. 3.^a de la AP de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia el 4 de junio de 2008 con el siguiente fallo: «Estimar parcialmente el recurso de apelación deducido contra la resolución impugnada, la cual revocamos únicamente en los siguientes particulares: El uso exclusivo de la vivienda se concede a la mujer e hijo por el plazo de tres años a contar desde esta sentencia de apelación. Este uso exclusivo cesará transcurrido dicho término salvo que antes se haya producido la liquidación de la sociedad de gananciales, en cuyo momento cesará igualmente. En caso de que transcurridos tres años no se haya liquidado la sociedad de gananciales, la vivienda pasará a ser utilizada conforme a las normas ordinarias de los bienes en condominio.

D.^a María interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, que dejó sin efecto la limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El argumento de la Sentencia de la Audiencia Provincial para mantener la limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar fue el siguiente:

«No obstante, lo expuesto no impide que el título que constituye el derecho de uso, es decir, la sentencia que aplica el art. 96 del CC, introduzca limitaciones en este derecho. Ya que el art. 96 del CC se limita a señalar que en la sentencia se atribuirá el uso al cónyuge custodio e hijos, no que ese uso sea incondicional y no sujeto a otro término que el fin del derecho a alimentos de los hijos o de la convivencia con el progenitor custodio. Antes al contrario, la realidad social, con la elevada carestía de las viviendas en la sociedad urbana moderna, obligan a las resoluciones judiciales en cada vez mayor medida a limitar ese derecho de uso, fijando un término final, que en general toma en consideración el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales y establece a la vez un plazo máximo para que tenga lugar dicha liquidación. Así se protegen por un lado los intereses de los hijos y del cónyuge progenitor —intereses de mayor grado de protección legal, ciertamente— pero también el interés del otro progenitor, que no por ser de inferior grado es absolutamente irrelevante. Atribuir el uso de la vivienda indefinidamente, soportando el excluido del uso el gravamen de la hipoteca, supone en los tiempos actuales una virtual privación de los derechos dominicales de dicho cónyuge cotitular, y una solución inaceptable para la adecuada composición de todos los intereses legítimamente atendibles en la unidad familiar. Por todo ello, la solución arbitrada en la sentencia apelada no sólo es legal —rectificado el error ya apuntado anteriormente— sino además es justa, con la sola matización de que el plazo de dos años para la liquidación de la sociedad de gananciales es excesivamente breve, siendo más adecuado conceder tres años de derecho de uso exclusivo sujetos a dicha liquidación, sin hacer referencia al momento y modo en que dicha liquidación ha de producirse. Pero, simplemente, si transcurren los tres años sin haber alcanzado la sociedad ganancial estadio de liquidación, procederá el uso común del bien

conforme a las reglas ordinarias de administración de bienes gananciales en condominio dentro de la llamada comunidad “postganancial”».

En consecuencia, se estableció en el fallo que se debía «Estimar parcialmente el recurso de apelación deducido contra la resolución impugnada, la cual revocamos únicamente en los siguientes particulares: El uso exclusivo de la vivienda se concede a la mujer e hijo por el plazo de tres años a contar desde esta sentencia de apelación. Este uso exclusivo cesará transcurrido dicho término salvo que antes se haya producido la liquidación de la sociedad de gananciales, en cuyo momento cesará igualmente. En caso de que transcurridos tres años no se haya liquidado la sociedad de gananciales, la vivienda pasará a ser utilizada conforme a las normas ordinarias de los bienes en condominio. Se desestima el resto del recurso».

D.^a María presentó recurso de casación, en base al art. 477.2, 3.º LEC, por presentar el asunto interés casacional, alegando infracción de los arts. 96, 142 y 154 CC relativos al uso de la vivienda familiar, puesto que existe doctrina de la Sala que contradice esta interpretación. Ello porque la sentencia recurrida limita el uso de la vivienda familiar al fijar como fecha de finalización un momento que nada tiene que ver con la emancipación del hijo. La sentencia recurrida obvia la existencia del hijo, cuando es lo determinante para acordar, entre otras cosas, la atribución de la vivienda familiar.

El motivo se estima por el Tribunal Supremo con la siguiente argumentación jurídica:

Esta Sala ha decidido el caso planteado en este litigio en las SSTS 221/2011, de 1 abril y 236/2011, de 14 de abril. La STS 221/2011, de 1 abril, sentó la siguiente doctrina: 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, que se ha reiterado en la STS de 236/2011, de 14 de abril.

Es por ello, que se reproducen los argumentos de las citadas sentencias, donde se 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 que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostentan la titularidad sobre dicho bien».

La sentencia recurrida impone un uso, restringido en el tiempo, de la vivienda familiar. Ello porque aunque se atribuye el uso durante tres años al menor y a la madre, como titular de la guarda y custodia, se mantiene mientras no se haya procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales, en cuyo caso se extinguirá; además, se establece en el Fallo que se pasará a aplicar las normas del condominio si, llegado el plazo de los tres años, no se ha liquidado aun la sociedad. Y aunque ésta pudiera llegar a ser

una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta el art. 96 CC, porque 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.

Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, 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 interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos 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.

Por tanto procede aplicar la doctrina sentada en las sentencias citadas que considera 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».

En consecuencia, se casa la sentencia recurrida y debe procederse a dictar sentencia, en la que se declara que el uso de la vivienda se atribuye al hijo menor y a la madre como titular de la guarda y custodia.

PENSIÓN ALIMENTICIA

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 artículo 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.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 14 de junio de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.^a Eloísa y D. Juan Ramón formaron una pareja de hecho entre 2004 y 2007. De sus relaciones nació el hijo Calixto.

Desde el momento de la ruptura de la relación sentimental, el hijo había quedado bajo la custodia de la madre.

D.^a Eloísa demandó a D. Juan Ramón pidiendo la guarda y custodia del hijo y los alimentos. El procedimiento utilizado fue el previsto en el art. 748.4.º LEC.

El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 5 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia el 11 de junio de 2008, en la que se atribuía la guarda y custodia del menor a la madre; el régimen de visitas; los alimentos correspondientes, la forma de pago y las actualizaciones y la forma de contribución a los gastos extraordinarios. Esta sentencia se complementó con el auto del mismo juzgado, de 11 de julio de 2008, que en lo relativo a este recurso decía que la pensión de alimentos debía pagarse «[...] desde el mes de noviembre de 2007, fecha de la interposición de la demanda».

En grado de apelación, la Sec. 3.^a de la AP de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia el 27 de febrero de 2009, confirmando la del Juzgado, pero estimó que debía acogerse la pretensión relativa a la fecha de devengo de las pensiones alimenticias, con el siguiente argumento: «Ha de partirse de la base de que el procedimiento seguido es el previsto en el art. 748.4 LEC, precepto incardinado en el Título I del Libro IV de la Ley de E. civil, relativo a los procesos de capacidad, filiación, matrimonio y menores, por lo que la efectividad de las correspondientes resoluciones lo es, en cuanto se refiere al que es objeto de la litis, desde que se dicta la correspondiente resolución, sin carácter retroactivo, por lo que en este punto procede revocar la resolución combatida y determinar que las pensiones se adeudan desde la fecha de la resolución de la primera instancia».

D.^a Eloísa interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, quien ha sentado la siguiente doctrina jurisprudencial: «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».

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alega la recurrente la infracción de los arts. 93 y 148 CC y de la doctrina sentada para su interpretación, en cuanto que la sentencia recurrida revoca la de primera instancia solo en el punto relativo al momento de devengo de los alimentos, en el sentido de que se devengarán desde la fecha de la sentencia, no desde la de la demanda. Esta resolución es contraria a las SSTS de 3 de octubre de 2008 y 11 de diciembre de 2001. Además, esta cuestión es objeto de debate, pues-

to que existen sentencias de las Audiencias Provinciales en sentido contrario, de modo que las de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22, de 28 de abril de 2006 y 11 de julio de 1995 y sección 24, de 12 de enero de 2005, retrotraen la obligación de prestar alimentos a la fecha de la interposición de la demanda. Sigue citando algunas sentencias contradictorias en este punto específico y señala que esta contradicción debe ser resuelta por la Sala a favor de la interpre-

tación que postula el considerar que cuando la reclamación de alimentos se impone en un proceso judicial por ruptura de las relaciones entre los progenitores, en el que no se han tramitado medidas cautelares, debe fijarse el día de la presentación de la demanda como el del devengo de las pensiones alimenticias a los hijos.

El motivo se estima por el Tribunal Supremo.

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.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Se limita a tres años el periodo para seguir percibiendo la pensión compensatoria fijada sin límite temporal en la sentencia de divorcio en base a la pasividad de la ex esposa en orden a la obtención de un empleo que le permitiese alcanzar una situación de independencia económica.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de junio de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

En los autos de divorcio núm. 306/02, la Sección 2.ª de la AP de Córdoba dictó sentencia de 21 de julio de 2003 que acordó fijar la pensión compensatoria a cargo del marido y a

favor de la esposa en la suma de 900 euros al mes, sin limitación temporal *a priori*, pero contemplando la revisión de las circunstancias tomadas en cuenta para su adopción pasados cinco años contados desde dicha fecha, en particular «el interés y empeño de la esposa en la búsqueda y obtención de trabajo».

El 24 de abril de 2008 el ex marido formuló demanda de modificación de medidas interesando la extinción de la pensión compensatoria acordada o subsidiariamente, la reducción de su cuantía y la limitación temporal a un año. Para sustentar tales pretensiones adujo, sustancialmente, que el desequilibrio fundado en la duración del matrimonio, la mayor dedicación de la esposa al cuidado de la familia y la colaboración de esta en la actividad del esposo debía considerarse suficientemente reparado con la pensión por cinco años percibida durante el periodo que había transcurrido desde la sentencia que la concedió al momento de presentarse la demanda de modificación de medidas, y que la finalidad híbrida de la pensión compensatoria a la que se refirió la AP debía considerarse plenamente satisfecha, pues la formación académica de la ex esposa la hacía apta para incorporarse al mercado laboral y superar, así, el inicial desequilibrio.

La ex esposa se opuso a la modificación instada con base en que la pensión había sido fijada con carácter vitalicio por la AP, y en que, la posibilidad indicada, de revisar las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación transcurridos cinco años, solo era posible pasado dicho plazo y de probarse haberse producido una alteración sustancial de las mismas, lo que no era el caso.

El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 3 de Córdoba dictó Sentencia el 19 de diciembre de 2008 estimando en parte la demanda en el sentido de reconocer a la esposa el derecho a seguir percibiendo la pensión reconocida durante otros tres años más (que se sumaban a los cinco años percibidos hasta ese momento), hasta el 1 de enero de 2012, fecha de su extinción. En síntesis, la sentencia declaró que si la jurisprudencia permite que la pensión pueda extinguirse por el transcurso del tiempo cuando se acredita que el beneficiario no ha mostrado intención de superar el desequilibrio que motivó su otorgamiento, también es posible establecer un límite temporal para su percepción. En consecuencia, dado que la AP previó su revisión transcurridos cinco años, el Juzgado procedió a examinar la subsistencia de las circunstancias que fueron en su día tomadas en consideración, entre las cuales mencionó el interés y empeño de la esposa en la búsqueda y obtención de empleo, y concluyó a este respecto que el simple hecho de figurar como demandante de empleo en el INEM no acreditaba ese interés al que aludió la AP cuando la fijó, lo que permitía, sino su extinción, si al menos limitar su percepción a un plazo de tres años, con el fin de incentivar la búsqueda efectiva de empleo de la perceptora.

En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de Córdoba dictó Sentencia el 25 de mayo de 2009 desestimando los recursos formulados por ambos litigantes y confirmó el fallo de primera instancia.

D.^a Noemí interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los argumentos de la Sentencia de la Audiencia Provincial para confirmar la Sentencia del Juzgado son los siguientes: a) que la AP no fijó límite temporal de cinco años, sino que señaló

dicho plazo para la revisión de las circunstancias tenidas en cuenta para su concesión; b) que la fijación de un límite de tres años no puede tacharse de decisión incongruente, dado que el demandante de modificación pidió la extinción de la pensión o, subsidiariamente, una limitación temporal de un año; c) que constituye hecho probado que la esposa se limitó a inscribirse como demandante de empleo en el INEM y a realizar cursos de formación por tiempo no superior a seis meses, lo que, entiende, es insuficiente para apreciar un auténtico interés y empeño de la esposa en superar el desequilibrio causante de la pensión; d) que, en consecuencia, el nuevo límite de tres años, sumado a los más de cinco ya transcurridos desde su fijación inicial, dan un total superior a ocho años de percepción de la pensión, plazo suficiente para, con la cualificación profesional con que contaba la mujer (técnico de empresa y actividades turísticas), haber accedido al mercado laboral; e) que la nueva circunstancia aludida por la esposa en su recurso (cáncer de mama con metástasis ganglionar, detectada a finales de 2008) ni había quedado suficientemente acreditada ni debía valorarse para la vigencia, extensión o cuantía de la pensión al ser algo sobrevenido a la ruptura del vínculo conyugal.

En el recurso se citan como infringidos de los artículos 90, 91, 97, 100 y 101 CC, se aduce, de una parte, la existencia de interés casacional, tanto en la modalidad de oposición a jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, como en la de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, con relación a la interpretación no taxativa de las causas de extinción del artículo 101 CC, que llevó a la AP al establecimiento de un límite temporal de tres años ante la falta de voluntad de la beneficiaria de superar el desequilibrio. Según la recurrente, dicho criterio se opondría a la doctrina afirmada en sentido contrario por esta Sala en SSTs de 3 de octubre de 2008, RC núm. 2727/2004 y de 17 de octubre de 2008, RC núm. 2650/2003, además de existir en torno a dicha interpretación pronunciamientos contradictorios en la doctrina menor, siendo ejemplo de la postura favorable a carácter taxativo de las causas del artículo 101 CC las SSAP de Murcia, Sección 5.ª, de 30 de marzo de 2004, y de Málaga, Sección 6.ª, de 4 de enero de 2007,

y ejemplos de la interpretación laxa sostenida por la sentencia recurrida, las SSAP de Madrid, Sección 24.ª, de 19 de mayo de 2005 y Valencia, Sección 10.ª, de 27 de septiembre de 2006. De otra parte, en el mismo apartado se combate la decisión de la AP de no tomar en consideración la enfermedad sobrevenida de la perceptora de la pensión, sosteniéndose que se trata de un factor que habría de incidir negativamente en la obtención de empleo y por tanto, a valorar a la hora de decidir sobre su continuidad, por no haberse superado la situación de desequilibrio. En el segundo apartado, de nuevo con fundamento en los artículos 90 y 97 CC, se aduce la existencia de interés casacional en la modalidad de oposición a la doctrina de esta Sala, sobre la posibilidad de fijar la pensión compensatoria con carácter temporal, en la medida que, a su juicio, no se habrían alterado sustancialmente las circunstancias —especialmente las económicas de uno y otro cónyuge— determinantes del desequilibrio que sirvieron de base para acordarla, encontrándose la esposa, por su enfermedad, incluso en peor situación a la hora de acceder al mercado laboral que la que entonces se previó para fijarla sin límite temporal. Se discute expresamente que pueda condicionarse el percibo de la pensión a que el beneficiario haga oposiciones o curse estudios.

El motivo en su conjunto debe ser desestimado.

Después de recordar el Tribunal Supremo la doctrina en cuanto a la imposibilidad de revisar los hechos probados en casación y sobre la posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal, se aplica dicha doctrina al presente caso.

El planteamiento del recurso parte de una serie de razonamientos, empleados tanto por la sentencia de apelación recaída en el previo pleito de divorcio (FD Séptimo), como después por la propia sentencia recurrida, que no se comparten. En particular se discrepa de la posición de aquella, partidaria de admitir la posibilidad de fijar límites temporales a la pensión compensatoria y de negar al mismo tiempo que cupiera fijar un plazo *a priori*, y, también se discrepa de la decisión de la sentencia recurrida, de considerar que la fijación apriorística de un plazo de tres años,

como hizo el Juzgado, no era contraria al contenido o espíritu de su anterior sentencia). Estos razonamientos llevan a la parte recurrente a considerar que la sentencia de apelación dictada en el juicio de divorcio, al fijar con carácter definitivo la pensión compensatoria a percibir por la esposa, lo hizo con carácter vitalicio, cuando por el contrario, como acertadamente declara la sentencia recurrida (FD 1.º) pese a su confusa redacción, de los propios términos de su fundamentación jurídica no se desprende tal cosa sino que se condicionó el percibo de la pensión a partir del quinto año a la prueba de la subsistencia de la situación de desequilibrio inicial, por causa no imputable a la propia desidia o pasividad de la esposa en la búsqueda y obtención de empleo, decisión que trasluce su contemplación como algo temporal en vez de como algo definitivo.

Esta circunstancia possibilitó, con ocasión del presente pleito de modificación de medidas, que tanto el Juzgado como luego la AP, examinaran nuevamente los presupuestos de la pensión, y que decidieran, no su extinción automática por el transcurso del tiempo, como se sostiene (en contra de lo expresamente dicho por la AP, FD Segundo, último párrafo), sino su concesión por el plazo que, *a priori*, se consideraba suficiente para que la esposa superara la situación de desequilibrio que la motivó, medida a medio camino entre lo solicitado por el ex marido demandante (extinción o limitación a un año), que el órgano judicial justificó valorando que ese nuevo plazo de tres años, sumado al anterior de cinco que habían transcurrido al dictarse sentencia en primera instancia, suponían un tiempo más que suficiente para que pudiera desenvolverse de forma autónoma.

Por otra parte, y enlazando con la infracción denunciada en el segundo apartado del motivo, en que se cuestiona la fijación de un límite temporal por supuesta vulneración de la doctrina de esta Sala sobre la materia, hay que afirmar que la decisión de la AP, favorable a esa temporalidad de la pensión, lejos de asentarse en criterios distintos de los afirmados por la jurisprudencia, 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 pondera-

ción, 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, todo lo cual impide su revisión en casación, y con menor motivo, cuando el pronóstico de la recurrente sobre el tiempo necesario para superar el desequilibrio inicial se apoya en sus propias conclusiones de índole fáctico. Por tanto, la Sala considera acertada la decisión al respecto de la AP, que, para su fijación temporal, comenzó valorando y reputaron subsistentes las circunstancias o factores que determinaron que se tuviera por existente el desequilibrio en el anterior juicio de divorcio, entre ellos, la duración del matrimonio (desde noviembre de 1989), la dedicación de la esposa a la familia, su edad (nació el 13 de diciembre de 1961, 41 años a fecha de la ruptura, si se tiene en cuenta que la demanda de divorcio es de abril de 2002) y su cualificación profesional; siendo la pasividad, el interés insuficiente demostrado por la esposa con su conducta, en orden a la obtención de un empleo que le permitiera alcanzar una situación de independencia económica (en este sentido, la AP considera que el empeño e interés de la esposa en eliminar el desequilibrio no tuvo la intensidad que se requería para justificar que el mantenimiento del mismo no podía imputarse a su conducta, y confirmó las apreciaciones del Juzgado que en esta línea, valoró negativamente que se limitara a estar inscrita en el INEM, renunciando a tomar una actitud activa, que en buena lógica, podía ser más efectiva en orden a la obtención de un puesto de trabajo, por ejemplo, mediante el envío de currículos a empresas demandantes de empleo) lo que aconsejó que se limitara a tres años la pensión, al considerar ambos órganos judiciales, con acierto, que en la tesitura en que se encontraba la beneficiaria, era un plazo más que suficiente para conseguir un trabajo, no siendo jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la pensión las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso al mismo por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención.

Finalmente, en cuanto a la toma en consideración de la enfermedad sobrevenida a la espo-

sa, basta decir para rechazar los argumentos de la parte recurrente, que estos se apoyan en sus propias conclusiones de orden fáctico, las cuales discurren al margen de los hechos probados de la sentencia recurrida, toda vez que insiste en la incidencia de su enfermedad en su estado de salud y, consecuentemente, en una mayor dificultad de acceso al empleo, cuando la sentencia recurrida, por el contrario, se refiere con toda claridad a la ausencia de prueba concluyente en orden a ilustrar sobre el tratamiento, las posibles secuelas, sus consecuencias en la vida diaria, y, lógicamente, sobre la incidencia de dicha enfermedad en las posibilidades reales de acceder al empleo que, a priori, con arreglo al resto de factores, cabía atribuir a la esposa, y que llevaron a considerar como adecuado un plazo de tres años para superar la situación de desequilibrio inicial.

Por todo ello, la decisión de la AP, perfectamente razonada, se ajusta a los parámetros de prudencia y ponderación a los que se hizo referencia, por lo que la concesión sin carácter vita-

licio, limitada a tres años, a sumar a los cinco ya percibidos, debe ser respetada en casación, sin que frente a dichos razonamientos puedan prosperar unos argumentos de impugnación de los que meramente se desprende la disconformidad de la recurrente con el reseñado juicio prospectivo y sus consecuencias, ya que 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, más allá de la constatada actitud de la esposa, el plazo total 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, esto es, como instrumento de nivelación patrimonial, o que responde a situaciones de necesidad.

Por el simple hecho de que el esposo tenga mayores ingresos que la esposa no nace el derecho a la pensión compensatoria, pues es necesario confrontar la situación inmediatamente anterior a la ruptura con la que van a tener que soportar a resultas de esta.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de junio de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Moisés interpuso demanda de divorcio contra D.ª Milagrosa solicitando la adopción de una serie de medidas.

D.ª Milagrosa contestó a la demanda y formuló reconvencción solicitando una pensión compensatoria de 300 euros mensuales. Para justificar su procedencia y cuantía adujo la existencia de un desequilibrio económico originado por la ruptura, fundado en la diferencia de ingresos existente entre los cónyuges, en la mayor estabilidad laboral del marido (profesor de universidad, mientras la mujer desempeñaba un puesto de auxiliar interina en una biblioteca municipal), y en que ambas circunstancias traían causa de la plena dedicación de la mujer a la familia durante el matrimonio.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza dictó sentencia el 15 de enero de 2008 incluyendo el fallo, entre otros el siguiente pronunciamiento: «D.ª Milagrosa tendrá

derecho a percibir una pensión compensatoria desde el momento en que deje de percibir ingresos (derivados del trabajo o prestación por desempleo). La pensión se abonará en su integridad desde la mensualidad siguiente a la falta de percepción de ingresos. Fijo su importe en 300 euros. La pensión, con independencia de que tenga que abonarse, se irá actualizando conforme a lo establecido para las pensiones alimenticias. También se hará efectiva de igual forma que éstas».

En grado de apelación la Sección 2.^a de la AP de Zaragoza dictó sentencia de 9 de septiembre de 2008 revocando parcialmente la dictada pro el Juzgado en el sentido de establecer a favor de la demandada una pensión compensatoria de 200 euros mensuales, con carácter indefinido, pagadera los cinco primeros días de cada mes y actualizable anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC, desde la presente resolución».

D. Moisés interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que dejó sin efecto la pensión compensatoria.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Razonamiento jurídico de la sentencia del Juzgado para fijar la pensión compensatoria condicionada a la falta de ingresos por parte de la esposa.

Señaló la Sentencia del Juzgado que la actora lleva trabajando de forma prácticamente ininterrumpida desde 1977; solamente existe un periodo sin trabajar entre 1999 y 2002. El nacimiento de los hijos no ha afectado a su trabajo fuera de casa. No ha conseguido D.^a Milagrosa, a diferencia del esposo, tener un puesto de trabajo fijo. En 2007, la diferencia de ingresos mensuales netos, prorrateados a favor de D. Moisés era de 1.200 euros. No puedo aceptar incluir sin más las dietas en el concepto de retribuciones; así, en la mayor parte de los casos vienen a cubrir cantidades anticipadas por el trabajador y nada se ha acreditado en otro sentido. Todo lo expuesto conduce a concluir que en este momento debe apreciarse un sustancial desequilibrio: D.^a Milagrosa carece de contrato fijo y cuenta con 55 años, frente a la situación estable del actor y que se ha labrado durante el matrimonio.

Sin embargo D.^a Milagrosa no tiene derecho a percibir en este momento una pensión compensatoria. En este sentido, la función de ésta no es la de igualar aritméticamente los ingresos. D.^a Milagrosa tiene unas percepciones que no pueden calificarse como modestas. Por otra parte, las nóminas de D. Moisés se van a ver reducidas

por la pensión alimenticia de los hijos en un 31% de sus ingresos netos prorrateados. Por tanto, el desequilibrio que se constata se hará efectivo en el futuro si D.^a Milagrosa deja de percibir ingresos, previsión que se va a regular en esta resolución. Entiendo que el importe interesado por la esposa se ajusta a las circunstancias actuales».

2. Razonamientos jurídicos de la Sentencia de la Audiencia Provincial para fijar, sin condición alguna, una pensión compensatoria con carácter indefinido.

Ambas partes recurren la sentencia dictada en la instancia, el actor suplica se revoque el pronunciamiento referente a la pensión compensatoria estipulada a favor de la esposa, anulando y dejando sin efecto tal extremo, y la demandada interesa se establezca en su favor una pensión compensatoria de 300 euros mensuales desde que se dictó la sentencia de primera instancia.

La pensión compensatoria regulada en el art. 97 del Código Civil tiene un claro fin, el de corregir los desequilibrios económicos que surjan con la separación o divorcio, al alterar «in peius» el estatus de que disfrutaba el cónyuge perjudicado durante el matrimonio (STS 7-3-93), es decir, intenta enmendar el desequilibrio que la separación o divorcio ocasionen en el nivel de vida de uno de los esposos en función del que ambos venían disfrutando en el tiempo

anterior al cese de la convivencia matrimonial, permitiendo que continúe gozando de un nivel económico similar al que tuvo durante la etapa de normalidad conyugal. También señala el Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de febrero de 2005, que son numerosos y de imposible enumeración los factores a tomar en cuenta para el establecimiento de la pensión compensatoria, cuya función es esencialmente reequilibradora.

En el caso de autos, la esposa comenzó a trabajar en 1977 como dependienta, hasta junio de 1999, percibió una prestación hasta 2001 y desde julio de 2003 trabaja como auxiliar de bibliotecas interina, percibiendo unos ingresos netos mensuales de 1.649 euros (folios 52 y ss.), contando, en la actualidad, con 56 años de edad. El matrimonio ha durado 23 años, y tiene dos hijos de 24 y 21 años de edad, estudiantes universitarios. El esposo es profesor titular de la Escuela Universitaria de Estudios Sociales de la Universidad de Zaragoza, habiendo percibido en 2005 unos 3.000 euros mensuales, y en 2007, unos 2.848 euros al mes, al haber cesado en el cargo de Director de la Escuela en enero de 2006, constando que percibe otros ingresos por cursos-conferencias y dietas. Paga 530 euros mensuales de alquiler. El matrimonio tiene en propiedad la vivienda familiar, una plaza de garaje y un vehículo. Evidentemente, la ruptura conyugal empeora la situación económica de la familia, porque comporta la necesaria duplicación de gastos que antes eran únicos, tales como vivienda (nuevo alquiler), suministros, y alimentación, entre otros. Pese a ello, también resulta claro que la situación económica en que queda la esposa, tras la ruptura, considerada aisladamente con sus ingresos, es más desventajosa que la que disfrutaba el matrimonio antes de la crisis, teniendo en cuenta la considerable superioridad de los ingresos del esposo.

En este orden de cosas, no puede mantenerse el pronunciamiento de la sentencia impugnada, por cuanto hace inefectivo el reconocimiento del desequilibrio económico referido a la esposa, al supeditar el cobro de la pensión de 300 euros mensuales al hecho de que deje de percibir ingresos, tratándose ésta de una previsión o condición de la que se ignora su futuro acaecimiento, y que, en todo caso, no es acorde al derecho

reconocido, que resultaría considerablemente mermado si la Sra. Milagrosa cesase en su actual ocupación o pasase a trabajar en otro y a percibir menos emolumentos que ahora, o, incluso, podría propiciar un cese laboral para la obtención de la pensión. Efectivamente, el pronunciamiento es contradictorio, el desequilibrio debe apreciarse como concurrente o no en el momento de la ruptura conyugal, y si así se hace, determina el derecho al cobro de la pensión, porque lo contrario equivale a reconocer este derecho para un tiempo posterior a la ruptura, y si concurren determinadas circunstancias, lo que no se ha previsto por el legislador, y resulta de incierta efectividad, como ya se ha dicho. Consecuentemente, se establece a favor de la demandada la suma de 200 euros, con carácter indefinido, en concepto de pensión compensatoria desde la presente resolución, la que se estima más adecuada a los intereses en conflicto.

3. Motivos del recurso de casación.

El escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Moisés se formula al amparo del artículo 477.2.3.º LEC, por existencia de interés casacional.

El recurso consta de cuatro motivos.

El primer motivo se introduce con la fórmula: «Primero. Oposición de la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la fijación de la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del Código Civil». El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente: El Tribunal Supremo fijó doctrina sobre la posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal en SSTs de 10 de febrero y 28 de abril de 2005. En esas sentencias el Tribunal Supremo se cuestiona la naturaleza y presupuestos de dicha pensión, sancionando que su finalidad no es equiparar económicamente los patrimonios sino que su finalidad es lograr colocar al cónyuge más desfavorecido con la ruptura en situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial. La sentencia recurrida sienta como probado que la esposa comenzó a trabajar en 1977 como dependienta hasta junio de 1999, que percibió una prestación hasta

2001, y que desde julio de 2003 trabaja como auxiliar de bibliotecas interina, percibiendo unos ingresos netos mensuales de 1.649 euros, mientras que su esposo, como profesor titular de una Escuela Universitaria, percibió en 2007 unos ingresos mensuales de 2.848 euros. Pero, al contar con otros ingresos por cursos, conferencias y dietas, la AP concluyó que procedía conceder la pensión compensatoria. Dicha decisión es contraria a la doctrina del Tribunal Supremo pues, ni es necesario conceder a la esposa soporte económico alguno, para que tenga autonomía, ya que goza de ella por su trabajo, ni tampoco el matrimonio ha supuesto un freno para su ascenso profesional y económico, al pasar de ser dependiente antes de contraerlo a desarrollar una labor de auxiliar de biblioteca y haber obtenido el título de Diplomada en Relaciones Laborales. Además, computar para justificar el desequilibrio los ingresos extras del esposo, por cursos y conferencias, supone perpetuar el nivel de vida del que disfrutaba la esposa y la propia sociedad de gananciales, más allá de su extinción, máxime cuando esos ingresos son el resultado de un esfuerzo suplementario que también puede desarrollar la esposa para obtener más ingresos por su cuenta. La pensión compensatoria no tiene por finalidad igualar el punto de llegada, sino compensar el desequilibrio medido en un punto de partida que hay que situar antes del matrimonio. Incluso, en la hipótesis de que la finalidad de la pensión fuera igualar patrimonios, la cuantía concedida causaría un perjuicio al esposo ya que, si se descuenta de su nómina el alquiler (530 euros mensuales) y los alimentos a sus hijos (900 euros), le quedaría una cantidad (1.412 euros) inferior a la cantidad que percibe la esposa solo por su salario.

El segundo motivo se introduce con la fórmula: «Segundo. Contradicción de la sentencia recurrida con otras de Audiencias Provinciales en la cuestión de la procedencia o no de pensión compensatoria». El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente: La sentencia recurrida funda la procedencia de la pensión compensatoria en la diferencia de ingresos entre los esposos, y la situación más desventajosa en la que quedó la esposa tras la ruptura respecto de la que tenía constante matrimonio, sin consideración alguna respecto de la autonomía económica de

la esposa. Este criterio está en consonancia con el seguido por SSAP de Zaragoza, Sección 4.^a, de 28 de noviembre de 1990; y SAT de Zaragoza, de 4 de marzo de 1988. En contra de ese criterio se muestran las SSAP de Valencia, Sección 10.^a, de 24 de noviembre 2005, 19 de diciembre de 2005 y 14 de junio de 2007, que inciden en que el divorcio perjudica a la economía de ambos cónyuges y que la pensión compensatoria no debe servir para igualar patrimonios sino para lograr que cada uno de ellos encuentre la posición económica que le corresponde según sus propias actitudes o capacidades para generar recursos económicos, lo que excluye su fijación cuando ambos trabajan y perciben ingresos, aun cuando sean de diferente cuantía, y menos aún cuando el matrimonio no ha supuesto un obstáculo para su desarrollo profesional. La sentencia recurrida obvia la capacidad económica de ambos cónyuges para subvenir sus necesidades, así como el ascenso profesional y económico que ha supuesto el matrimonio para la esposa (al contrario que el marido, cuyos mayores ingresos se justifican por una superior formación, previa al matrimonio) y el propio esfuerzo suplementario del marido con cursos y conferencias.

El tercer motivo se introduce con la fórmula: «Tercer motivo. Oposición de la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el carácter indefinido o temporal de la pensión compensatoria». El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente: La sentencia recurrida fija la pensión compensatoria con carácter indefinido, apartándose de la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en SSTs de 10 de febrero y 28 de abril de 2005. Como mera hipótesis, en caso de que se declarase procedente su fijación, debería concederse con carácter temporal pues la esposa tiene cualificación e ingresos suficientes para su autonomía económica. Además, la esposa no tiene que acceder al mercado laboral, en la medida que ya forma parte del mismo y nunca ha dejado de estarlo.

El cuarto motivo se introduce con la fórmula: «Cuarto motivo. Contradicción de la sentencia recurrida con otras de Audiencias Provinciales en materia de la condición de temporal o indefinida de la pensión compensatoria». El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente: La

sentencia recurrida es conforme con el criterio seguido por las SSAP de Zaragoza, Sección 4.^a, de 29 de octubre de 1996 y 9 de febrero de 1990, ninguna de las cuales fija con carácter temporal la pensión compensatoria. Pero resulta contraria al criterio seguido por las SSAP de Madrid, Sección 22.^a, de 13 de noviembre de 2007, y de la Sección 24.^a, de 5 de diciembre de 2007, las cuales se fijan solo en si la pensión es capaz de lograr que el cónyuge más desfavorecido pueda incorporarse al mercado laboral, para lo cual hacen un pronóstico a la hora de calcular el tiempo que va a necesitar para que ello, transcurrido el cual, si persiste el desequilibrio derivado de la ruptura, no podrá reputarse o atribuirse al esposo, al matrimonio o a la quiebra del mismo, y, por ende, no será necesario mantener la pensión. Termina la parte solicitando de esta Sala «[...] dicte sentencia por la que, estimando el recurso de casación interpuesto, case y anule la sentencia recurrida, dictando otra en la que no se fije, por no proceder cantidad alguna en concepto de pensión compensatoria a favor de D.^a Milagrosa».

4. Razonamientos jurídico del Tribunal Supremo para no fijar pensión compensatoria.

En los dos primeros motivos del recurso el marido discute la procedencia de la pensión compensatoria reconocida, siendo su tesis, en resumen, que a tenor de la jurisprudencia fijada por esta Sala en SSTS de 10 de febrero y 28 de abril de 2005, favorable a su posible fijación temporal, no constituye finalidad de la pensión compensatoria equiparar económicamente los patrimonios de los esposos, sino lograr colocar al más desfavorecido por la ruptura en situación de igualdad de oportunidades laborales y económicas, respecto de las que habría tenido de no mediar el matrimonio, siendo consecuencia de ello que el desequilibrio a igualar no sería el existente al concluir este (punto de llegada, según terminología del recurrente) sino el que existiera al comienzo (punto de partida), razones que permiten considerar improcedente la pensión compensatoria en supuestos, como el de autos, en que ambos cónyuges trabajan y perciben ingresos, aunque sea de diferente cuantía, y en que el matrimonio no ha supuesto un obstácu-

lo para su desarrollo profesional. A esta doctrina, según el recurrente, se opondría la sentencia recurrida, al declarar procedente la pensión en atención únicamente a la diferencia de ingresos entre los esposos y a la peor situación económica de la esposa respecto de la que disfrutaba durante el matrimonio gracias a los de su marido, sin valorar, en sentido opuesto a su concesión, los factores antes dichos relativos a que ningún soporte económico adicional precisaba la esposa por disponer de ingresos suficientes procedentes de su trabajo, y a que tampoco el matrimonio había supuesto un freno para su ascenso profesional y económico (durante el mismo pasó de trabajar de dependienta a auxiliar de biblioteca), derivando la diferencia de ingresos entre ambos de circunstancias ajenas al mismo, como la mejor preparación académica y profesional del marido, fruto de su exclusivo esfuerzo personal. En atención a este común planteamiento, en el primer motivo se aduce que el recurso presenta interés casacional en la modalidad de oposición a la jurisprudencia de la esta Sala sobre la materia (fijada en las referidas SSTS de 10 de febrero de 2005 y 28 de abril de 2005), mientras en el segundo se alega interés casacional en la modalidad de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales (a cuyo fin se confrontan las SSAP de Zaragoza, Sección 4.^a, de 28 de noviembre de 1990; y SAT de Zaragoza, de 4 de marzo de 1988, en apoyo del criterio favorable a su reconocimiento, sin consideración alguna respecto de la autonomía económica de la esposa, con las SSAP de Valencia, Sección 10.^a, de 24 de noviembre 2005, 19 de diciembre de 2005 y 14 de junio de 2007, en sentido contrario).

El motivo primero debe ser estimado, al ser improcedente la pensión compensatoria.

A) Esta Sala, para fijar doctrina sobre la posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias (SSTS de SSTS de 10 de febrero de 2005 [RC núm. 1876/2002] y 28 de abril de 2005 [RC núm. 2180/2002], citadas por la propia parte recurrente, después seguidas por las 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], entre las más recientes) tuvo primeramente que analizar la naturaleza o carácter de la misma, siendo sus conclusiones al respecto (recogidas luego, entre otras, en SSTS de 17 de julio de 2009 [RC núm. 1369/2004], 19 de enero de 2010 [RC núm. 52/2006] y 9 de febrero de 2010 [RC núm. 501/2006]) esencialmente, las siguientes:

— El artículo 97 CC, según redacción introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, regula el derecho a la pensión compensatoria como una prestación singular, con características propias, notoriamente alejada de la prestación alimenticia —en cuanto que, a diferencia de esta, no atiende al concepto de necesidad, razón por la que ambas resultan compatibles (SSTS de 2 de diciembre de 1987 y 17 de julio de 2009 [RC núm. 1369/2004])—, pero también de la puramente indemnizatoria o compensatoria —entre otras razones, porque el artículo 97 CC no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación (STS de 17 de julio de 2009) y porque no se compadece con su carácter indemnizatorio que sea posible su modificación a consecuencia de una alteración sustancial y posterior en la fortuna de uno y otro cónyuge y, por supuesto, su extinción—, que responde a un presupuesto básico consistente en la constatación de un efectivo desequilibrio económico, producido en uno de los cónyuges con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), siendo su finalidad restablecer el equilibrio y no ser una garantía vitalicia de sostenimiento, perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando o lograr equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre estos.

— Según aclara la citada jurisprudencia, tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. De esto se sigue que, a diferencia de la pensión alimenticia, en la compensatoria no hay que probar

la existencia de necesidad, toda vez que, como se ha dicho, el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo. Lo que sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge.

— En sintonía con lo anterior, siendo uno de los razonamientos que apoyan su fijación con carácter temporal aquel que destaca, como legítima finalidad de la norma legal, la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, resulta razonable entender que el desequilibrio que debe compensarse debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia.

— La expresada naturaleza y función de la pensión compensatoria obligan al órgano judicial a tomar en cuenta para su fijación, cuantificación y determinación del tiempo de percepción, factores numerosos, y de imposible enumeración, entre los más destacados, los que enumera el artículo 97 CC. Estos factores o circunstancias 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 (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]). Por último, operan también estos factores para poder fijarla con carácter vitalicio o temporal, pues permiten valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario 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 des-

equilibrio. Para este juicio prospectivo el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre. Las conclusiones de la AP al respecto, 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 declarados por la jurisprudencia (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]).

A la luz de esta doctrina, la existencia de un desequilibrio económico entre los esposos en el momento de la ruptura de la convivencia, con respecto a la situación que tenían hasta entonces, constituye un presupuesto de hecho requerido por la norma jurídica, sin el cual no es posible el reconocimiento de la pensión compensatoria. Los dos puntos de referencia obligada son el momento de la ruptura —que ha de servir para comparar las situaciones económicas vigentes hasta ese instante con las posteriores— y el elemento personal —pues lo que se han de comparar son las situaciones personales de ambos cónyuges referidas a ese momento—.

La duda que a veces se ha planteado es si es posible apreciar el citado desequilibrio, y por tanto, fijar una pensión, cuando cada cónyuge tiene una calificación profesional determinada y ejerce su profesión. Esta Sala (STS de 17 de julio de 2009 [RC núm. 1369/2004]) se ha pronunciado al respecto diciendo que, en principio, la mera independencia económica de los esposos no elimina el derecho de uno de ellos a recibir una pensión, pues a pesar de que cada cónyuge obtenga ingresos, puede haber desequilibrio «cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares». Por tanto, valorando

esta afirmación en sentido contrario, la independencia económica impedirá que nazca el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, compatible con diferencias salariales, si no son notorias. Si ambos esposos trabajan, y sus ingresos, valorando la situación inmediatamente anterior a la ruptura con la que van a tener que soportar a resultas de esta, no son absolutamente dispares, la mera desigualdad económica no se va a traducir en la existencia de un desequilibrio para el más desfavorecido susceptible de ser compensado mediante una pensión a cargo del que lo fue en menor medida, pues lo que la norma impone es una disparidad entre los ingresos de carácter desequilibrante.

Finalmente, no puede obviarse el hecho de que, privada la pensión compensatoria del componente asistencial, lo que legitima que el cónyuge más desfavorecido por la situación de desequilibrio económico producida por la ruptura, pueda instar su compensación mediante una pensión a cargo del cónyuge menos desfavorecido, es que tal desequilibrio traiga causa de la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, razón por la cual la pensión, de concederse, deberá fijarse en cuantía y duración suficiente para restituir al este en la situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial.

B) La aplicación de esta doctrina al caso determina que deba estimarse este primer motivo, por cuanto el reconocimiento de la pensión a favor de la esposa se hace descansar en la mera constatación de su situación de desigualdad económica, con respecto a su marido, en atención al dato del salario que cada uno percibe por su trabajo, aisladamente considerado. Este razonamiento conculca los parámetros apuntados por la jurisprudencia, contrarios a identificar el necesario desequilibrio económico con una disparidad no desequilibrante en los ingresos —resultado de comparar la situación inmediatamente anterior a la ruptura con la que van a tener que soportar a resultas de esta—, y abre la posibilidad de su revisión en casación.

Así, y en primer lugar, de los argumentos empleados por la AP se desprende la idea de que la pensión compensatoria tiene por finalidad enmendar la disminución del nivel de vida que conlleva toda ruptura de convivencia, entendiendo que su función ha de ser permitir al cónyuge más desfavorecido seguir disfrutando de un nivel económico similar al que llevaba durante la etapa de normalidad conyugal, lo que no se compadece con la finalidad que le reconoce la jurisprudencia examinada y, además, dado que el nivel de vida que el matrimonio adquirió quiebra necesariamente con la ruptura, se trata de un criterio que puede implicar el efecto de responsabilizar de esta y del consiguiente empobrecimiento de ambos miembros de la pareja, únicamente al cónyuge que se encuentra en mejor situación económica al cesar la convivencia.

En segundo lugar, la mención en la sentencia de algunos de los factores que enumera el artículo 97 CC —la edad de la esposa (56 años), la duración del matrimonio (23 años), la existencia de dos hijos, mayores de edad, pero todavía dependientes económicamente de los progenitores—, no se traduce, sin embargo, en una conclusión ajustada a la doctrina expuesta, pues, como se ha dicho, sustenta el desequilibrio en base únicamente a la inferior situación económica en que quedó la esposa tras la ruptura respecto a la de su marido, computando aisladamente los ingresos de uno y otro cónyuge, obviando que del solo dato de que la esposa gane menos que el marido por su trabajo no cabe automáticamente dar por supuesto un desequilibrio susceptible de ser compensado con una pensión a cargo de éste, siempre que tales ingresos no puedan reputarse absolutamente dispares, no aisladamente considerados, sino tras confrontar la situación inmediatamente anterior a la ruptura con la que van a tener que soportar a resultas de esta.

De este análisis comparativo resulta que, a pesar de que los ingresos probados del marido por su trabajo son casi el doble que los que percibe su esposa (unos 2.900 euros al mes de salario más extras por cursos, conferencias y dietas, frente a 1.649 euros de la mujer), si se ponen en relación con las diferentes cargas que han de hacer frente a partir de la ruptura, no cabe concluir que exista una disparidad que sea fuente misma

del desequilibrio; ni siquiera es lógico afirmar que la esposa es quien ha salido más perjudicada económicamente respecto de la situación inmediatamente anterior a producirse aquella. Así, es determinante que al mantenimiento de su salario se una el hecho de que ha obtenido el uso del domicilio familiar y que la mayor parte de los gastos de alimentación de los hijos que con ella conviven se sufragan con la pensión alimenticia a cargo del padre, que es, por el contrario, sobre quien han incidido en mayor medida las consecuencias económicas negativas derivadas de la ruptura conyugal, al tener que hacer frente a un alquiler de 530 euros mensuales, y al pago de las referidas pensiones alimenticias de sus dos hijos. Por tanto, incluso sin computar el importe de la pensión compensatoria, la capacidad económica del marido sería inferior a la de su esposa, lo cual, más allá de diferencias salariales, impide hablar de un auténtico desequilibrio en perjuicio de esta, que deba de ser compensado por aquel con una pensión a su cargo. Tampoco puede afirmarse que el origen de ese supuesto e hipotético desequilibrio radique en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas de la esposa durante el matrimonio; en primer lugar, porque a tenor de las circunstancias del caso, su mayor dedicación a la familia no se ha revelado como un obstáculo o impedimento para su actividad laboral, ya que ha podido desarrollarla de forma prácticamente ininterrumpida durante todo el tiempo en que se mantuvo la normal convivencia; en segundo lugar, porque tampoco ha resultado probado que su menor cualificación profesional, origen de la diferencia salarial y de la menor estabilidad de su empleo, respecto al de su esposo, sea también una consecuencia directa del matrimonio y no de sus propias actitudes y capacidades. Finalmente, en línea con lo afirmado respecto de la actividad laboral de la esposa, debe valorarse su continuidad, contraria a su consideración como algo esporádico, que impide valorar al tiempo de la ruptura eventuales situaciones futuras de desempleo o de empleo inferiormente retribuido.

La estimación del primer motivo determina que deba revocarse la sentencia recurrida y que proceda denegar la pensión compensatoria solicitada por la esposa en su demanda reconventional. Esta solución hace innecesario el análisis

de los restantes motivos; el tercero (que por lo demás incurre en un planteamiento erróneo, al limitarse a justificar el interés casacional invocado mediante una simple acumulación de sentencias procedentes de órganos diversos) porque insiste en la improcedencia de la pensión, preten-

sión que ya ha tenido una respuesta favorable; los dos últimos, porque se formulan únicamente con carácter subsidiario, al objeto de su fijación con carácter temporal para el caso de que se concluyera que la misma era procedente (lo que no es el caso).

Fijada la pensión compensatoria, su extinción queda 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.

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. José Francisco interpuso demanda de modificación de medidas contra D.ª Melisa solicitando que se declarara extinguida o que se limitara temporalmente la pensión vitalicia de 40.000 pesetas al mes que venía pagando a su esposa. En su demanda mantuvo que el pago lo había realizado durante 17 años, cuando el matrimonio había durado solo 6 años, que la beneficiaria era una persona joven (que se separó con 30 años), que la pensión compensatoria no es una prestación alimenticia ni una carga vitalicia para el obligado, que la beneficiaria nunca dejó de trabajar y tenía capacidad para generar ingresos como procuradora, y que tras la liquidación de la sociedad de gananciales había resultado adjudicataria de la vivienda familiar.

D.ª Melisa contestó a la demanda y se opuso a la pretensión del actor.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Málaga dictó sentencia el 11 de abril de 2008 desestimando la demanda. Señaló la sentencia que «En el supuesto de autos no puede prosperar la pretensión de modificar la pensión compensatoria fijada por las siguientes razones: a) No se ha acreditado la alteración sustancial de las circunstancias que la generaron, salvo el transcurso del tiempo. No es alteración sustancial la liquidación de la sociedad de gananciales pues solo supone concretar en determinados bienes un derecho que ya poseía cada cónyuge con anterioridad. b) El transcurso del tiempo no es causa de extinción. Al tiempo de fijarse (1990), no se contemplaba su fijación con carácter temporal, posibilidad legal que se introdujo con la reforma de 2005 y las sentencias de la AP Málaga han rechazado que proceda revisar, a la luz de esta nueva normativa, las decisiones anteriores favorables a considerarla vitalicia, sin perjuicio de que pueda extinguirse por las causas del artículo 101 CC, ninguna de las cuales concurre, y entre las que no se especifica el mero transcurso del tiempo. Por lo tanto, se rechaza la pretensión modificativa por no haber sido probada la concurrencia de ninguna de las causas del artículo 101 CC.

En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Málaga dictó sentencia el 15 de octubre de 2008 desestimando el recurso interpuesto por D. José Francisco.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Sentencia de la Audiencia fundamentó la desestimación del recurso de la siguiente forma: «Estos presupuestos indispensables para acceder a la modificación deben ponerse en relación con el hecho de que la cuestión a debatir en alzada queda circunscrita en primer lugar a la procedente o no declaración de extinción de la pensión compensatoria por desequilibrio económico fijada a favor de la esposa, determinando el artículo 101 CC como causa de extinción “el cese de la causa que lo motivó”, por “sustancial” mejora del nivel de vida del pensionista, lo que no se ha acreditado por quien debía hacerlo que era el actor, y es suficiente razón para desestimar el motivo. Además, el mero transcurso del tiempo desde la concesión de la pensión, por sí solo, no concede virtualidad a la pretensión extintiva. Que la doctrina primero y luego la reforma del 2005 permitan su reconocimiento con carácter temporal no implica la revisión imperativa de las que antes se concedieron con carácter vitalicio, pues la reforma no busca imponer la temporalidad y permite que subsistan o se impongan pensiones vitalicias cuando concurren razones que lo aconsejen, sin perjuicio de que puedan luego extinguirse de concurrir las causas del artículo 101 CC, entre las que no se encuentra el mero transcurso del tiempo. No es este el momento procesal oportuno para examinar las circunstancias que llevaron a los cónyuges a casarse y si existió comportamiento doloso, sino que lo que debe concretarse es si el desequilibrio económico que determinó el reconocimiento de la pensión subsiste en la actualidad, o ha llegado a desaparecer. Y no solamente no consta su desaparición sino que el propio apelante lo reconoce, siendo intrascendente las resultas de la liquidación de la sociedad de gananciales pues ello es un efecto derivado de la separación y/o divorcio, y por tanto previsible a la hora de la fijación de la pensión compensatoria».

El recurso de casación consta de un único motivo en el que, con una fórmula próxima a

un escrito de alegaciones, se denuncia la infracción de los artículos 97 y 101 CC, y se aduce la existencia de interés casacional en relación con dos cuestiones: interpretación de la doctrina sobre la temporalidad de la pensión compensatoria, e interpretación de las causas de extinción de la pensión, en lo que se refiere a la extinción por el mero transcurso del tiempo al desaparecer el desequilibrio económico. Respecto de la primera, tanto en la modalidad de oposición a la jurisprudencia del TS como en la de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales; con relación a la segunda cuestión, únicamente en esta segunda modalidad. En síntesis, se funda en lo siguiente:

— En primer lugar, con relación a la posibilidad de fijar la pensión compensatoria con carácter temporal, el recurso presenta interés casacional tanto por ser la solución de la sentencia recurrida contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como existir en torno a dicha cuestión doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales. Para justificar la primera modalidad de interés casacional, cita las SSTS de 10 de febrero de 2005, 28 de abril de 2005 y 19 de diciembre de 2005, donde se fija la doctrina de esta Sala en relación con la posibilidad de fijar la pensión compensatoria con un límite temporal en cuanto a su percepción. Para justificar la existencia de doctrina contradictoria de las Audiencias en dicha materia cita la propia sentencia recurrida y otra de la misma Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, de 21 de marzo de 2007, que negarían la posibilidad de revisar una decisión favorable a su establecimiento con carácter vitalicio, a la luz de la reciente jurisprudencia y normativa que permite fijarla con un límite temporal, frente a dos sentencias, ambas de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Navarra, de 13 y 18 de diciembre de 2002, que, según se aduce, afirmarían por el contrario, que si sería posible dicha revisión. En esencia, lo que defiende la parte recurrente es que, aunque in-

introducida la posibilidad de temporalidad de la pensión por la reforma de la Ley 15/2005, ya antes se podía temporalizar dicha pensión, sin que nada impida convertir en temporales las acordadas con anterioridad con carácter vitalicio.

— En segundo lugar, el recurso presenta interés casacional en relación con interpretación de las causas de extinción de la pensión, y la posibilidad de considerarla extinguida por el transcurso del tiempo. Para justificar el interés casacional por existencia de doctrina contradictoria, cita la propia sentencia objeto de recurso y la dictada por la misma Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Málaga, de 4 de enero de 2007, contrarias a admitir la extinción de la pensión por el transcurso del tiempo, frente a las sentencias de la Sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, de 27 de septiembre y 14 de diciembre de 2004, que seguirían el criterio contrario, partidario de considerar extinguida la pensión por el transcurso del tiempo cuando se ha venido percibiendo por un tiempo superior al de duración del matrimonio. En esencia, defiende el recurrente que, dado que en el caso de autos la pensión se había venido pagando durante 16 años sin interrupción, cuando el matrimonio solamente había durado 6 años, esta circunstancia unida al tiempo transcurrido y, consecuentemente, a la cesación del desequilibrio que la causó, debió valorarse para acordar su finalización. En suma, la parte recurrente denuncia que la interpretación realizada por la sentencia recurrida conculca tanto la doctrina sobre la posibilidad de limitarla temporalmente, como el artículo 101 CC, que contempla las causas de extinción de la pensión, al no entender como causa extintiva por desaparición del desequilibrio el transcurso del tiempo en un supuesto en que el pago excedió en mucho la duración del vínculo matrimonial.

El recurso es desestimado.

1. Imposibilidad de revisar los hechos probados en casación.

El régimen de recursos extraordinarios establecido en los artículos 468 y 469 y DF 16.^a LEC establece la separación entre las cuestiones procesales y las sustantivas (SSTS de 16 de marzo de 2010 [RC núm. 504/2006]; 22 de marzo de

2010 [RC núm. 364/2007]; 5 de mayo de 2010 [RC núm. 556/2006]; 5 de mayo de 2010 [RC núm. 699/2005]; 14 de marzo de 2011 [RC núm. 1970/2006]) de manera que estas, consistentes en la infracción de las normas civiles y mercantiles, son las únicas que se pueden plantear en el recurso de casación, cuya función se contrae a contrastar la correcta aplicación de dicha norma sustantiva al supuesto fáctico declarado probado (SSTS de 4 de noviembre de 2010 [RC núm. 2051/2006], 28 de julio de 2010 [RC núm. 1688/2006], 29 de junio de 2010 [RC núm. 871/2006], 1 de febrero de 2010 [RC núm. 191/2007] y 14 de marzo de 2011 [RC núm. 1970/2006]), sin que puedan combatirse en casación los hechos fijados por el tribunal de instancia en su función de valoración de la prueba, por estar esto reservado al recurso extraordinario por infracción procesal poniendo de manifiesto la infracción de alguna regla legal o la concurrencia de arbitrariedad o de una manifiesta falta de razonabilidad en la valoración que se ha llevado a cabo (SSTS 20 de mayo de 2008 [RC núm. 1394/2001]; 6 de noviembre de 2008 [RC núm. 332/2004]; ambas citadas por la STS 25 de marzo de 2010 [RC núm. 1262/2004]). En suma, dado que la casación no es una tercera instancia, no es posible plantear mediante el recurso de casación temas relativos al juicio de hecho, como son los errores en la valoración de la prueba, siendo también inaceptables todas las apreciaciones de la parte recurrente que directa o indirectamente cuestionen o se aparten de las declaraciones de hecho efectuadas en la resolución recurrida (SSTS 18 de junio de 2009 [RC núm. 2775/2004], 5 de mayo de 2010 [RC núm. 556/2006] y 14 de marzo de 2011 [RC núm. 1970/2006], entre otras muchas).

2. 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], 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 declarados por la jurisprudencia.

3. 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) 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 es 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 medi-

da 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 (alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge, cese de la causa que lo motivó, nuevo matrimonio o situación equivalente de convivencia del preceptor).

Puesto que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 CC, lo que procede 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 preceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (artículo 101 CC)—. Y examinada en dichos supuestos la prueba obrante, se concluye que, por no haberse alterado sustancialmente las fortunas de las partes, no ha lugar a modificar la pensión, como tampoco 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 desequilibrio que justificó la concesión del derecho, habiendo descartado también la Sala 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 varía ni dicha liquidación afecta a la situación de desequilibrio, cuando ésta 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.

4. Aplicación de la doctrina expuesta al caso enjuiciado.

El expresado sentido y alcance de la doctrina antes mencionada determina que deba rechazarse el motivo y confirmarse la decisión de la AP de considerar improcedentes tanto la extinción de la pensión como su subsidiaria modificación, en el sentido de limitar temporalmente su percepción.

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 la jurisprudencia de esta Sala se había pronunciado favorablemente a la misma. En todo caso, antes y después de la citada modificación legislativa, lo verdaderamente relevante es que la temporalidad de la pensión se contempla, por la doctrina y por el legislador, como una opción. De esto se sigue que, incluso vigente el nuevo texto, nada impide su fijación con carácter indefinido si resulta lo más adecuado 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 preceptor 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 —de esta Sala

y de diversas Audiencias Provinciales— por el recurrente en materia de temporalidad de la pensión compensatoria, el recurso no puede ser estimado pues en ninguna de las resoluciones que se citan como fundamento del mismo se contempla como obligatorio el reconocimiento con carácter temporal de la pensión compensatoria ni se admite 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, y en relación con la segunda infracción que se denuncia, relativa a la posibilidad de apreciar la concurrencia de una causa extintiva por el mero transcurso del tiempo, conviene precisar que frente a una decisión anterior en pleito de separación favorable al reconocimiento del derecho a pensión compensatoria con carácter vitalicio, que no 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, lo que hace inadmisibles la postura del recurrente de ligar automáticamente el discurrir del tiempo con la desaparición de la situación de desequilibrio que motivó su reconocimiento, para sí estimar cesada la causa que lo motivó, pues es un hecho probado que no cabe revisar en casación que el desequilibrio resultaba subsistente al tiempo de presentarse la demanda de modificación.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Se anula la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial y se acuerda que se practiquen las pruebas propuestas y admitidas por la esposa y que no pudieron practicarse en primera instancia por causa ajena a la misma, denegando su práctica en segunda instancia la Audiencia, pues dicha denegación vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, habida cuenta que estas pruebas pueden ser decisivas para las pretensiones de aquélla.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de junio de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Segundo y D.ª Sagrario contrajeron matrimonio en 1989. Su régimen económico era la sociedad de gananciales.

El 17 septiembre 1996 otorgaron capitulaciones matrimoniales, pactando el régimen de separación de bienes. A pesar de ello, no liquidaron el régimen vigente.

Presentada demanda de separación, fue acordada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18.ª, notificada el 22 de septiembre de 1999, seguida por la sentencia de divorcio de 2 de junio de 1999.

D. Segundo demandó a D.ª Sagrario pidiendo la liquidación del régimen económico de gananciales que había estado vigente hasta el otorgamiento de la escritura de capitulaciones

matrimoniales de 1996. D.^a Sagrario se opuso y formuló reconvencción en la que pidió se declara la nulidad de las capitulaciones matrimoniales por concurrir un vicio de la voluntad que no especificaba. Alegaba también la necesidad de aplicar la doctrina del levantamiento del velo porque muchos de los inmuebles que según la esposa pertenecían al matrimonio, figuraban a nombre de sociedades interpuestas, por lo que debían ser considerados gananciales.

D.^a Sagrario había demandado también a su esposo y después de una serie de incidencias procesales, que se reproducen en los Antecedentes de esta sentencia, se acumularon los autos del juicio de mayor cuantía instado por D.^a Sagrario a los seguidos a instancia de D. Segundo.

El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 74 de Madrid dictó sentencia el 17 de abril de 2007 estimando en parte las demandas interpuestas respectivamente por cada uno de los cónyuges. En síntesis argumentó lo siguiente: a) no se había probado en el procedimiento la concurrencia de un vicio de la voluntad que produjera la nulidad de las capitulaciones matrimoniales tal como había pedido la esposa; b) no era procedente acceder a la petición de la esposa alegando la necesidad de aplicar la doctrina del levantamiento del velo porque, aparte de que no se había demandado a las sociedades, la adquisición de los inmuebles por las mismas «[...] es anterior al matrimonio habido entre los litigantes, de forma que el ánimo defraudatorio, si lo hubiere, no es en función de la sociedad de gananciales habida con D.^a Sagrario, ni en busca de su perjuicio, lo que impide toda contemplación de la doctrina del levantamiento del velo jurídico[...]; c) respecto de los bienes que la esposa consideraba pertenecientes a la sociedad de gananciales, la sentencia de 1.^a instancia dijo que no se había probado su pertenencia a la misma, ya que el cónyuge que pretende la ganancialidad debe probar la adquisición durante el matrimonio.

En grado de apelación, la Sec. 18.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 19 noviembre 2007 estimando parcialmente el recurso. En relación a los tres motivos del recurso, señaló lo siguiente: a) no podía probarse la concurrencia de vicio de la voluntad que permitiese la declaración de nulidad de las capitulaciones matrimoniales; b) no se podía pretender la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, «[...] en relación con todas las entidades en las que de una forma u otra, como administrador, apoderado o accionista o socio, intervenga el apelado, y sin que ni tan siquiera se pretenda con carácter previo una declaración de dominio sobre bienes inmuebles que registralmente constan a nombre de determinadas personas jurídicas como de la real titularidad de la sociedad de gananciales [...]». Ha de establecerse la titularidad dominical y «si la misma la ostentan registralmente otras personas o entidades, las mismas han de ser oídas en el proceso correspondiente»; concluyendo en este punto la sentencia recurrida que «no concurren en el presente caso los requisitos jurisprudencialmente exigidos para su aplicación, no pudiendo presumirse sin más que los bienes adquiridos por determinadas sociedades, algunas de las cuales ni tan siquiera son participadas por el recurrido, durante el tiempo en que estuvo vigente la sociedad de gananciales que se liquida, pertenezcan a la misma; habría que acreditarse que cada una de tales adquisiciones se efectuaron con numerario ganancial y que a pesar de ello se inscribieron a nombre de terceros con la finalidad de defraudar los futuros derechos de uno de los cónyuges cuando la sociedad entonces vigente se disolviera y liquidara por cualquier causa»; c) no se acreditaban los requisitos exigidos por la jurisprudencia para

que pueda aplicarse esta doctrina, por lo que no habiéndose acreditado el dominio como perteneciente a la sociedad de gananciales, no se podían incluirse en el inventario para la liquidación de la sociedad, y d) debían incluirse unos créditos hipotecarios.

D.^a Sagrario interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, siendo estimado el primero y declarando el Tribunal Supremo la nulidad de la sentencia de la Audiencia Provincial, para que se practique la prueba denegada y se dicte nueva sentencia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se alega por la recurrente la infracción de los arts. 435.2 y 460.3 LEC, en relación con el art. 24 CE y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la falta de pruebas admitidas y la denegación de pruebas, en relación asimismo con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. Dice la recurrente que se pidieron cuatro pruebas que, o bien no se llevaron a cabo, o bien se realizaron solo en parte. Estas pruebas son relevantes a los efectos de acreditar las circunstancias exigidas para proceder a aplicar la doctrina del levantamiento del velo y evitar la indefensión.

El motivo se estima.

La recurrente plantea la infracción procesal porque se le denegó en la apelación la práctica de unas pruebas que, según ella, resultaban decisivas para demostrar la realidad de sus afirmaciones en relación a la prueba de los bienes que componían la sociedad de gananciales en el momento de su disolución por el pacto de separación de bienes. Las pruebas fueron solicitadas en la primera instancia con el siguiente resultado:

1.º Oficio remitido a la Agencia Tributaria. Dicha Agencia respondió con un documento estándar, ya impreso, en el que se denegaba la petición, por no corresponder a ninguno de los supuestos establecidos en el art. 113. 1 y 2 de la Ley General Tributaria y señalando que dicha Agencia no proporcionaba copia de dichos documentos porque podría lesionar el derecho a la intimidad del declarante. La petición se volvió a reiterar a instancia de la recurrente en 1.ª Instancia, siendo contestada por la propia Agencia, pidiendo información sobre si se había dictado sentencia que fuera firme y se habían agotado las demás fuentes de conocimiento. Al no haber

respondido, la recurrente pidió la práctica de la prueba nuevamente en segunda instancia, que fue denegada por auto de 12 de septiembre de 2007, en el que se decía que si bien la prueba no se había practicado por causa no imputable a la proponente «[...] no es suficiente para su proposición en esta alzada si no se justifica o al menos se menciona hasta qué punto es útil la misma o qué pretende probarse con su proposición, más aún cuando de la lectura del escrito de interposición del recurso no se desprende su finalidad».

2.º Oficio a las entidades La Caixa y Caja Madrid, de los que tampoco se había obtenido contestación. Se reiteró de nuevo la práctica de dicha prueba, sin obtener ninguna respuesta. Se pidió también en segunda instancia, denegándose asimismo por el auto citado en el apartado anterior y por las mismas razones.

3.º Pericial contable de acuerdo con el escrito de proposición de prueba y el escrito presentado por la recurrente el 12 febrero 2002. Según la recurrente «esta prueba se ha practicado tan solo parcialmente por causas ajenas a nuestra voluntad, habiendo sido reiterada su solicitud de práctica por esta parte». También fue denegada.

4.º Pericial económico-artística en los términos de la proposición de prueba y del escrito de la parte de 12 de febrero de 2002. La petición de esta prueba se fundaba en que habiendo una serie de objetos de arte en la casa donde convivían los cónyuges y desconociendo la recurrente su autoría y su valor, era indispensable a los efectos de las valoraciones de los bienes gananciales.

La denegación de la prueba en segunda instancia fue objeto de recurso de reposición, siendo confirmada por auto de 10 de octubre de 2007.

El art. 460.2.2.º LEC permite solicitar prueba en la segunda instancia en relación a las «propuestas y admitidas en la primera instancia, siempre que se hubiese intentado la reposición de la resolución denegatoria o se hubiese formulado la oportuna protesta en la vista». La doctrina de esta Sala en relación a la interpretación de este párrafo del art. 460.2.2 LEC puede resumirse utilizando la síntesis de la STS 25 mayo 2011, que dice: «a) Al exigir que la prueba sea relevante para que debe ser admitida en segunda instancia, la LEC recoge la doctrina constitucional con arreglo a la cual el derecho a la tutela judicial efectiva sólo puede resultar vulnerado por la denegación o falta de práctica de una prueba imputable al órgano jurisdiccional cuando el interesado justifica que la prueba denegada o no practicada es decisiva para la defensa de sus pretensiones (SSTC 1/1996, de 15 de enero; 70/2002, de 3 de abril, 1/2004, de 14 de enero; 121/2004, de 12 de julio; 60/2007, de 16 de marzo, 136/2007, de 4 de junio, entre otras), pues la no-admisión de un medio de prueba de prueba sólo puede causar indefensión y, con ello, determinar la vulneración del artículo 24 CE y justificar la interposición de un recurso extraordinario por infracción procesal si es susceptible de influir en el resultado del proceso».

De acuerdo con la doctrina expuesta, deben examinarse las distintas pruebas para determinar si concurre o no la vulneración del art. 24 CE en la denegación de la prueba en la segunda instancia. Para ello ha de partirse del objeto del litigio, que es la liquidación de la sociedad de gananciales habida entre el Sr. Segundo y la Sra. Sagrario desde 1989, fecha del matrimonio, hasta 1996, fecha del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales. Y debe recordarse aquí que la sentencia ahora recurrida ha denegado la petición de la esposa de que se levantara el velo de las sociedades de las que su esposo formaba parte durante el matrimonio precisamente por falta de prueba.

Por tanto:

1.º Debería haberse aceptado la proposición de prueba consistente en la petición a Hacienda pública de los certificados de renta de los años 1989 hasta 2000. La razón de Hacienda re-

lativa a la protección del derecho a la intimidad de la persona cuyo certificado de renta se pide deja de tener razón de ser cuando quien lo solicita es uno de los cónyuges y más en el presente caso, en que el régimen de su matrimonio son los gananciales. El art. 1383 CC impone a los cónyuges el deber de «informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica suya». Dado que estas actividades tienen su reflejo en la declaración de la renta, no es una petición contraria a la ley la efectuada por la recurrente, porque se trata de una información a una de las partes de la sociedad de gananciales y no a terceras personas, en cuyo caso quizá podría alegarse la protección del derecho a la intimidad pero que no tiene ninguna razón de ser en este caso, dada la obligación impuesta en el citado art. 1383 CC.

2.º Las mismas razones avalan la petición de los certificados a las entidades financieras La Caixa y Caja Madrid. Es más, no se sabe cuáles son las razones que les han llevado a no responder a la petición de prueba efectuada por el Juzgado de 1.ª instancia, porque se han limitado a no decir nada al respecto.

3.º En cambio, no resulta necesaria la reiteración del peritaje contable que se llevó a cabo en primera instancia. Constan en los autos el texto del citado peritaje, las razones de la limitación de la pericia a unas determinadas sociedades, la participación del Sr. Segundo en las mismas y las opiniones del perito sobre todas las circunstancias lo que aclaró y confirmó en el acto de la comparecencia. La prueba existe y debe ser valorada por el tribunal sentenciador, por lo que la denegación de su reiteración en segunda instancia no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente.

4.º Respecto a la prueba relativa a la autoría y valor de determinadas obras de arte existentes en la vivienda conyugal, su denegación tampoco lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, porque las obras existen, están perfectamente identificadas y la denegación de la nueva prueba sobre su valoración no impide que en cualquier momento, una vez se haya probado el carácter ganancial de dichos bienes, se reajusten los valores finales del inventario.

De los argumentos anteriores se llega a la conclusión de que la denegación de las pruebas identificadas en los números uno y dos (certificaciones de Hacienda y de las entidades La Caixa y Caja Madrid) ha causado indefensión a la recurrente, al haberse lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva, ya que dichas pruebas pueden ser decisivas para sus pretensiones.

Admitido este motivo del recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de D.^a Sagrario, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18, de 19 de noviembre de 2007, procede anular la sentencia recurrida, de acuer-

do con lo establecido en el art. 476.2.4 LEC y reponer las actuaciones al estado y momento en que se dictó el auto de 12 de septiembre de 2007, confirmado por el de 10 de octubre de 2007, por el que se denegaba la prueba pretendida.

En consecuencia, procederá que por la Sala sentenciadora se pidan de nuevo los certificados a la Hacienda pública y a las entidades La Caixa y Caja Madrid los que se refieren a los puntos 1 y 2 de la petición de prueba. Bajo apercibimiento de que el incumplimiento de esta nueva petición acarreará los efectos previstos en la LEC, sin perjuicio de sus posibles repercusiones en el ámbito penal.

FILIACIÓN

Eficacia de la negativa a someterse a la práctica de la prueba biológica efectuada por el demandado en la pieza separada de prueba anticipada sin que fuese necesario reiterar su práctica en la fase de prueba del procedimiento principal. La prueba testifical acreditaba que la única relación sentimental que conocidamente tenía la madre al tiempo de la concepción fue con el demandado.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 17 de junio de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.^a Ariadna nació en Valdecuna (Mieres), el 24 de junio de 1960. Era hija de D.^a Dolores. Su nacimiento consta en el Registro civil de Mieres. La nota marginal añadida en 30 de julio de 1973 dice lo siguiente: «Nota. A efectos de identificación (Art. 191 RgtoRC) se impone como nombre del padre del inscrito el de Flequi».

La madre de la demandante contrajo matrimonio con D. Alexis el 25 de abril de 1968.

D.^a Dolores, madre de la demandante, falleció en estado de viuda el 25 de abril de 2001.

D.^a Ariadna interpuso demanda de reclamación de filiación paterna no matrimonial contra D. Olegario. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: «... dicte sentencia acordando la paternidad del demandado respecto a mi mandante y se expida mandamiento al Registro Civil para que en su virtud se practique la oportuna inscripción marginal al folio del nacimiento, y demás efectos legales procedentes de orden personal y patrimonial con carácter retroactivo al momento de nacimiento de mi mandante. Condenando al hoy demandado a estar y pasar por dicha declaración. Todo ello con expresa imposición de costas para el caso de oposición». Para asegurar la prueba y dado el precario estado de salud del demandado, propuso al mismo tiempo la realización de prueba anticipada consistente en la investigación biológica de la paternidad.

El juzgado abrió pieza separada en 25 de octubre de 2006 y acordó la práctica de la prueba biológica, pero el demandado no prestó su consentimiento para la prueba, diciendo que constaba en el Registro civil como padre el nombre de Flequi, coincidente con el del marido de la madre.

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando el Ministerio Fiscal, mediante el oportuno escrito, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: «... dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados».

La representación de D. Olegario alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... se dicte Sentencia por la que se desestime la demanda planteada por la actora contra mi representado y lo absuelva de las pretensiones contra él deducidas, todo ello con la expresa imposición y condena de las costas de este proceso a la demandante».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mieres dictó Sentencia el 29 de mayo de 2007 desestimando la demanda. Argumentó la Sentencia que no concurrían los presupuestos precisos para efectuar la declaración de paternidad, porque: a) si bien es cierto que la negativa a someterse a la prueba biológica no constituía por sí misma una *ficta confessio*, suponía un valioso indicio que puesto en relación con los otros medios aportados, podía revelar una falta de colaboración con la justicia para determinar la paternidad; b) no existían tales indicios, porque no se había probado la relación de la madre de la demandante con el demandado; no quedaba acreditado que hubieran mantenido ningún tipo de relaciones al tiempo de la gestación y resultaba muy extraño que no pudiera encontrarse ningún dato indicativo de la misma y no se han probado las relaciones con la familia del demandado.

En grado de apelación la Sec. 6.^a de la Audiencia Provincial de Asturias dictó Sentencia el 3 de noviembre de 2008, con el siguiente fallo: «Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D.^a Ariadna contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mieres en los autos de que este rollo dimana revocamos dicha sentencia y estimando la demanda interpuesta por aquella contra D. Olegario, a quien sucedieron en el proceso sus hijas, declaramos que la primera es hija extramatrimonial del segundo con todos los efectos legales; firme esta resolución se libraré mandamiento al encargado del Registro Civil de Mieres para que practique la oportuna nota marginal a la inscripción de nacimiento. Se imponen al demandado las costas de la primera instancia sin hacer especial pronunciamiento sobre las devengadas en esta alzada».

Interpuestos recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por la sucesión procesal de D. Olegario, fueron ambos desestimados.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Sentencia dictada por la Audiencia Provincial declaró la paternidad del demandado, quien había ya fallecido, siendo sustituido procesalmente por sus hijas, D.^a Begoña y D.^a Juana. En dicha sentencia se estimaba el recurso por tres razones: a) aunque no se cuenta «con vestigios

inequívocos del noviazgo», ello carece de relevancia, «[...] entre otras cosas porque la progenitora en cuestión adoptó desde el principio la más absoluta de las reservas sobre la identidad del padre», por lo que la conservación de objetos, cartas, etc., sería contradictoria con dicha

reserva, además de que se había casado tiempo después; b) respecto al nombre de «Flequi» que figura al margen de la inscripción, la sentencia recurrida dijo que la nota se introdujo cinco años después de haber contraído matrimonio la madre; que la referencia al nombre del marido de la madre daba una «apariencia de normalidad que carecía de contrapartida jurídica», y que la demandante ahora recurrida nunca fue reconocida por el marido de su madre, de modo que conservaba sus apellidos maternos, resultando absurdo que si hubiera sido su padre, no la hubiera reconocido después de haberse casado con la madre; c) respecto a los testigos, la Sala razona el grado de credibilidad de cada uno de ellos y acababa la sentencia diciendo: «En resumen, la prueba testifical indica que la única relación sentimental que conocidamente tenía la madre de la apelante al tiempo de su concepción era precisamente con el demandado y por ello debe entenderse que la arbitraria negativa de éste a someterse a la prueba biológica constituye prueba que, unida a las anteriores, es suficiente para declarar la paternidad reclamada por lo que debió haberse estimado la demanda, lo que se hará ahora por vía de recurso».

En el primer motivo del recurso por infracción procesal se alega la infracción del art. 767.4 LEC, en relación con el art. 385.1 LEC. Dicen las recurrentes que la sentencia recurrida basó su decisión en la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas, negativa que dicha sentencia considera «arbitraria». En virtud de los argumentos de la STC 177/2007, de 23 julio, razonan que si bien la prueba biológica fue pedida en el escrito de la demanda, estimándose dicha petición en el incidente de medidas cautelares, D. Olegario no dio su consentimiento, porque en la nota marginal a la inscripción del nacimiento de la demandante figuraba el nombre «Flequi» como padre, que coincidía con el del marido de su madre. En el procedimiento principal no se volvió a repetir la petición de la prueba biológica, por lo que no cabe calificar como arbitraria la negativa de D. Olegario.

El motivo se desestima.

El primer reproche del recurrente se funda en que no debió haberse valorado en ningún caso esta negativa porque la prueba se pidió como

aseguramiento de la prueba y no se repitió en la demanda. El art. 297.1 LEC dice que se pueden pedir y acordar «las medidas de aseguramiento útiles para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso que carezca de sentido proponerla». A su vez, el art. 298 LEC establece los requisitos que deben concurrir para que proceda este aseguramiento, que son: 1.º que la prueba sea posible, pertinente y útil; 2.º que haya razones para pensar que en el futuro será imposible la práctica de la prueba si no se toman las medidas de aseguramiento, y 3.º que pueda llevarse a cabo en un tiempo breve y sin causar perjuicios desproporcionados a las personas implicadas. El art. 298.4 LEC exige que se dé audiencia a la persona que haya de soportarla. Estas pruebas pueden pedirse antes o después de iniciado el proceso.

El Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo que la realización de la prueba biológica en los procesos de filiación no lesiona ningún derecho fundamental (STC 7/1994) y en cuanto a la valoración de la negativa a efectuar dichas pruebas, la STC 55/2001 dice que no corresponde al TC suplir a los órganos judiciales en relación al valor como indicio probatorio de esta negativa. La doctrina del TC puede resumirse diciendo que las pruebas biológicas han de realizarse en virtud del mandato judicial, siempre que i) no exista un grave riesgo para la salud del demandado; ii) la medida judicial sea proporcionada adecuadamente con la intromisión a los derechos fundamentales que dicha prueba comporta, y iii) que la evidencia de la paternidad no se pueda obtener por otros medios menos lesivos de la dignidad humana. Sin embargo, no puede obligarse al demandado a someterse a dichas pruebas cuando se opone o bien cuando existen razones excepcionales que justifican la negativa.

La negativa no determina en el ordenamiento español una *facta confessio* y por ello, el art. 767.4 LEC dice que se permite la atribución de la paternidad o maternidad «siempre que existan otros indicios y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios».

En el presente recurso se actuó correctamente al decidir el aseguramiento de la prueba antes de la admisión de la propia demanda. Se abrió una pieza separada de medidas cautelares, que se archivó por auto de 26 de diciembre de 2006 debido a la negativa del demandado.

A continuación, debe resolverse la nueva objeción que presenta la parte recurrente, en el sentido de que habiéndose negado el demandado a efectuarse dicha prueba en la audiencia del procedimiento de aseguramiento, debía la demandante volver a reiterar la petición en la demanda mediante la que ejercitaba la acción de reclamación de la paternidad. La respuesta debe ser negativa, porque habiéndose negado el interesado por unas razones que llevan a los tribunales que han entendido este litigio a calificarlas como «arbitrarias», no se conseguía nada reiterando la petición. Pero es que, además, la petición de prueba se efectuó por medio de otrosí en la demanda como prueba anticipada y en el apartado V de la propia demanda en el que se interesaba se procediera a la investigación de la paternidad, incluidas las pruebas biológicas.

En el segundo motivo del recurso se alega la infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de acuerdo con el art. 24 CE, en relación con los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y el art. 767.4 LEC. La sentencia recurrida prescindió de la doctrina de la Sala de acuerdo con la que la negativa a someterse a la prueba biológica no constituye por sí sola una *ficta confessio*, si no está acompañada de otras pruebas. La sentencia recurrida considera suficientes los testimonios de un tío de la actora y de una amiga de su madre, pero no otros datos que fueron valorados en sentido negativo por la sentencia de 1.ª instancia. Por ello entiende que los indicios utilizados en la sentencia recurrida para declarar la filiación juntamente con la negativa a la prueba biológica no son suficientes para la declaración de la paternidad.

El motivo no se estima.

A través de la hipotética lesión del art. 24 CE, la parte recurrente introduce un problema de valoración de la prueba producida, aunque no alega infracción de las reglas sobre dicha valoración; más en concreto, discrepa de la valoración

de lo declarado por los testigos, con la intención de volver a la sentencia de 1.ª instancia que fue favorable a sus intereses.

Dice la STS 672/2010, de 26 de octubre, que la vulneración de las reglas de la valoración de la prueba solo puede ser admisible en recurso extraordinario por infracción procesal por ser manifiestamente arbitraria o ilógica, o bien «no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE y en tal caso habrá de plantearse a través del artículo 469.1.4.º LEC, como vulneración del artículo 24.1 CE, por incurrirse en error de hecho manifiesto, irracionalidad o arbitrariedad «[...] En defecto de todo ello la valoración de la prueba es función de la instancia [...]». Se acepta aquí el razonamiento de la citada sentencia 672/2010, de 26 octubre que, de acuerdo con la doctrina más consolidada de esta Sala, afirma que «cuando la sentencia recurrida ha establecido los hechos mediante una apreciación conjunta de la prueba —como es el caso de la sentencia impugnada— no es lícito articular un motivo para desarticularla, a fin de que prevalezca un elemento probatorio sobre otros [...], ni plantear cuestiones que implican la total revisión de la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial, lo que es impropio de la naturaleza y función del recurso extraordinario por infracción procesal, pues se convertiría en una tercera instancia (STS de 29 de septiembre de 2009, RC núm. 1417/2005)».

Por lo que respecta al recurso de casación se alega como único motivo la infracción de los arts. 108, 119 y 120.1 CC y la jurisprudencia que los interpreta. Dice que la sentencia recurrida prescinde de que en el Registro civil ya constaba identificado como progenitor el marido de la madre de la demandante/recurrida, llamado Flequi, cuyo matrimonio después del nacimiento de D.ª Ariadna, produjo un reconocimiento de su paternidad en 1973, situación que no se modificó. Por tanto, al ejercitarse una acción de reconocimiento de la filiación extramatrimonial, se debería haber impugnado al mismo tiempo el anterior reconocimiento, porque si se estimara, coexistirían dos filiaciones.

El motivo se desestima.

El recurso de casación se ha interpuesto al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3 LEC, es decir, por presentar interés casacional. Este supuesto del recurso de casación está reservado para aquellos casos en que según el párrafo 3 del propio art. 477 LEC, «la sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales[...]». Cuando ello ocurra, es necesario aportar las sentencias en las que

dicha contradicción se base. Las recurrentes no han cumplido este requisito. Finalmente, las recurrentes hacen supuesto de la cuestión, al partir de unos hechos que divergen absolutamente de la relación de hechos probados declarados por la sentencia recurrida, ya que la actora nunca fue reconocida por el marido de su madre y las hipotéticas consecuencias que se hubieran derivado de este reconocimiento, que repetimos, no se produjo, no coinciden con la situación realmente ocurrida.

PROCEDIMIENTO DE MENORES

No es posible la vuelta de la menor con su padre biológico pues, tras fracasar el acogimiento con la familia extensa, este no mostró interés en relacionarse con su hija durante años, habiéndose integrado la menor plenamente con una familia de acogida.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 13 de junio de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

Antonieta nació el 17 de octubre de 2002. Tiene un hermano nacido en 1999, que desde 2002, se encuentra en situación declarada de desamparo. La niña fue inscrita como hija de D.ª Maite y de D. Balbino. Su padre biológico era en realidad D. Norberto, quien interpuso una demanda para reclamar la filiación de Antonieta, que fue declarada por sentencia del Juzgado núm. 2 de Berja, de 10 de mayo de 2005. El padre legal, D. Balbino, falleció antes de la demanda.

En 2003, la Junta de Andalucía comprobó que Antonieta se encontraba en situación de abandono. Su madre fue declarada no idónea para su cuidado. En aquel momento, la madre de D. Norberto se interesó por la niña y se inició un acogimiento en familia extensa, porque la abuela y la tía, madre y hermana respectivamente de su padre, se hicieron cargo de la niña. Para poder proceder a este acogimiento, la Administración aconsejó a la familia extensa que se procediera a la acción de reconocimiento de la paternidad, cosa que el padre biológico hizo.

Después de la sentencia, D. Norberto aprovechó algunos permisos penitenciarios para visitar a su hija; según los informes del expediente, la relación era buena. El 7 de julio de 2005 se inició el expediente de acogimiento familiar con la tía de Antonieta, que se otorgó el 24 de noviembre de 2005, con efectos desde el 22 de diciembre de 2005. Sin embargo, el 13 de marzo de 2006, es decir tres meses después, comparecieron los abuelos paternos ante el servicio de Protección y pusieron en su conocimiento que su hija M.ª Luisa sufría una depresión post-parto y que estando ellos imposibilitados por la edad y diversas dolencias

cias, solicitaban que dicho Servicio acogiera temporalmente a la niña. A continuación se declaró la no idoneidad de la tía M.^a Luisa y se suspendió de forma cautelar el régimen de visitas con la familia biológica. El 25 de agosto de 2006 se dictó resolución provisional de acogimiento preadoptivo con terceras personas, que fue recurrido y confirmado por la resolución de 3 de noviembre de 2006.

El padre se puso en contacto con el servicio manifestando que había salido de prisión y que pensaba hacerse cargo de su hija. A pesar de ello, el 3 de noviembre de 2006 se constituyó el acogimiento definitivo de la niña.

El padre ha sido toxicómano, ha estado en prisión hasta el 23 de mayo de 2006. Se encuentra en tratamiento de deshabituación, tiene pareja estable; se dedica a la venta ambulante en mercadillos, percibiendo una remuneración suficiente. D. Norberto se opuso a la resolución que arbitró la medida de acogimiento.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Almería dictó sentencia el 29 de junio de 2007 desestimando la oposición a la medida de acogimiento. Argumentó que: a) aplicando el principio del interés del menor, se consideraba «suficientemente justificada» la resolución adoptada, porque la niña «no fue acogida debidamente en el seno de la familia del actor, ya que los propios informes de seguimiento reflejan el incumplimiento por parte de tal familia, y del padre de la menor de los requisitos mínimos necesarios para ostentar el cuidado de la misma»; b) el inicio del expediente de acogimiento se notificó al padre en el mes de agosto de 2005; éste no formuló ninguna alegación y solo compareció en el expediente al cabo de tres años; c) el padre impugnante no había mostrado ningún interés por conocer la situación en que se encontraba la niña, puesto que incluso cuando gozaba de permisos en su situación penitenciaria, no constaba que hubiera visitado a la hija, ya que desde el ingreso de Antonieta en el centro público el 8 de octubre de 2003, hasta el mes de julio de 2006, el padre no se había preocupado por ella, a pesar de saber que era su padre en virtud de la sentencia que así lo reconocía.

En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de Almería dictó Sentencia el 23 de febrero de 2009, estimando el recurso del padre. El informe emitido por el Equipo Psicosocial en alzada vino a concluir que, teniendo en cuenta el interés de la menor, el padre tenía las capacidades para cuidar de ella, aun cuando al valorar las consecuencias del posible retorno de la menor con su padre biológico, consideró que dados los lazos de afectividad creados con la familia preadoptiva, era más beneficioso para la niña permanecer con la misma. A pesar de ello, la sentencia recurrida, teniendo en cuenta que la propia iniciativa en la reclamación de la paternidad demostraba un interés hacia la menor, concluyó: «no consideramos que Norberto se encuentre en situación de privación de la patria potestad que justifique el mantenimiento de la Resolución dictada por la Delegación Provincial de la Consejería para la igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía en Almería, de fecha 3 de noviembre de 2006, por lo que, dejando sin efecto la propuesta de acogimiento familiar preadoptivo respecto de Antonieta, estimamos que lo mejor para la misma será volver a su familia biológica, si bien y a fin de causarle el menor impacto psicológico, deberá llevarse a cabo en el Centro que se determine, con objeto de intentar la reintegración gradual entre la menor y su padre biológico, llevándose a cabo el régimen de visitas, tanto del actor como de la familia paterna, con asistencia técnica de toda índole, que se llevará a cabo en ejecución de sentencia, adoptándose por la Administración las medidas que se muestren pertinentes a tal fin».

La Junta de Andalucía presenta recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, siendo estimado éste último por el Tribunal Supremo quien confirmó la Sentencia del Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo del recurso de casación se ampara en el art. 477.1.3 LEC por interés casacional al ser contraria la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo. Aporta la recurrente dos sentencias con las que se contradice la sentencia recurrida, de 12 de julio de 2004 y 23 de mayo de 2005. El interés superior del menor no puede ser interpretado solamente desde el punto de vista de la familia biológica, sino que el eje debe situarse en el propio interés. Son claramente palpables las consecuencias de inestabilidad para la niña, tal como consta en los informes técnicos.

El motivo es estimado por el Tribunal Supremo.

A pesar de referirse al interés del menor como regla prioritaria para atribuir la guarda y custodia, la sentencia recurrida pone de relieve que en el Convenio de Derechos del Niño se le reconoce un derecho a ser educado en su propia familia. El argumento no puede aceptarse, porque el derecho se establece en el art. 9 de la Convención para evitar casos en que los padres son separados de sus hijos en situaciones de guerra, dictaduras u otras en las que las circunstancias puedan llevar a estas separaciones. Hay que tener en cuenta que el propio art. 9 contiene a continuación una excepción: «[...] excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño» y considera como casos en que debe ser tenida en cuenta esta opción aquellos en que «el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres[...]». Por tanto, el derecho a ser educado en la propia familia no tiene reconocido el carácter absoluto, ya que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas.

La aplicación del principio del interés del menor en los casos de acogimiento, habiendo

familia biológica, ha sido ya aplicado por esta Sala y existe ya doctrina jurisprudencial dictada por la sentencia 565/2009, de 31 de julio que, después de argumentar que «las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural», sienta la siguiente doctrina: «[...] para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica, no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con el propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentra teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico».

Esta doctrina debe aplicarse al presente recurso y debe completarse con la establecida en la STS 384/2005, de 23 de mayo, alegada como infringida y que coincide con la doctrina ya expresada.

Aplicando al caso objeto de litigio la doctrina dictada por la Sala en la STS 565/2009, de 31 de julio, debe concluirse que: a) los hechos establecidos en la sentencia de 1.ª instancia y en la de Apelación coinciden, puesto que se trata de

hechos recogidos en el expediente administrativo relativo a las relaciones de la menor Antonieta con su familia biológica; b) En la apelación figura un informe técnico relativo a la conveniencia de mantener o no el acogimiento, al que hace referencia expresa la sentencia recurrida; c) En lo que difieren ambas sentencias es en la valoración de los hechos, aunque las dificultades de retorno de la menor con la familia biológica son evidentes, como puede deducirse del esfuerzo que la propia sentencia recurrida efectúa para lograr una integración de la menor sin que ello le ocasione trastornos psíquicos irreparables.

Por tanto, y teniendo en cuenta que como dice la STS 384/2005 de 23 de mayo, «la determinación del mayor beneficio del menor (“favor filii”), independiente de que los hechos que lleven a este extremo deban mantenerse, al tratarse de una valoración (como “concepto jurídico indeterminado” que es) de una calificación jurídica, puede ser objeto, partiendo de ellos, de una revisión conceptual en casación», deben examinarse los hechos en relación a la protección de dicho interés:

1.º La niña Antonieta ha carecido de relaciones con su familia biológica casi desde su nacimiento, puesto que se han tomado decisiones por la Administración competente para evitar el desamparo de la menor.

2.º El corto periodo de tiempo durante el que Antonieta estuvo conviviendo con su familia biológica, demostró la imposibilidad de estas relaciones, puesto que los abuelos paternos y la tía, hermana del padre, que era la persona acogedora, no fueron capaces por sus circunstancias personales, de hacerse cargo de la menor en condiciones que evitaran un nuevo desamparo.

3.º La acción de paternidad interpuesta por el padre biológico no fue iniciativa suya, sino a sugerencia de la Administración protectora para facilitar el acogimiento en familia extensa, que luego se demostró ineficaz.

4.º El padre recurrido no mostró a lo largo de una serie de años interés por relacionarse con su hija: la visitó solo en dos ocasiones y ni tan

solo se personó en el expediente relativo al acogimiento de la niña en familia externa, a pesar de haberle sido comunicado debidamente.

5.º El informe del equipo Psicosocial que obra en segunda instancia concluye que es perjudicial sacar a la niña del entorno en el que ahora vive, con la familia de acogida, puesto que su hermano materno vive en la misma población y debería seguirse un complejo procedimiento, de dudoso éxito, para integrar a la niña en la familia biológica, lo que demuestra que ello no es lo que resulta más conveniente para proteger el superior interés de la menor.

El acogimiento del primer motivo del recurso de casación exime del examen del segundo motivo, puesto que ya existe doctrina jurisprudencial dictada por esta Sala relativa al caso objeto del litigio en la STS 565/2009, de 31 de julio, que la presente sentencia aplica.

La desestimación de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la Delegación Provincial de la Consejería para la igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía en Almería, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 2.ª, de 23 de febrero de 2009, determina la de su recurso.

La estimación del primer motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de la Delegación Provincial de la Consejería para la igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía en Almería, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 2.ª, de 23 de febrero de 2009, determina la de su recurso.

En consecuencia de lo anterior, se repone la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de Almería, de 29 de junio de 2007, que desestimó la oposición de D. Norberto contra la resolución dictada por la Delegación Provincial de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, de fecha 3 de noviembre de 2006, y aprobaba la propuesta de acogimiento familiar de la menor Antonieta en familia externa.

UNIONES DE HECHO

Se reconoce la existencia de una pareja de hecho y se fija a favor de la conviviente una indemnización por enriquecimiento injusto de 60.000 euros que deberán abonar los herederos del compañero sentimental fallecido. Dado que la indemnización se fija en atención al trabajo realizado por aquella para las empresas del difunto no procede fijar un porcentaje en sus bienes.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de mayo de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Sofía y D. Jesús Manuel habían convivido durante unos quince años, según consideró probado la sentencia recurrida.

D. Jesús Manuel había constituido una serie de sociedades, de las que formaban parte como socios los tres hermanos Jesús Manuel, Edurne, y Natividad, sin que D.ª Sofía hubiera participado de modo alguno en ellas. En cambio, la actora D.ª Sofía era titular de su propia sociedad, participando D. Jesús Manuel en una parte muy pequeña.

Durante la convivencia D.ª Sofía trabajó para las empresas de D. Jesús Manuel. Tenía poderes muy amplios, pero no consta en los autos que recibiese ninguna remuneración como sueldo o de otra forma, aunque cotizó a la Seguridad social.

D. Jesús Manuel falleció intestado el 4 diciembre 2004. Fueron nombradas herederas intestadas sus hermanas D.ª Edurne y D.ª Natividad.

D.ª Sofía interpuso demanda sobre reconocimiento de derechos hereditarios en la herencia de D. Jesús Manuel, contra doña Edurne y doña Natividad, alegando que había trabajado con D. Jesús Manuel; que ambos habían mantenido una convivencia, que aparentaba la situación de matrimonio y que las herederas de su compañero se habían negado a reconocerle cualquier derecho en la comunidad patrimonial que la demandante entendía constituida como fruto de la convivencia y del trabajo en común. El suplico solicitaba «... se dicte sentencia declarando: Con carácter principal, el derecho de mi representada al 50% de los bienes muebles o inmuebles y derechos de los que resulte titular el finado don Jesús Manuel, bien sea por declaración de la previa existencia de una comunidad de bienes o sociedad civil irregular entre la pareja, con expresa imposición de las costas causadas en la instancia a las demandadas. Con carácter subsidiario, y atendiendo a la teoría del enriquecimiento sin causa, se fije el porcentaje de titularidad de mi mandante, en calidad de indemnización o resarcimiento, en cifra no inferior al 30% de los bienes muebles o inmuebles y derechos de los que resulte titular el finado don Jesús Manuel, con expresa imposición de las costas causadas en la instancia a las demandadas».

Las demandadas se opusieron a las pretensiones de la actora y solicitaron la desestimación de la demanda. La base para la oposición fue que no se había adquirido nada en común,

que D.^a Sofía había recibido la retribución que correspondía por su trabajo y que los convivientes no mantuvieron ninguna cuenta bancaria en común.

El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de Torrelavega dictó sentencia el 19 de septiembre de 2006 estimando sustancialmente la demanda y declarando el derecho de la actora al 30% de las acciones y participaciones sociales titularidad del difunto don Jesús Manuel, así como al mismo porcentaje del metálico que éste ostenta en cuentas corrientes, y todo ello con expresa imposición de las costas procesales a las demandadas.

En grado de apelación, la Sec. 4.^a de la AP de Cantabria dictó Sentencia el 30 de julio de 2007 estimando parcialmente el recurso interpuesto por las demandadas y fijando a favor de la actora una indemnización de 60.000 euros más el interés legal desde la fecha de la demanda. Sin hacer imposición de las costas procesales de ninguna de las instancias.

D.^a Sofía interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Base jurídica de las Sentencias dictadas por el Juzgado de 1.^a Instancia y por la Audiencia Provincial.

La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de Torrelavega, de 19 de septiembre de 2006, estimó la demanda, sobre los siguientes argumentos: a) consideró probada la existencia de una pareja de hecho entre la demandante y D. Jesús Manuel, convivencia que fue pública, notoria, estable y con apariencia matrimonial; b) no se pueden aplicar analógicamente las normas del matrimonio a estas parejas; por tanto, en defecto de pacto se produce una absoluta separación patrimonial entre los convivientes, de manera que habrá que acudir a la doctrina del enriquecimiento sin causa; c) compartieron las tareas de trabajo en las sociedades de D. Jesús Manuel durante la convivencia, aunque la demandante no hubiese efectuado ninguna aportación económica y sí, en cambio hubiese creado su propia empresa, con una mínima participación de D. Jesús Manuel; d) no constaba la existencia de nóminas a favor de la actora que carece de patrimonio importante; e) de ello dedujo la sentencia que «existió un enriquecimiento injusto [...] que ha de indemnizarse convenientemente a D.^a Sofía para deshacer el agravio patrimonial», que a la vista de la cantidad aportada por el difunto D. Jesús Manuel para la adquisición de un piso propiedad de la actora, debía limitarse «[...] al 30% de las acciones y participaciones

sociales titularidad del Sr. Jesús Manuel y al mismo porcentaje del metálico existente en las cuentas corrientes del difunto», tal como se pidió en el suplico subsidiario de la demanda.

La Audiencia Provincial de Cantabria, dando por probados los hechos de la sentencia de 1.^a Instancia, concluyó que «de la referida composición fáctica no puede negarse que se desprende un enriquecimiento injusto», porque «es evidente que la actora ha prestado sus servicios a las empresas del Sr. Jesús Manuel, que se han beneficiado de dicho trabajo, sin que la actora haya obtenido beneficio alguno a cambio. La muerte del Sr. Jesús Manuel le deja en una situación de claro empobrecimiento». Dicho lo anterior, procedió la sentencia recurrida a valorar el patrimonio de la actora a la muerte de su pareja; incluyó como percibido por los servicios prestados una vivienda unifamiliar, de la que descontó la hipoteca que la gravaba y el piso en Santander. Teniendo en cuenta todo ello, «la Sala considera que una indemnización de 60.000 euros compensa el empobrecimiento sufrido por la actora por no percibir remuneración por los años de servicio a favor de las empresas del Sr. Jesús Manuel».

2. Recursos por infracción procesal y casación.

En realidad los dos recursos presentados por D.^a Sofía giran en torno al mismo problema: habiéndose reconocido la existencia de enrique-

cimiento injusto, el planteamiento que se hace en el recurso de casación se centra en la forma en que debe ser remediado ese enriquecimiento. Para ello, la recurrente utiliza también el recurso por infracción procesal, acusando a la sentencia recurrida de ser incongruente, porque en vez de reconocer una participación en los bienes de su difunto compañero, como había pedido en el escrito de demanda, le otorga una indemnización. En el recurso de casación se denuncia la vulneración del principio general que impide el enriquecimiento injusto. De ahí que deba entenderse que en realidad los dos recursos son interdependientes y dados estos planteamientos, se estudiará en primer lugar el recurso de casación de la actora, por razones de método, y porque la solución que se dé a este recurso, va a determinar si la sentencia recurrida es o no correcta en relación con la de primera instancia. Éste método ha sido utilizado ya en el Tribunal Supremo en sentencias de 21 mayo 2010 y 24 junio 2010, e implícitamente en las de 8 julio y 22 septiembre 2010.

Enunciación de los motivos segundo de casación y primero y segundo del extraordinario por infracción procesal.

De acuerdo con la metodología que se ha anunciado, se van a examinar el segundo motivo del recurso de casación, relacionado con el principio del enriquecimiento injustificado, juntamente con los motivos primero y segundo del recurso extraordinario por infracción procesal.

Motivo segundo del recurso de casación. Infracción de los arts. 1.1, 1.4 y 1.7 CC, y art. 1887 CC, en relación con la vulneración del principio del enriquecimiento injusto. La concesión de la cantidad de 60.000 euros contradice lo que se afirma en la STS de 17 de junio de 2003, porque se aparta de los principios que rigen el enriquecimiento sin causa al fijar el *quantum* indemnizatorio, que son de aplicación al presente supuesto, porque nadie duda que la recurrente debió de recibir una compensación económica que no la dejara apartada del beneficio económico y aumento patrimonial producido durante la convivencia.

Primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal. Denuncia la vulneración del

derecho a una sentencia congruente, reconocido en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE y el art. 218 LEC. Resulta incongruente con la demanda porque introduce una cuantificación de la indemnización en una cifra en metálico, lo que supone un cambio de objeto litigioso, porque se introduce como una petición subsidiaria en el recurso de apelación de las hermanas herederas y porque el fallo no se ajusta a las peticiones de la demanda. En el suplico del recurso de apelación, las demandadas apelantes habían pedido que se concretara en una cantidad la indemnización pedida por D.^a Sofía consistente en una participación porcentual en el patrimonio del causante. Según el recurso de D.^a Sofía, se introduce una cuestión nueva con un nuevo suplico distinto al determinado en la instancia, por lo que el fallo parcialmente estimatorio de la sentencia de segunda instancia, poco o nada tiene que ver con los suplicos de las partes fijados en la demanda y su contestación. El Segundo motivo de este recurso denuncia la vulneración del derecho a una sentencia motivada, reconocido en el art. 24 y art. 218 LEC. Dice que la sentencia recurrida se aleja de las peticiones fijadas por las partes en la instancia y ampliamente reproducidas para determinar una cuantía no solicitada por ninguna de ellas.

La naturaleza del enriquecimiento sin causa ha sido y sigue siendo una de las cuestiones que ofrece mayores dudas en la jurisprudencia y en la doctrina. Hay que tener en cuenta, además, que tiene diferentes significados en los ordenamientos europeos y buena prueba lo constituye la propuesta de regulación contenida en el DCFR (arts. II-7: 102). No es posible hablar como regla general de la existencia de un principio de oblique a examinar de nuevo todos los desplazamientos patrimoniales efectuados entre dos personas. Sólo en casos en los que la causa de los desplazamientos patrimoniales no sea aceptada por el ordenamiento jurídico es posible efectuar esta revisión. La obligación de reparar un enriquecimiento sólo puede imponerse en circunstancias muy concretas. La revisión de la cesión se producirá solamente cuando el interés del demandante se considera digno de tutela.

En el presente recurso, la sentencia de la Audiencia Provincial ha considerado probada la

conurrencia de enriquecimiento injusto, que ha perjudicado a la demandante y que ha favorecido al demandado fallecido, y por tanto la deuda por el enriquecimiento está en la herencia del compañero difunto y debe ser pagada por sus herederas. Éstos son los hechos probados que no pueden ser alterados en casación.

La cuestión se reduce, pues, a saber cuál es la forma en que debe resarcirse el perjuicio sufrido por la demandante. Para ello debe identificarse antes cuál es la naturaleza de la *condictio* que está ejerciendo y que ha afectado a la demandante.

La doctrina actual distingue diversos tipos de condiciones en relación con el enriquecimiento sin causa y entre ellas, incluye la denominada *condictio* por inversión o por expensas. Se trata del supuesto en que «se realizan gastos o se incorpora trabajo en una cosa ajena, con beneficio del propietario o del poseedor de la misma». Entre el que sufre el empobrecimiento y el enriquecido con este trabajo no debe existir ningún contrato, pues en caso contrario, la problemática se deberá resolver de acuerdo con las normas del derecho de contratos.

Cuando una persona invierte su trabajo en beneficio de las empresas de otra persona, sin recibir la adecuada compensación, ni participar en los beneficios que ayuda a crear, se puede considerar que el enriquecimiento se ha producido en virtud de la denominada *condictio* por inversión, debiendo interpretarse en este caso la palabra inversión como trabajo efectuado sin la correspondiente compensación económica. En definitiva, se ha invertido capital humano, el trabajo, sin ningún tipo de participación en el resultado de la inversión ni ningún esfuerzo por parte del beneficiado. Esto es lo que ocurrió aquí y es por ello que la sentencia recurrida considera probada la existencia de enriquecimiento injusto.

Llegados a este punto, la problemática que se plantea en la sentencia recurrida y que se intenta presentar desde dos puntos de vista distintos pero concurrentes en los dos recursos, consiste en determinar cuál es la forma de compensar el enriquecimiento producido. La recurrente pidió en su demanda que se reconociera la existencia de enriquecimiento injusto y que se la compensara con una participación en los bienes de su

difunto compañero, con quien había convivido. La sentencia recurrida admite la existencia de enriquecimiento como se ha dicho antes, pero en vez de reconocer a D.^a Sofía una participación, como efectuó la sentencia de primera instancia, le atribuye una cantidad, que calcula sobre la base de los bienes que ya había recibido, según la prueba producida, y los salarios o el trabajo que no fueron abonados por su difunto compañero. El objeto principal de la demanda fue el reconocimiento de la existencia de enriquecimiento y la demandante ha visto satisfecha su demanda. La discrepancia se centra en la forma de satisfacción. La recurrente considera la solución como incongruente puesto que dice, ella no había pedido el pago de una cantidad, sino la participación en los bienes de la herencia de su difunto compañero.

Al considerar probado que concurrió enriquecimiento injusto y por tanto que doña Sofía es acreedora por esta razón, la Audiencia Provincial actuó correctamente al atribuirle una cantidad en vez de una participación en la herencia de don Jesús Manuel. Y ello porque de acuerdo con los criterios que rigen el enriquecimiento injustificado en la *condictio* por inversión, la única posibilidad de compensación lo constituye el pago de la cantidad correspondiente después de haber calculado la cuantía del enriquecimiento. No podía por tanto doña Sofía pedir la participación en el patrimonio de su difunto compañero, porque ello hubiera sido tanto como pedir un derecho sucesorio al que no tiene derecho debido su cualidad de conviviente. Por tanto debe reconocerse implícita en la petición de compensación por enriquecimiento injusto el pago de una cantidad, puesto que la recurrente no podía pedir por este título la participación. O sea, que hay que entender que estaba pidiendo lo único que podía pedir: una compensación por la inversión realizada.

El recurso extraordinario por infracción procesal denuncia la incongruencia y falta de motivación de la sentencia recurrida, en cuyo examen se va a entrar a continuación, aunque como ya se ha dicho, esté muy relacionado con lo que se acaba de argumentar en relación con el enriquecimiento y su compensación, con razonamientos que prácticamente no obligarían a

estudiar los motivos de incongruencia y falta de motivación.

1.º Incongruencia. Aplicando las reglas de la jurisprudencia de esta sala relativas a la interpretación flexible de la incongruencia, debe entenderse implícita en la petición formulada en el suplico de su demanda por doña Sofía, la atribución de una cantidad compensatoria del empobrecimiento experimentado durante su convivencia con don Jesús Manuel. Esta solución no perjudica a la demandante ahora recurrente porque la incongruencia requiere, como afirma la STC 194/2005, que exista una desviación del *petitum* «esencial generadora de indefensión», produciéndose «un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes», (SSTC 20/1982, de 5 de mayo, 86/1986, de 25 de junio, 29/1987, de 6 de marzo, 142/1987, de 23 de julio, 156/1988, de 22 de julio, 369/1993, de 13 de diciembre, 172/1994, de 7 de junio, 311/1994, de 21 de noviembre, 91/1995, de 19 de junio, 189/1995, de 18 de diciembre, 191/1995, de 18 de diciembre, 60/1996, de 4 de abril, entre otras muchas. STC 182/2000, de 10 de julio)».

Este concepto ha sido recogido por la jurisprudencia de esta Sala y concretamente, la STS de 21 de enero de 2010 dice, recogiendo en síntesis la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional, que la incongruencia se produce «cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones».

Nada de ello se ha producido en el presente caso y el recurso por infracción procesal debe ser rechazado. El suplico de la demanda pide el resarcimiento de un enriquecimiento injusto y la sentencia recurrida lo reconoce y atribuye una indemnización. Ello no implica incongruencia, porque no se precisa identidad absoluta o literalidad del fallo de la sentencia en relación con el suplico de la demanda (así, sentencia de 28 de junio de 2006), sino que es congruente la sentencia que, como la presente, da lugar al pedimento de la demanda, concretamente al reconocimiento de la concurrencia de enriquecimiento y a la

indemnización y la acuerdo de forma no exactamente igual a la que aparece en el texto literal del suplico, pero sí responde al interés de la parte demandante, que no es otro que se le compense por el enriquecimiento injusto sufrido. No es incongruente si se le ha concedido algo que no coincide con exactitud con el texto literal del suplico, pero que se halla dentro de su contenido económico y jurídico.

2.º Respecto a la motivación, la sentencia de 28 de febrero de 2011 dice que «Como tenemos declarado en las sentencias 204/2010 de 7 abril y 598/2010 de 12 de enero de 2011, el deber de motivar exige que la sentencia exprese los elementos que permitan conocer cuáles han sido las razones en derecho en que se fundamenta la decisión, como garantía de que la decisión no ha sido la consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad ni de un error patente, sin que tal exigencia pueda servir para cuestionar otros aspectos de la sentencia como la valoración de la prueba, pues una cosa es explicar las razones por las que el Tribunal llegó a identificar el supuesto de hecho al que la norma vincula la consecuencia jurídica pretendida y otra distinta que hayan sido correctamente valorados los medios que formaron la convicción judicial, y en el presente caso la sentencia está motivada, ya que no deja duda alguna sobre las razones determinantes del fallo al indicar, después del detallado examen de la prueba practicada, que «debe estarse al valor resultante de la ampliación del informe, que corrige el error material del informe del auditor que tanto en la sentencia de instancia como en esta se estima, en cuanto a metodología, parámetros y variables empleados, ajustado y razonable».

En realidad, cuando en el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal la recurrente denuncia la falta de motivación, lo que efectúa es una nueva denuncia de la incongruencia, que como ya se ha razonado, no se ha producido.

En el motivo tercero del recurso extraordinario por infracción procesal. Se denuncia error de derecho en la valoración de la prueba, reconocido doctrinalmente como infracción procesal y en relación con la conculcación de los arts. 217 y 386 LEC. Las razones son: a) Se han alterado

las reglas de distribución ordinarias o especiales, haciendo recaer la carga de la prueba en la parte que no venía gravada con ella; b) interpreta que el patrimonio de la recurrente proviene de donaciones del causante, porque presumir que la única adquisición propia de un bien inmueble gravada con una hipoteca es una donación de su pareja es contrario a toda lógica y supone una inversión de la carga probatoria; c) lo mismo en relación con la adquisición del piso en Santander. De todo ello, la sentencia hace a la recurrente receptora de una indemnización anticipada por el fallecido como resarcimiento por su trabajo, de forma contraria a la aceptada por los litigantes y alterando los hechos probados.

El motivo no se estima. Se trata en realidad de un intento de que se valore de nuevo la prueba producida, lo cual no es admisible en casación, porque como ha repetido esta sala numerosas ocasiones, la casación no es una tercera instancia.

Resta por examinar el Primer motivo del recurso de casación. Al amparo del art. 477.2.2.º

en relación con el art. 477.1 LEC, se articula el motivo a través del cauce casacional previsto en el art. 5.4 LOPJ, al incurrir la sentencia recurrida en «error patente» o «arbitrariedad», con la consiguiente infracción de lo dispuesto en el art. 9.3 CE. Aunque reconoce que las cantidades no resultan revisables en casación, señala que la cifra acordada por la sentencia recurrida es injusta por arbitraria, sin que llegue a precisar las razones que conducen a la sustitución del criterio de proporcionalidad por una cantidad simbólica, alejada de cualquier relación con el incremento patrimonial del difunto.

El motivo se desestima. Como afirma la propia recurrente, las cantidades no son revisables en casación, aunque si lo que se pretende es atacar la arbitrariedad que se le imputa a la sentencia recurrida, debe afirmarse que ello no es propio del recurso de casación, sino del extraordinario por infracción procesal, como ya ha intentado en el motivo tercero del recurso presentado y rechazado en el Fundamento anterior.

Se fija unos periodos de relación personal a favor de la compañera sentimental de la madre respecto de un hijo concebido por inseminación artificial. Aunque aquella no tiene la categoría de progenitor, tiene la situación jurídica de «allegado», lo que permite el establecimiento del derecho a la relación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 12 de mayo de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Zaida y D.ª Lucía mantuvieron una relación de pareja de forma pública y notoria, desde enero de 1996 hasta junio de 2006. No contrajeron matrimonio.

El 13 de noviembre de 2003, D.ª Lucía dio a luz un niño, Virgilio. El embarazo se consiguió mediante la técnica de fecundación asistida, con material genético de donante anónimo. No está probado si la decisión fue tomada o no conjuntamente por las dos componentes de la pareja.

En 2006 se rompió la relación de pareja; se habían producido malos tratos. La denuncia recíproca presentada por las convivientes dio lugar a la medida dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Talavera, que impuso a ambas la obligación de no aproximarse a una

distancia de 150 m, ni comunicarse durante seis meses, y atribuyó la guarda y custodia a la madre biológica, con derecho de visitas a la conviviente.

D.^a Zaida interpuso demanda de juicio ordinario contra D.^a Lucía solicitando que: «se dictase sentencia elevando a definitivas las medidas civiles acordadas por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Talavera de la Reina Diligencias Previas 785/06 en Auto de fecha 10 de agosto de 2006 inhibido al Juzgado al que me dirijo, consistente en: atribución de la guarda y custodia del menor a favor de Doña Lucía reconociendo a Doña Zaida el derecho a tener al menor en su compañía los martes y jueves desde las 10 horas hasta las 20 horas durante las vacaciones del menor y desde las 17:30 horas hasta las 20 horas en períodos lectivos y fines de semana alternos con expresa condena en costas a la parte contraria si se opusiere a dicha pretensión».

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada quien se personó en autos alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... tenga por contestada la demanda en tiempo y forma. Siguiendo el pleito sus trámites legales para terminar en su día por Sentencia que: 1.º Desestime íntegramente la demanda formulada de contrario con imposición de las costas derivadas del litigio a la parte demandante. 2.º Se acuerde que la demandante debe abandonar el que había sido el domicilio común, para que pueda regresar al mismo mi representada con su hijo, sin perjuicio de la compensación económica que corresponda».

El Ministerio Fiscal compareció y contestó la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: «... mande dar a los autos el curso legal correspondiente hasta dictar la sentencia que fuere pertinente en atención a los hechos que resulten probados».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Talavera de la Reina dictó Sentencia el 19 de marzo de 2007 estimando la demanda y acordando el siguiente régimen de visitas: fines de semana alternos desde las 17,30 horas del viernes hasta las 19,00 horas del domingo, así como martes y jueves desde las 17,30 horas hasta las 19,00 horas. Igualmente podrá tenerlo en su compañía la mitad de las vacaciones de Semana Santa, verano y Navidad, siempre de acuerdo con el calendario escolar del menor, eligiendo la madre biológica los años impares, y la madre no biológica los años pares. La recogida y entrega del menor se hará siempre en el Punto de encuentro Familiar de Talavera de la Reina.

En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la Audiencia Provincial de Toledo dictó Sentencia el 22 de abril de 2008 confirmando la sentencia de Instancia, si bien dejando sin efecto la expresión contenida en el fallo de la misma «madre no biológica», que se sustituye por D.^a Zaida.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 1 de Talavera de la Reina consideró que el derecho de visitas debía resolverse teniendo en cuenta la protección del interés del menor y que estaba cubierto legalmente por el art. 158 CC. De

acuerdo con ello argumentó que: a) desde que nació el menor había tenido dos madres, según se desprendía de las pruebas testificales; b) en los informes psicológicos se concluía que la demandante D.^a Zaida ejercía el rol de madre y que

la relación que mantenía era buena y beneficiosa para el niño, de modo que «sería perjudicial dejar de tener relación con Zaida», por lo que no cabía duda que la relación del niño con D.^a Zaida era buena y completamente necesaria para su desarrollo y beneficio. Por ello, se acordaba un derecho de visitas amplio.

La madre biológica basó su recurso de apelación en que no existiendo hasta el momento otra maternidad que la suya como madre biológica, que aparecía inscrita en el Registro civil sin mención alguna a la otra litigante, el derecho que esta última debería tener sería a lo sumo el acordado en el art.160.2 CC, pero no el amplísimo de quienes siendo titulares de la patria potestad, no ostentan la guarda. En definitiva se pretendía en el recurso que o bien no se reconociera ningún derecho de visitas a la conviviente, o bien se la considerara como un allegado como consecuencia de la extinción de la pareja y se le concediera el derecho a visitar al niño una tarde al mes, durante cuatro horas.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.^a, de 22 de abril de 2008, confirmó la sentencia recurrida. Argumentó que: a) la única maternidad legalmente determinada era la de D.^a Lucía; b) desde el nacimiento, el niño «ha tenido una situación familiar consistente en la existencia de dos madres, circunstancia que ha sido provocada por la actitud libre, consciente y voluntaria de ambas litigantes»; c) en el marco de estas relaciones, «es inconcebible que una de las miembros de la pareja decida quedarse encinta en contra o al margen al menos de la voluntad de su compañera»; d) no es importante que exista una situación legal de filiación, «pues lo importante para la Sala es que es indudable que para Virgilio, Zaida es su madre, no biológica, tampoco legal, pero madre a fin de cuentas desde el punto de vista que al menor le importa, que no es otro que el haber conocido a Zaida como madre propia desde el mismo día de su nacimiento»; e) el derecho de visitas no debe ser interpretado de forma restrictiva y dado que no se ha probado que el régimen sea perjudicial, debe mantenerse.

El recurso se articula en un Motivo único. Los argumentos se resumen a continuación: La situación que presenta el caso no se encuentra

regulada. Cuando nació el niño, fue registrado únicamente como hijo de la recurrente, por lo que no hay ninguna acción de filiación reconocida a favor de la recurrida, siendo su única madre la recurrente D.^a Lucía. La recurrida no ha instado judicialmente su declaración del derecho de filiación. El derecho de visitas reconocido a D.^a Zaida vulnera los derechos de la madre como tal, al tener que compartir el niño con una persona allegada, pero no decisoria ni imprescindible en su formación y educación. Cita en el sentido de su reclamación las sentencias de la AP de A Coruña, sección 5.^a, de 10 de octubre de 2006 y de Sevilla, sección 2.^a, de 20 de junio de 2005. Por todo ello, pide en el recurso que se determine la extensión de la aplicación del art. 160 CC, regulador de las relaciones entre los allegados y el menor.

El motivo no se estima, por las siguientes razones:

1. La protección de la familia y el interés del menor.

El sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales.

De acuerdo con estos planteamientos, la pareja formada por D.^a Lucía y D.^a Zaida constituyó en su día una unidad familiar. Sin embargo, son muy distintos los efectos que tienen lugar entre los miembros de una pareja que convive sin estar casada, y los que se producen entre los convivientes y sus hijos. Cuando la pareja no está casada, deben aplicarse los principios sentados en nuestra sentencia de 12 de septiembre de 2005, con aplicación del principio de la libertad de los pactos entre los miembros de la pareja. Cosa distinta serán los efectos que produce la paternidad/maternidad, porque las relaciones entre padres e hijos vienen reguladas por el principio constitucional de la protección del menor, consagrado en el artículo 39.3 CE, en la Convención sobre derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 y en el art. 24 de la Car-

ta de Derechos Fundamentales de la UE. Este principio es el que debe regir las relaciones entre los progenitores y los hijos, con independencia de que sus padres estén o no casados e impone una serie de reglas imperativas con la finalidad protectora ya señalada (STC 176/2008, de 22 de diciembre).

2. El concepto de vida familiar en los textos europeos de Derechos humanos.

La protección de la familia es objeto de un importante reconocimiento en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. El art. 8 de este Convenio establece, en su párrafo primero, que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar [...]». Dicho artículo ha sido interpretado en el sentido que aquí se mantiene en relación al artículo 39 CE por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 septiembre 2007, en el caso Wagner y J.M.W. L. vs Luxemburgo. En este caso se decidió que el estado de Luxemburgo había violado el art. 8 de la Convención europea al negarse a otorgar el exequátur a una sentencia de adopción realizada en Perú, porque el derecho luxemburgués no aceptaba la adopción por una persona sola y a pesar de que adoptante y adoptada habían convivido durante varios años en Luxemburgo. La Corte europea considera que cuando garantiza el respeto a la vida familiar, el artículo 8 de la Convención presupone la existencia de una familia; en el caso, la recurrente es considerada como madre de la menor desde 1996, por lo que existen lazos familiares de facto entre ellas (párrafo 117). De acuerdo con los principios que se derivan de la jurisprudencia de la Corte de Derechos humanos, cuando exista un lazo familiar con un niño, el estado debe actuar para permitir que este ligamen se desarrolle y se acuerde una protección jurídica que haga posible al máximo la integración del menor en su familia y es por ello que la negación del exequátur a la sentencia de adopción dictada por el tribunal peruano, vulnera los derechos de esta familia.

Este mismo principio está recogido en el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (2010/C 83/02), que dice: «Toda perso-

na tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones».

Esta solución debe aplicarse a la situación que se presenta a la consideración de este Tribunal, puesto que aunque no puede hablarse de relaciones jurídicas y la filiación no se ha establecido, ni en este caso pudo establecerse dados los requerimientos de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, en su art. 7.3, modificado en 2007, en cambio sí debe considerarse que, como se ha dicho antes, existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas. Esto sentado, debe ahora estudiarse cuál es el régimen más adecuado para la protección del menor, en los casos en que no haya matrimonio entre las convivientes, para que pueda relacionarse con la persona que no es su madre biológica en los casos en que se produzca el conflicto entre ellas.

3. El interés del menor.

Las discusiones sobre guarda y custodia de los menores deben contemplar siempre el prevalente del interés de los niños. Como se afirma en la doctrina más representativa, «el interés eminente del menor consiste, en términos jurídicos, en salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad. En el fondo, no es otra cosa que asegurarle la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve, y en el deber de los poderes públicos de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad». Por tanto, en lo correspondiente al derecho a tener relaciones con parientes y allegados, hay que tener en cuenta que el niño no puede ver recortada la relación y comunicación con personas que le son próximas humana y afectivamente, por causa de las diferencias entre dichas personas.

Por ello, el interés del menor obliga a los tribunales a decidir que el niño tiene derecho a relacionarse con los miembros de su familia, con independencia de que entre ellos existan o no lazos biológicos. Un ejemplo de esta cuestión la encontramos en la sentencia de esta Sala de 31

de julio de 2009, que si bien dictada en un caso de acogimiento preadoptivo, contiene unos razonamientos válidos para todos aquellos supuestos en los que deba prevalecer el interés del menor en la toma de decisión del juez. Así dice «Desde este punto de vista, se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto (“se buscará siempre”) [...]. Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor». También en el mismo sentido, la STS de 11 de febrero de 2011, FJ 3.º

Debe aplicarse el principio identificado en esta sentencia para tomar la decisión más adecuada y todo ello teniendo en cuenta que la situación planteada ante este Tribunal carece de regulación en la legislación positiva.

4. Las bases para establecer el derecho de relacionarse con el menor.

Para conseguir la protección del interés del menor, deben recordarse las circunstancias de esta familia, de acuerdo con los hechos probados: a) falta la filiación biológica con la conviviente que reclama el derecho de visitar o de tener contacto amplio con el hijo biológico de su antigua compañera, y b) falta también la relación jurídica, porque no se pudo aplicar lo establecido en el artículo 7 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (14/2006, de 26 de mayo, modificado por la Ley 3/2007, de 15 de mar-

zo, reguladora de la rectificación registral en la mención relativa al sexo de las personas). Este artículo, en su párrafo tercero, establece que «cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del registro civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido» y esta posibilidad no podía aplicarse en este caso puesto que ambas convivientes no estaban casadas.

Teniendo en cuenta todas estas circunstancias, se llega a la conclusión que la base de nuestra decisión debe ser no un hipotético derecho de la compañera de la madre biológica, sino un derecho efectivo que tiene el menor de relacionarse con aquellas personas con las que le une una relación afectiva y por ello debe entenderse aplicable al supuesto que nos ocupa el artículo 160.2 CC, que establece que «no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados». Esta norma debe aplicarse a este tipo de relaciones por las siguientes razones:

1.ª El concepto de allegado se ajusta a la relación que D.ª Zaida mantiene con el niño. De acuerdo con la definición del Diccionario de la RAE, allegado, «dicho de una persona: cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza».

2.ª En aplicación del art. 160.2 CC, el juez está autorizado para tomar cualquiera de las medidas que están enumeradas en el Art. 158 CC, que integra el art. 162 CC en cuanto determina el tipo de prevenciones que pueden adoptarse en estos casos.

Queda por resolver la cuestión relativa a la extensión del derecho de relación, que en definitiva constituye el núcleo del litigio.

Antes que nada debe señalarse que esta Sala opina que la expresión «derecho de visitas» debe aplicarse solamente en las relaciones entre los progenitores y sus hijos. Para identificar el derecho del menor en casos como el presente, resulta más adecuado utilizar la expresión relaciones personales, terminología que utiliza el art. 160.2 CC, que es el aplicable.

Es cierto que el art. 160 CC no determina la extensión ni la intensidad de los periodos en los que el menor puede relacionarse con sus allegados. Por tanto, se trata de una cuestión que debe ser decidida por el juez, quien deberá tener en cuenta: a) la situación personal del menor y de la persona con la desea relacionarse; b) las conclusiones a que se haya llegado en los diferentes informes psicológicos que se hayan pedido; c) la intensidad de las relaciones anteriores; d) la no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guarda y custodia y, e) en general, todas aquellas que sean convenientes para el menor.

Teniendo en cuenta que en el presente litigio, los informes coinciden en la conveniencia de que el niño Virgilio se relacione con D.^a Zaida, la edad del niño y los informes favorables del Ministerio Fiscal, esta Sala considera conveniente mantener el actual régimen de las relaciones personales entre el niño y D.^a Zaida, que puede ser alterado en cuanto se demuestre que causa un perjuicio al menor.

De lo dicho hasta aquí, se concluye que esta Sala no puede admitir la argumentación de la sentencia recurrida, en cuanto aplica el derecho

de visitas correspondiente al progenitor a un caso en el que la reclamante no es la madre del menor. Sin embargo, como afirma la STS de 18 mayo 2009 (Rec. núm. 1932/2004), el rechazo de la argumentación utilizada por la sentencia recurrida no es suficiente para la estimación del recurso de casación, porque concurren causas justificadas para reconocer el derecho del menor Virgilio a relacionarse con D.^a Zaida y por ello, en definitiva, es procedente mantener el fallo de la sentencia recurrida. En consecuencia, en aplicación de la doctrina del efecto útil de la casación o de la equivalencia de resultados, recogida en diversas sentencias de esta Sala (31 de enero de 2006, 15 de junio de 2006, 7 de julio de 2006, 7 de septiembre de 2006, 22 de septiembre de 2006, 6 de noviembre de 2006, 29 de noviembre de 2006, 7 de diciembre de 2006, 20 de febrero de 2007, 27 de abril de 2007, 12 de noviembre de 2007, RC núm. 1180/2007, y 15 de junio de 2010), procede desestimar el recurso de casación y mantener el régimen de las relaciones personales acordadas en la sentencia recurrida entre el niño Virgilio y D.^a Zaida, sin perjuicio de su modificación posterior si se demostrase algún tipo de perjuicio para el menor.

El premio de lotería recibido por la integrante de la pareja de hecho fue ingresado en una cuenta de su exclusiva titularidad, por lo que no puede deducirse que quisiesen compartir las ganancias, habiéndose acreditado que gozaron de independencia económica, sin perjuicio de que decidieran comprar una vivienda por partes iguales y abrir unas cuentas corrientes para domiciliar algunos gastos comunes.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 16 de junio de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Silvio y D.^a María Rosario formaban una pareja estable desde inicios del año 2000. Esta situación se mantuvo durante más de tres años. No otorgaron ningún pacto para regular los aspectos económicos de su situación de hecho.

Respecto a sus bienes, consta probado que: a) en una cuenta corriente de la Caixa se hacían ingresos esporádicos, sin ninguna periodicidad; b) los convivientes no ingresaron nunca sus nóminas en estas cuentas hasta que D. Silvio, en diciembre de 2002, domicilió la

pensión de desempleo; c) los gastos comunes derivados de la convivencia fueron pagados por D.^a María Rosario; d) el dinero del premio fue ingresado en una cuenta de titularidad exclusiva de D.^a María Rosario. Los convivientes habían adquirido una vivienda por partes iguales antes del premio, para lo que contrataron una hipoteca.

El 12 de diciembre 2002, D.^a María Rosario, su madre y dos personas más fueron agraciadas con 5.060.000,0 euros, premio correspondiente al «Cuponazo» de la ONCE.

A mediados de 2003 se deterioró la relación sentimental entre ambos convivientes. D.^a María Rosario abandonó la casa y los convivientes decidieron venderla, cancelando la hipoteca y repartiendo por partes iguales el dinero sobrante.

D. Silvio demandó a D.^a María Rosario y después de exponer su opinión sobre la existencia de una comunidad de bienes entre ellos, pidió que: a) se declarara extinguida esta comunidad; b) se condenara a D.^a María Rosario a abonarle una parte de una cuenta corriente, que según el demandante, pertenecía a dicha comunidad; c) se le abonara el 50% de las disposiciones efectuadas sobre el dinero que consideraba común correspondiente al premio de la ONCE; d) se le abonara la mitad de lo dispuesto por D.^a María Rosario en otra cuenta que, al parecer del demandante, formaba también parte de la comunidad.

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de D.^a María Rosario los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... dicte Sentencia desestimando íntegramente los pedimentos de la actora y se absuelva a mi mandante con expresa imposición de costas a la parte actora».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Colmenar Viejo dictó Sentencia el 9 de junio de 2005 estimando parcialmente la demanda condenando a D.^a María Rosario a que abone al actor la cantidad de 119.735,86 euros, más los intereses legales a partir de la interpelación judicial, que se incrementarán en dos puntos a partir de la notificación de esta sentencia. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad». La sentencia declaró: a) que era incontestable la existencia de una unión de hecho estable; b) que a pesar de ello, no existió ningún pacto relativo a la conclusión de una comunidad de bienes entre los convivientes, ni tampoco *facta concludentia* suficientes respecto a su existencia, de lo que deducía la sentencia que «no está acreditada la voluntad de hacer común todas las ganancias obtenidas y por tanto, el premio de autos»; c) pero consideraba que eran comunes «[...] las cuentas corrientes conjuntas de la pareja, pero no la totalidad de las ganancias obtenidas por cada uno. Por ello, estimo que el actor no tiene derecho alguno sobre la cuenta corriente en la que se ingresó el premio, en la que no figura como titular, pero sí en las otras dos. El importe dispuesto por la demandada con cargo a estas dos cuentas conjuntas es de 239.471,71 euros, por lo que habrá de abonar al actor la mitad, es decir, 119.735,85 euros».

En grado de apelación la Sec. 14.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 8 de marzo de 2007 desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Silvio y estimando el recurso formulado por D.^a María Rosario, la absolvió de todas las peticiones que se contenían en la demanda.

D. Silvio interpuso recursos por infracción procesal y casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Deducía la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que: a) «[...] el dinero del premio fue ingresado en una cuenta exclusiva de la demanda, por lo que debemos concluir diciendo que no puede aceptarse que decidiesen compartir todas las ganancias en régimen de comunidad, sino que gozaron de una independencia económica, en función de los ingresos de que disponían, sin perjuicio de que decidieran comprar una vivienda por partes iguales y abrir unas cuentas corrientes en que algunos gastos comunes se pudieran cubrir»; b) «el mero hecho del mantenimiento de cuentas con titulares plurales no atribuye por sí el condominio sobre los saldos, pues ello viene precisado por las relaciones internas que medien entre quienes resultan titulares bancarios conjuntos y más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos [...]».

El recurrente inicia su recurso de casación haciendo un resumen de la antigua jurisprudencia de la Sala relativa a las parejas de hechos y sus consecuencias económicas en el momento de su disolución. Esta introducción no forma parte de los motivos del recurso de casación.

En el motivo primero alega la infracción del art. 4.1 CC, en relación con el art. 1.1 CC. Deben abordarse las consecuencias económicas de la ruptura y el reparto del posible patrimonio común: es de aplicación analógica el art. 4.1 CC en relación con el art. 1.1 CC, por semejanza o identidad de razón. La sentencia recurrida ha dejado de aplicar la jurisprudencia definidora de la normativa aplicable a la resolución de las cuestiones objeto del proceso y ha infringido el derecho sustantivo citado en el art. 4.1 CC.

El motivo se desestima.

El art. 4.1 CC establece un sistema para integrar las lagunas que presenta un texto legal, sistema que se basa en un argumento de probabilidad que tiene su fundamento en una razón de semejanza, no de igualdad, de modo que dada una norma que predica una determinada calificación normativa de un objeto, se debe extraer el significado, que comprenda también aquellos sujetos que no están estrecha ni literalmente incluidos, pero presentan con los previstos una se-

mejanza, asumida como relevante en orden a la identidad de las situaciones. La regla del art. 4.1 CC es, por tanto, instrumental, por lo que debe citarse como infringida acompañada de la norma que debería haberse aplicado dada la semejanza entre las situaciones, regulada y no regulada. Y aquí solo se cita como infringido el art. 1.1 CC, que establece las fuentes del ordenamiento jurídico, pero no se aporta la disposición concreta que, a juicio del recurrente debería haberse aplicado.

La analogía se pretende entre matrimonio y pareja de hecho, lo que ha sido objeto de discusiones en los diversos tribunales que se han ocupado de la cuestión. La más reciente decisión corresponde a la Corte de Derechos Humanos de Estrasburgo, de 10 febrero 2011, en el asunto *Korosidou vs Grecia*, resuelto por la sección primera del citado Tribunal. En esta sentencia se niega la asimilación pedida con el siguiente argumento: «las consecuencias jurídicas de un matrimonio de una pareja civil —en la cual dos personas deciden expresa y deliberadamente comprometerse— distingue esta relación de otras formas de vida en común. Más allá de la duración o del carácter solidario de la relación, el elemento determinante es la existencia de un compromiso público, que conlleva un conjunto de derechos y de obligaciones de orden contractual. De manera que no puede haber analogía entre una pareja casada y un partenariado civil, y por otro lado, una pareja heterosexual u homosexual, donde los miembros han decidido vivir juntos sin devenir esposos o partenarios civiles (Burden precitado §65) [...]».

En esta Sala ha negado desde hace tiempo que entre el matrimonio y la pareja de hecho exista una relación de analogía. La STS 611/2005, de 12 de septiembre, del pleno de esta Sala, dice claramente que la configuración de la unión de hecho «[...] aparece sintéticamente recogida en la sentencia de 17 de junio de 2003, cuando dice que las uniones “more uxorio”, cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos —constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad

de vida similar a la matrimonial— han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos. La conciencia de los miembros de la unión de operar fuera del régimen jurídico del matrimonio no es razón suficiente para que se desatiendan las importantes consecuencias que se pueden producir en determinados supuestos, entre ellos el de la extinción». Los argumentos se fundamentan asimismo en la doctrina del TC, que se cita en la sentencia y se omite aquí para mayor claridad en la redacción.

Uno de los aspectos que no se admiten en la jurisprudencia de esta Sala es la existencia de un régimen económico matrimonial en las parejas no casadas, salvo que se haya pactado por los convivientes una comunidad de bienes u otro sistema. Pero ha quedado probado en la sentencia que ahora se recurre, que no existía tal pacto, ni tan solo por hechos determinantes o facta concludentia. Por ello, la STS 1048/2006, de 19 octubre, dice que «Es, pues, consustancial a esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio y a la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra ínsita en la convivencia “more uxorio” el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por “analogía legis” de las normas propias del matrimonio, entre las que se encuentran las relativas al régimen económico matrimonial; lo que no empece a que puedan éstas, y, en general, las reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes, ser aplicadas, bien por pacto expreso, bien por la vía de la “analogía iuris” —como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento a partir de un conjunto de preceptos y su aplicación al caso no regulado, cuando por “facta concludentia” se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común— sentencia de 22 de febrero de 2006». (Ver asimismo SSTS 40/2011, 7 de febrero; 299/2008, de 8 de mayo y 1048/2006, de 19 de octubre).

A partir de esta doctrina, que se ha relegado totalmente en todo el procedimiento, para el éxi-

to de su pretensión, el recurrente debería haber probado que hubo un pacto entre los convivientes dirigido a crear una comunidad respecto al dinero obtenido con el premio de la lotería de la ONCE, o bien demostrar que de los hechos ocurridos se deducía claramente que había habido una intención de crearla, cosa que aquí no ha sucedido según la prueba producida y valorada por quien tiene competencia para ello.

Con esta argumentación se desestima también el motivo tercero, que denuncia la infracción de los artículos que regulan la comunidad de bienes, el buen uso de los bienes que conforman la misma y su liquidación, es decir, los arts. 1441, 392, 393, 394, 400 y 404 CC. Dice el recurrente que, habiendo una unión de hecho, surge la necesidad de la liquidación de las cotitularidades creadas, porque la comunidad de bienes aparece como la institución más apropiada para resolver el conjunto de derechos y obligaciones que surgen de este tipo de uniones. Aparte de caer en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión, una vez se ha demostrado que no se creó ninguna comunidad, dejan de ser aplicables los artículos que cita como infringidos.

En el segundo motivo se alega la infracción, por no aplicación, del art. 1351 CC. Si debe aplicarse por analogía a las parejas de hecho el régimen de los gananciales, debe aplicarse el art. 1351 CC a los convivientes de hecho, porque lo contrario constituye una vulneración de todas las normas constitucionales citadas en el motivo primero.

El motivo también se desestima.

La desestimación es una consecuencia de lo dicho en el anterior Fundamento. Puede aportarse, además, la doctrina de esta Sala contenida en las sentencias que se citan a continuación: la STS 31/2010, de 4 de febrero, en un caso muy semejante al que es objeto de este recurso, niega el derecho de la recurrente a obtener una parte del billete de lotería que había sido premiado y dice que «La Sala no sólo se atiene a lo declarado probado (no hubo comunidad, ni siquiera cuando había convivencia), sino que comparte la apreciación del Tribunal *a quo* de que la convivencia cesó tras la firma de aquel documento. No puede ahora la recurrente pretender interpretar de otra forma aquellas declaraciones, ni mu-

cho menos, revisar la actividad probatoria y llegar a negar lo que ha declarado probado la sentencia de instancia, contrariando, una vez más, la función de la casación». A su vez, la STS de 31 de octubre de 1996 admitió que ambos convivientes compartieran dicho premio, porque se

había probado la existencia de la comunidad de bienes, argumento que debe aplicarse al presente recurso, puesto que no probada la comunidad, no hay derecho a compartir un premio en el que en ningún sentido produjo ninguna participación por parte del recurrente.

SUCESIONES

No siendo los bienes divisibles, y presentando gran magnitud las diferencias de valor de los lotes propuestos, se encuentra procedente que para poner fin a la comunidad de bienes se vendan en pública subasta, repartiéndose el precio entre los condóminos en proporción a sus respectivas cuotas.

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

Ponente: **Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Enma interpuso demanda de juicio ordinario contra D.ª Felicidad, D.ª Susana y D. Nemesio solicitando se dictara sentencia en la que se acordara proceder a la división, partición y adjudicación de los bienes que componían la comunidad formada por todos ellos en la forma establecida por la ley, con imposición de costas a los demandados si formularan oposición.

Admitida la demanda y conferido traslado a los demandados, estos contestaron conjuntamente mostrando su conformidad con la división de los bienes comunes pero oponiéndose a su venta en pública subasta por ser posible la formación de lotes, por todo lo cual solicitaron se tuviera por contestada la demanda en los siguientes términos: «A) Dando conformidad a la solicitud de disolución de la comunidad en los bienes objeto del presente pleito, y B) Por opuesto a las pretensiones de la misma consistentes en: — Que se acuerde la venta en pública subasta de los bienes; — La petición subsidiaria de que se dividan en lotes sólo los bienes que resulten material y jurídicamente divisibles; — Como consecuencia necesaria a la oposición a los anteriores pronunciamientos, a la petición de que se disponga la obligación de las partes en este proceso a que realicen y otorguen los actos jurídicos necesarios para llevar a efecto tales pronunciamientos; — A la condena en costas en caso de oposición a la cesación de los proindivisos —por no acontecer esta circunstancia—; y seguidos que sean todos los trámites, previo recibimiento del pleito a prueba, se sirva dictar sentencia desestimando la demanda en cuanto a las peticiones reseñadas anteriormente a las que nos oponemos, absolviendo de tales pretensiones actuadas a mis mandantes, con imposición de costas a la actora».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Talavera de la Reina dictó sentencia el 30 de octubre de 2006 con el siguiente fallo: «Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador D. Fernando Martín Barba, en nombre y representación de D. Enma contra

D.^a Felicidad, D. Nemesio y D.^a Susana debo declarar y declaro disueltas las comunidades de bienes en proindiviso mantenidas entre los litigantes sobre los distintos bienes descritos en el hecho primero de la demanda, acordando que dichas comunidades se extingan mediante la venta en pública subasta de los bienes en proindiviso, con distribución del precio resultante entre los partícipes en proporción a sus respectivos derechos sobre los bienes en copropiedad, obligando a las partes en este proceso a realizar y otorgar los actos jurídicos que sean necesarios para llevar a efecto los anteriores pronunciamientos, sin expresa imposición de costas».

En grado de apelación la Sección 2.^a de la AP de Toledo dictó sentencia el 15 de abril de 2008 desestimando el recurso, confirmando la sentencia apelada e imponiendo a la parte recurrente las costas de la apelación.

D.^a Felicidad, D.^a Susana y D. Nemesio interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La única cuestión que plantea el presente recurso de casación, compuesto de un solo motivo fundado en interpretación errónea del art. 404 en relación con el 1062, ambos del CC, e inaplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la disolución de la comunidad de bienes cuando es posible la formación de lotes, consiste en si, dada la indivisibilidad de cada una de las fincas pertenecientes en común a todos los litigantes (dos naves industriales, una vivienda y dos fincas rústicas), lo procedente es venderlas en pública subasta para repartir el precio entre los condóminos en proporción a sus respectivas cuotas, solución adoptada por la sentencia de primera instancia y confirmada en apelación por la sentencia recurrida en casación, o, como se propone en el recurso, interpuesto por los codemandados que son la madre, un hermano y una hermana de la demandante, la formación de lotes con compensaciones en metálico al no ser iguales sus valores respectivos.

En apoyo de su tesis la parte recurrente, sobre la base de que la madre es titular de la mitad de las cuotas de propiedad y cada uno de sus hijos codemandados lo es de una sexta parte, correspondiendo la sexta parte restante a la demandante, todo ello a su vez con subdivisiones debidas al usufructo de la madre, cita las sentencias de esta Sala de 27 de julio de 1994, 30 de noviembre de 1988, 31 de octubre de 1989 y 20

de mayo de 2005. Y aunque la propia parte no lo especifique en el alegato de su motivo, ha de entenderse que las posibilidades de formación de lotes que ahora defiende serían las mismas que propuso en su recurso de apelación, a saber: 1.^a) dos lotes de valor no homogéneo, pues comportaría una diferencia de 126.554,92 euros a compensar a la demandante; 2.^a) dos lotes, con una diferencia de 292.845,17 euros a compensar a los demandados; 3.^a) dos lotes, con una diferencia de 321.861,36 euros a compensar a los demandados; 4.^a) cuatro lotes, uno para cada condómino, con diferencias de 126.554,92, 15.445,15, 321.361,36 y 207.751,61 euros respectivamente; y 4.^a) tres lotes, uno para la madre y dos para sus hijos, con diferencias de 1.183.264,88, 207.751,61 y 321.861,36 euros respectivamente.

El motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1.^a) Las sentencias citadas por la parte recurrente no se pronunciaron sobre casos similares al aquí examinado: la de 27 de julio de 1994 (rec. 3239/91) versa sobre varias fincas pero que formaban una sola unidad de explotación, y además la comunidad no era compleja, al estar formada por solamente dos personas; la de 30 de noviembre de 1988 trata de un caso en el que unas fincas eran divisibles y otras no; la de 31 de octubre de 1989 versa sobre la disolución de una

comunidad entre dos cónyuges en régimen de separación de bienes y la existencia de acuerdo en virtud de un acto propio de la esposa; y la de 20 de mayo de 2005 (rec. 3935/98), en fin, sobre la partición de una herencia.

2.^a) Precisamente en el presente caso fue imposible partir la herencia mediante adjudicación de bienes o lotes concretos a los hoy litigantes, con o sin compensaciones en metálico, siendo la situación actual el resultado de operaciones particionales con atribución de cuotas ideales, por lo que las fórmulas propuestas en el recurso contribuyen más a prolongar la situación de indivisión que a superarla, hasta el punto de que algunas de ellas comportan la subsistencia de comunidad sobre determinados bienes.

3.^a) La propia magnitud de las diferencias de valor de los lotes propuestos por la recurrente es buena muestra de las dificultades que comporta la solución que ella misma propugna.

4.^a) La jurisprudencia aplicable al presente caso no es la representada por las sentencias citadas en el motivo sino la que, con base en lo que

dispone el art. 404 CC, que supedita al convenio entre los comuneros la adjudicación de la cosa indivisible a uno de ellos indemnizando a los demás, considera como fórmula procedente para poner fin a la comunidad, en cuanto derecho que puede ser ejercitado por cualquier comunero en todo momento, la venta de los bienes con reparto del precio entre los comuneros en proporción a sus cuotas, ya que el dato determinante de la forma de poner fin a la comunidad no puede ser la conveniencia o interés particular de uno o varios de los comuneros (SSTS 17-11-03 en rec. 1646/98, 12-3-04 en rec. 1379/98, 30-11-04 en rec. 3350/98, 3-2-05 en rec. 3544/98, 1-4-09 en rec. 1056/04, 29-3-10 en rec. 1073/06 y 11-4-11 en rec. 2144/07), todo ello sin perjuicio, claro está, de que la venta en pública subasta pueda quedar descartada por no quererla ninguno de los condueños (STS 5-11-01 en rec. 2152/96).

5.^a) Por tanto, la sentencia recurrida no infringió ninguna de las normas ni la jurisprudencia citadas en el motivo sino que, muy al contrario, aplicó rectamente el art. 404 CC según viene siendo interpretado por esta Sala.

Se declara la nulidad de la partición llevada a efecto sin la intervención de contador partidor al existir intereses contrapuestos con la titular de la patria potestad ya que también se liquidó la sociedad de gananciales, y además, la viuda no podía adjudicarse bienes en pago del usufructo vidual sin el consentimiento expreso de todos los herederos. No puede negarse con carácter general la legitimación de un coheredero —hija extramatrimonial— para ejercitar la acción de nulidad.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 8 de junio de 2011

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

D.^a Elisa interpuso demanda de juicio ordinario contra doña Raimunda y los menores don Leonardo y doña Concepción, solicitando que se declarase que la partición hereditaria, base de esta demanda, es nula; que, por haber optado la viuda legitimaria interviniente en la partición, por no respetar la voluntad sociniana del testador, ella y sólo ella debe ver reducida su participación, en la herencia del causante, a su legítima estricta; que, consecuentemente con ello, la parte de aquélla, en la herencia, ha de acrecer a favor de mi representada y, lógicamente, de sus hermanos; que en la futura participación y con inde-

pendencia de lo que proceda por la previa disolución de la sociedad de gananciales, habrá de tenerse en cuenta esa voluntad del testador, consistente en que: la viuda, en cualquier caso, ha de ver reducidos sus derechos hereditarios, al usufructo del tercio de mejora, a mi representada deberá acrecer, el resto de la herencia, que recibirá junto con su legítima estricta, acrecimiento que deberá compartir con sus hermanos menores de edad; que, consecuentemente con la nulidad a declarar, deben cancelarse en el Registro de la Propiedad las titularidades reales que esa partición haya podido causar; que, igualmente, deben cancelarse en las correspondientes entidades financieras las titularidades de fondos de inversión, acciones, cuentas corrientes, de ahorro y demás depósitos de dinero que hayan podido hacerse en función de la partición anulada; que caso de que, en función de las titularidades dominicales atribuidas por la partición, la viuda codemandada haya realizado actos de disposición, en su más amplio sentido, deberá restituir al caudal hereditario las sumas obtenidas. Segundo. Subsidiariamente y para el supuesto de que el Juzgador entendiera que no procede, íntegramente, la declaración anterior, el Juzgado deberá fallar declarando: que la partición hereditaria recurrida es, en todo caso, nula radicalmente, por lo que carece de toda eficacia; que la demandante tiene derecho a la nuda (sic) propiedad (por terceras partes junto con sus hermanos de vínculo sencillo) sobre todos los bienes hereditarios, sin que en la nueva partición pueda realizarse adjudicación ninguna distinta, al existir la obligación de respetar la voluntad sociniana del causante; que, consecuentemente con ello, deben cancelarse en el Registro de la Propiedad las titularidades reales que esa partición haya podido causar; que, igualmente, deben cancelarse en las correspondientes entidades financieras las titularidades de fondos de inversión, acciones, cuentas corrientes, de ahorro y demás depósitos de dinero que hayan podido hacerse en función de la partición anulada; que caso de que, en función de las titularidades dominicales atribuidas por la partición, la codemandada haya realizado actos de disposición, en su más amplio sentido, deberá restituir al caudal hereditario las sumas obtenidas».

Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de doña Raimunda, 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 absolviendo libremente a mi mandante de todos los pedimentos deducidos, con expresa imposición de las costas causadas a la demandante». D.^a Vanesa, en su calidad de Defensor Judicial de los menores Leonardo y Concepción, contestó asimismo la demanda, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado «... se dicte sentencia desestimatoria de la demanda absolviendo a mi mandante de los pedimentos deducidos en su contra, con expresa imposición de las costas causadas a la actora».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Madrid dictó Sentencia el 24 de febrero de 2006, cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLO: Que estimando la demanda formulada por D.^a Elisa, contra D.^a Raimunda y contra los menores de edad D. Leonardo y D.^a Concepción, actuando como defensor judicial de los mismos D.^a Vanesa, debo declarar y declaro que la partición hereditaria de fecha 11-12-2003 es nula de pleno derecho, debiendo en consecuencia: 1) cancelarse en el Registro de la Propiedad las titularidades reales que esa partición haya podido causar, 2) cancelarse en las entidades financieras las titularidades de fondos de inversión, acciones, cuentas corrientes, de ahorro y demás depósitos de dinero que hayan podido hacerse en función de la partición anulada, 3) debiendo restituir

las codemandadas al caudal hereditario las sumas obtenidas, si hubieren realizado actos de disposición en función de las titularidades dominicales atribuidas por dicha partición. Todo ello con expresa condena en costas a las demandadas».

En grado de apelación, la Sec. 10.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 6 de noviembre de 2007 cuyo Fallo es como sigue: «Que, con estimación de los recursos de apelación interpuestos por los Procuradores D. Ángel Rojas Santos y D. Pablo Hornedo Muguero en la representación que respectivamente ostentan de D.^a Raimunda y de D.^a Vanesa, frente a la sentencia dictada el día veinticuatro de febrero de dos mil seis por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Madrid en los autos a que el presente Rollo se contrae, debemos revocar y revocamos la indicada resolución y, en consecuencia, con desestimación de la demanda formulada por la representación procesal de D.^a Elisa, absolvemos a las partes demandadas con todos los pronunciamientos favorables, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en ambas instancias».

D.^a Elisa interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, que confirmó la Sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia de primera instancia declaró la nulidad de la partición hereditaria practicada por contador-partidor al considerar que la misma estaba viciada por falta de intervención de defensor judicial de los menores Leonardo y Concepción, hijos matrimoniales del causante don Franco, y hermanos de vínculo sencillo de la demandante doña Elisa, mientras que consideró que no concurría la causa de nulidad, también esgrimida en la demanda, referida al incumplimiento de la voluntad del testador y la conmutación del usufructo viudal que correspondía a la demandada doña Raimunda por la atribución a la misma de bienes inmuebles sin consentimiento de la demandante, por considerar el Juzgado que, en todo caso, se trataba de un defecto subsanable. Igualmente declaró que la llamada escritura de subsanación o aclaración de la de protocolización y ratificación de operaciones particionales realizada en fecha 11 de diciembre de 2003, realizada con posterioridad a la presentación de la demanda y que se aportó con la contestación «conlleva no una mera modificación o aclaración del cuaderno particional sino una modificación sustancial del mismo, que conllevaría una alteración sustancial del objeto del proceso, lo que resulta inadmisibles». Por ello, el Juzgado

declaró que «el objeto de la presente litis ha de quedar limitado a declarar si el cuaderno particional de fecha 23 de enero de 2003 es nulo o no de pleno derecho, sin considerar las modificaciones introducidas al mismo con posterioridad a la demanda», y efectivamente a ello se limitó en la sentencia, sin que dicha resolución fuera recurrida por la demandante ni se planteara por las partes durante la primera instancia, respecto del proceso, una posible carencia sobrevenida de objeto.

Por el contrario, admite la Audiencia que, al adjudicarse bienes inmuebles a la viuda para el pago del usufructo viudal, se inobservó lo dispuesto en el artículo 839 del Código Civil, pero deja de pronunciarse sobre las consecuencias de tal infracción por el mero hecho de que la sentencia de primera instancia consideró tal conculcación como mero motivo de anulabilidad. Por el contrario, en cuanto a la falta de intervención de defensor judicial en interés de los menores, impuesta por el artículo 1057 del Código Civil, que dio lugar a que el Juzgado estimara la demanda declarando la nulidad de la partición, afirma que «no se ha evidenciado concluyentemente [esa] oposición de intereses entre la madre y sus hijos menores y, por otra, no deja de ser sorprendente

que se esgrima la ineficacia de la partición por falta de intervención del defensor judicial cuando se carece de interés legítimo para ello, ya que no estamos ante un supuesto de nulidad absoluta, como se ha dejado expuesto»; todo ello tras razonar en el sentido de que en todo caso se trataría de un supuesto de anulabilidad, pero no de nulidad radical o absoluta «siendo llano que esta última ha sido la impetrada en el suplico del escrito iniciador del pleito».

Sin embargo, tales argumentos no pueden ser compartidos y, por el contrario, se ha de considerar que la partición efectuada incurre en la nulidad denunciada por la parte actora, en primer lugar por infringir claramente lo dispuesto en el artículo 839 del Código Civil, que determina las formas en que los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte en el usufructo, sin que lógicamente se puedan atribuir para ello bienes en propiedad sin el consentimiento expreso de todos los herederos, y en segundo lugar, porque faltó el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 1057, párrafo tercero, en cuanto a la formación de inventario por el contador partidor con citación de quien hubiera de ostentar la representación de los menores que, en este caso, siendo patente la posible oposición de intereses con la madre —pues incluso se liquidó allí la

sociedad de gananciales que existía entre ésta y el causante— comportaba la necesidad de intervención de un defensor judicial; omisión que efectivamente puede generar anulabilidad, en cuanto pudiera ser subsanada por la conformidad posterior de los herederos y de dicho representante, pero no lo fue en el caso, sin que pueda negarse con carácter general la legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad al coheredero que, como interesado en la partición, quedaría en otro caso, ante tal omisión, pendiente de una impugnación posterior por no haber sido salvaguardados los intereses de dichos menores.

En consecuencia, el recurso ha de ser estimado, singularmente por la infracción de los artículos 163 del Código Civil (sobre la necesidad de nombramiento de un defensor judicial), referido en el motivo primero; 1057, párrafo tercero, del mismo código (sobre la necesidad de intervención del defensor judicial de los menores para la práctica del inventario), a que alude el motivo tercero; y 1060 del mismo código, sobre la necesidad de aprobación judicial de la partición efectuada incluso en el supuesto de intervención del defensor judicial, salvo que el juez hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento, citado en los motivos segundo y tercero.

DERECHO A LA INTIMIDAD

La obligación de indemnizar por la lesión al derecho a la intimidad (publicación de reportaje en un periódico referente a un conflicto familiar en el que se encuentra implicada una menor de edad) deriva de un ilícito extracontractual, y los condenados (la madre, el periodista, el director del periódico y la entidad propietaria del mismo) deben responder solidariamente de la indemnización fijada.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2011

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

ANÁLISIS DEL CASO

Los días 28, 29 y 30 septiembre 2006, el «Diario de Córdoba» publicó una serie de reportajes de los que fue autor D. Balbino, en los que aparecen fotografías realizadas por D. Carlos Manuel. Dichos artículos se referían a un conflicto familiar entre la demandada

D.^a María Luz, madre de la niña Custodia, sobre la guarda y custodia de su hija, que se había atribuido judicialmente al padre. En estos reportajes, la madre demandada decía que no quería entregar su hija a su padre, al que calificaba como «su verdugo», a quien se había acusado de abusos sexuales producidos a la niña, caso que se había archivado por la Audiencia Provincial.

Los reportajes publicaban las denuncias contra el padre y especificaban los contenidos de los partes médicos de los que se sospechaba la posibilidad de existencia de tales abusos, aunque la Audiencia Provincial había acabado confirmando el archivo del asunto penal.

El Ministerio Fiscal en nombre de la menor Custodia interpuso demanda de juicio ordinario en defensa del derecho a la intimidad y a la propia imagen, contra su progenitora D.^a María Luz, D. Balbino (periodista autor del reportaje), D. Carlos Manuel (fotógrafo), D. Fidel (director del periódico) y Diario Córdoba, S.A. solicitando que se dicte sentencia en la que se declare: Primero. Que la divulgación de datos relativos a la vida privada de la menor por su madre, D.^a María Luz y su publicación por el diario Córdoba en los días 28, 29 y 30 de septiembre de 2006, vulnera y constituye una intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad de la menor y es contraria a sus intereses. Segundo. Que la publicación de los reportajes ha producido a la menor perjuicios y daños morales, teniendo en cuenta de un lado, la gran difusión del diario Córdoba en la localidad y su provincia, así como la repercusión que dicha difusión tuvo en el entorno de la menor, y se condene a D.^a María Luz, a D. Balbino, a D. Carlos Manuel, a D. Fidel y a Diario Córdoba, S.A. a que indemnicen a la menor solidariamente en la cantidad de 30.000 euros, más los intereses legales, cantidad que deberá ser depositada en una entidad bancaria a nombre de la menor a plazo fijo hasta su mayoría de edad, de la que, hasta entonces, no se podrá disponer sin autorización judicial. Tercero. Que se requiera a la progenitora y a Diario Córdoba para que, en lo sucesivo, se abstengan de publicar datos relativos a la intimidad de la menor referenciada, salvo su solicitud a la autoridad judicial, apercibiendo a los demandados que de no cumplir con lo ordenado podrían incurrir en delito de desobediencia. Cuarto. Que se condene a los demandados a las costas derivadas del presente procedimiento».

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de Diario Córdoba, S.A., D. Fidel, D. Carlos Manuel y D. Balbino, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... se dicte Sentencia en la que se desestime la demanda interpuesta de oficio por el Ministerio Fiscal contra mis representados, declarándose la inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la menor Custodia, absolviendo a mis representados».

La representación de D.^a María Luz alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: «... dicte sentencia en la que se desestime la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra mi representada, absolviéndola por lo tanto y alternativamente, que la cantidad se adecue realmente a las circunstancias del caso y la capacidad económica de las partes».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Córdoba dictó Sentencia el 30 de mayo de 2007 estimando parcialmente la demanda y declarando: que la divulgación de datos relativos a la privacidad de la menor por su madre D.^a María Luz y su publicación por el «Diario de Córdoba» en los días 28, 29 y 30 de septiembre de 2006 constituye una intromisión y vulneración ilegítima del derecho a la intimidad de la menor, y es contraria a sus intereses,

por lo que debo condenar y condeno, solidariamente, a los demandados a estar y pasar por estos pronunciamientos, y a que abonen a la menor, como indemnización resarcitoria de los daños morales sufridos por tal acción, la cantidad de 24.000 euros, requiriendo a la madre de la menor y al «Diario de Córdoba», para que en lo sucesivo se abstenga de publicar datos relativos a la intimidad de la menor referenciada, salvo que se autorice judicialmente.

En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Córdoba dictó Sentencia el 13 de noviembre de 2007, con el siguiente fallo: «Que estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por la Procuradora de los Tribunales doña Cristina Caballero Ruiz-Maya en representación del Diariode Córdoba y otros y por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Gutiérrez-Ravé Torrent en representación de doña María Luz, contra la sentencia dictada el 30 de mayo de 2007 en el procedimiento ordinario núm. 123/2007 del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Córdoba confirmamos dicha resolución salvo en absolver al demandado don Carlos Manuel de las pretensiones en su contra formuladas y en condenar a don Fidel, don Balbino y al Diario Córdoba a que indemnicen a la menor Custodia en la suma de 3.000 euros y a doña María Luz a que indemnice a su hija en la suma de 12.000 euros, ambas entidades (sic) devengarán el interés legal y no se hace expresa condena en las costas originadas en esta alzada».

El Ministerio Fiscal interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y casación, estimándose por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia del Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El objeto de estos recursos consiste únicamente en determinar si los condenados por lesión a la intimidad de la menor, responden de forma solidaria o de forma mancomunada frente a la víctima. La condena por los hechos que lesionan la intimidad de la niña es firme. Por tanto los demandados, D.ª María Luz, madre de la menor y los periodistas D. Balbino, D. Fidel, director y DIARIO DE CÓRDOBA, S.A. deben indemnizar a la menor hija de la demandada.

Otra cuestión que debe aclararse es el orden en que se van a estudiar los recursos. La finalidad de los recursos por infracción procesal y casación interpuestos por el Ministerio Fiscal es conseguir la declaración de que la condena a indemnizar a la niña cuya intimidad ha sido lesionada, sea configurada en forma solidaria y no mancomunada, como ha resuelto la sentencia recurrida. Por ello, se va a estudiar en primer lugar el recurso de casación, como ha efectuado ya varias veces esta Sala, porque en realidad, los dos recursos son interdependientes y por ello se estudiará en primer lugar el recurso de casación del Ministerio Fiscal por razones de método, y

porque la solución que se le dé va a determinar si la sentencia recurrida es o no correcta en relación con la de primera instancia. Este método ha sido utilizado ya en el Tribunal Supremo en sentencias de 21 de mayo y 24 de junio de 2010 y 18 de mayo de 2011, e implícitamente en las de 8 de julio y 22 de septiembre de 2010.

En el primer motivo se denuncia la inaplicación del art. 1902 CC, en relación al art. 1144 CC e indebida aplicación del art. 1137 CC, en relación con el art. 65 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo y art. 1903 CC, contradiciendo al mismo tiempo la doctrina jurisprudencial. Se considera por el recurrente que no son aplicables las disposiciones de los arts. 1137 ss. CC cuando se trata de la vulneración de un derecho fundamental. La obligación de indemnizar por la lesión al derecho a la intimidad deriva de un ilícito extracontractual. Es doctrina jurisprudencial unánime que en el caso de la responsabilidad extracontractual con pluralidad de responsables, éstos responden solidariamente. El art 1137 CC es aplicable a las obligaciones contractuales y conforme a la doctrina jurisprudencial, la res-

ponsabilidad indemnizatoria por vulneración del derecho a la intimidad es de carácter solidario. Asimismo el Ministerio Fiscal no comparte que exista una responsabilidad mancomunada con distribución desigual de partes, pues para ello es necesario que se fije la concreta participación de cada uno en el perjuicio para así poder graduar la deuda con la parte perjudicada. La relevancia de las conductas de ambos grupos no puede ser individualizada.

El motivo se estima.

El contenido de este motivo es doble: por una parte se requiere que se aplique la doctrina de la responsabilidad extracontractual, para a continuación, aplicar la regla de la solidaridad cuando existe una pluralidad de agentes. Sin embargo, no es necesario para identificar los daños ocasionados por una lesión del derecho a la intimidad recurrir al art. 1902 CC, aunque es cierto que también quedarían cubiertos por esta disposición. Y ello porque el daño está ya tipificado e identificado en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, en su art. 9.3. Habrá que determinar, por tanto, si se ha cometido la denunciada aplicación indebida del art. 1137 CC.

La redacción del art. 1137 CC ha sido matizado por la jurisprudencia de esta Sala en aquellos casos en que el origen de la obligación no es contractual e incluso en casos de obligación contractual en que se ha comprobado una voluntad tácita de las partes de constituir la solidaridad (SSTS de 24 de febrero y 21 de noviembre de 2005 y 18 de junio de 2008, entre muchas otras). La Sala ha considerado que existe la solidaridad que denomina impropia, en los casos de indemnización por daños derivados de culpa extracontractual con varios agentes, sin que sea posible la determinación del grado de participación de cada uno de ellos (SSTS, entre otras, de 22 de enero de 2004 y 19 de octubre de 2007). Es cierto que puede distinguirse en el plano teórico entre diversos tipos de solidaridad: entre ellas, la denominada impropia, que operará cuando varias personas quedan vinculadas a realizar una misma prestación, derivada de la concurrencia de la misma causa, que es idéntica para todos los implicados. En este caso, se entiende que se

produce una obligación *in solidum*, porque hay un elemento común que agrupa a todos los afectados por la característica solidaria de la obligación frente al acreedor. Ello no impide que a nivel de relaciones internas, los obligados respondan de forma distinta, pero sin que esta cuestión afecte al acreedor (argumento *ex art.* 1140 CC).

Planteadas las bases para resolver el caso concreto que se presenta a esta Sala, debe afirmarse que, en efecto, la obligación de responder por los daños causados por más de un agente, como consecuencia de la lesión al derecho fundamental a la intimidad, debe ser calificada como obligación solidaria. No es necesario aplicar el art. 65.2 de la Ley 14/1996, de 18 de marzo, porque acudiendo a la doctrina antes expuesta, debe concluirse que existe solidaridad de los demandados. En efecto, en este caso:

1.º Existe una pluralidad de sujetos concurrentes a la producción del daño: la madre demandada y los miembros de la publicación, director y periodista que publicaron las noticias que se han declarado lesivas para la intimidad de la niña.

2.º Concorre asimismo una unidad de objeto, porque la prestación tiene un objeto único, que es la indemnización. Por ello no debe confundirse la solidaridad con la divisibilidad del objeto: frente a la víctima, el objeto es único, con independencia de que entre los condenados se pueda establecer una participación mayor o menor, según el grado de implicación en la producción del daño.

3.º Se produce también una causa común para todos los agentes del daño: se trata de un único hecho, la divulgación de determinadas circunstancias que afectaban a la hija de la demandada, a cuya producción han contribuido todos los que han sido condenados, en grado distinto, aunque la publicación de las noticias en el PERIODICO DE CÓRDOBA no habría sido posible sin la información dada por la madre. El hecho se imputa a varias personas y en aplicación de lo anterior, deben responder solidariamente ante la perjudicada.

En el segundo motivo del recurso se denuncia la inaplicación del art. 9.3 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, e infracción de la doctrina juris-

prudencial relativa a la fijación del *quantum* indemnizatorio al no haber tenido en cuenta los parámetros contenidos en el art. 9.3 de la LO. Dice el recurrente que la Sala no ha tenido en cuenta el parámetro recogido en el art. 9.3, relativo a la difusión o audiencia del medio a través del que se ha producido, a diferencia de lo que efectuó la juzgadora en 1.ª instancia. Además, es clamorosamente excesivo por menos el *quantum* indemnizatorio impuesto a los demandados del Diario de Córdoba.

El motivo se estima.

Es doctrina unánime de la Sala que la determinación de la cuantía indemnizatoria corresponde a la sala de instancia. Sin embargo, nos encontramos ante un caso en el que concurren circunstancias distintas y por ello, especiales:

1.ª En primer lugar, la lesión se ha ocasionado a la intimidad de una persona menor de edad, por lo que aplicando el principio del interés del menor, esta Sala está legitimada para examinar de oficio el *quantum* de la indemnización.

2.ª Los parámetros contenidos en el art. 9.3 LO 1/1982 no han sido aplicados en la sen-

tencia recurrida, que entiende que «la intromisión ilegítima en el honor de la menor ha sido de escasa entidad», sin tener en cuenta que: a) se trata de la lesión al derecho a la intimidad y no al honor; b) aunque no se facilita el nombre ni las iniciales de la niña, ni el domicilio, la sola identificación de la madre y el barrio donde la menor vive, permite reconocer claramente a la afectada, y c) la divulgación de los pormenores del informe médico, ha sido claramente reconocido como atentatorio del derecho a la intimidad por la sentencia recurrida, porque las circunstancias «no eran conocidas en el ámbito familiar y sobre todo del vecinal».

La estimación de los motivos del recurso hace inútiles las alegaciones que se contienen en los motivos primero, segundo y tercero del recurso extraordinario por infracción procesal y más teniendo en cuenta que las infracciones referidas al art. 218 LEC, contenidas en los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal, son un pretexto para obtener la verdadera finalidad del recurso, que es la declaración de solidaridad de la deuda originada por la lesión del derecho a la intimidad. En consecuencia, no se estima el recurso extraordinario por infracción procesal.

CUESTIONES PENALES

Se condena al esposo a la pena de ocho meses de prisión como autor de un delito de falsificación de un certificado de una guardería y cuatro certificados supuestamente emitidos por el Colegio Notarial que aportó al procedimiento matrimonial.

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 30 de mayo de 2011

Ponente: **Excmo. Sr. D. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez**

ANÁLISIS DEL CASO

Adrián, mayor de edad y sin antecedentes penales, cuyas demás circunstancias ya constan, se encontraba, en los primeros meses de 2006, en trámites de separación matrimonial con su esposa Ángela, en el procedimiento de medidas provisionales núm. 91/2006, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Móstoles, y en el procedimiento de divorcio contencioso núm. 750/2006 seguido ante ese mismo juzgado. Con la finalidad de articular una situación ventajosa para él en dichos procedimientos, en fechas no

exactamente precisadas de los meses de febrero y marzo de 2006, realizó el acusado los siguientes hechos: 1.º En fecha anterior al 7 de marzo de 2006, el acusado elaboró un certificado supuestamente emitido por la Guardería «RANTAPLÁN», donde el hijo del matrimonio asistía, documento fechado el día 6 de febrero de 2006, en el que se simulaba la firma de la Directora del indicado Centro, y en el que se hacía constar que era el hoy acusado y los padres de éste quienes se encargaban de las gestiones y consultas relativas al menor, sin hacer mención alguna a la madre del niño, esposa del acusado. Dicho certificado, así elaborado por el acusado, fue aportado al Procedimiento de Medidas Provisionales y al de Divorcio a que se ha hecho referencia, en fechas 7 y 29 de marzo respectivamente. Practicadas por la esposa gestiones en la referida Guardería en torno a la expedición de dicho certificado, se negó por los responsables la autenticidad del mismo, expidiéndose a petición de la misma un nuevo certificado en el que se hacía constar la participación de la madre en el seguimiento de la vida escolar del menor, lo que se omitía en la certificación aportada por el acusado. Tal segundo certificado fue igualmente aportado al procedimiento de divorcio.

Guiado por la misma finalidad, en fecha anterior al 22 de marzo de 2006, fecha del escrito de contestación por la representación del imputado a la demanda de divorcio presentada de contrario, el acusado elaboró cuatro certificados supuestamente emitidos por el Colegio Notarial de Madrid, en el cual el acusado prestaba sus servicios contratado como técnico informático, y los presentó en dicho procedimiento. Los documentos elaborados por el acusado hacían referencia a diferentes conceptos, todos ellos relativos a sus intereses en el procedimiento de divorcio, el primero de ellos en relación a la percepción de una paga extraordinaria en la cuenta en la que el acusado percibía sus nóminas, el segundo relativo a la asistencia a un curso, el tercero en relación a la asistencia del acusado a su puesto de trabajo en determinados días, y el cuarto relativo a su horario laboral. Los tres primeros documentos fueron presentados en el escrito de contestación a la demanda en el procedimiento de divorcio presentada en el Juzgado de Primera Instancia el día 22 de marzo de 2006 y el cuarto de ellos en la vista de medidas provisionales, celebrada el día 7 de marzo del mismo año. Dichos documentos fueron expresamente impugnados por la representación procesal de Ángela en el referido procedimiento civil, presentando al propio tiempo denuncia en el Colegio Notarial, donde, tras la oportuna investigación de estos y otros hechos que a continuación se analizarán, acordó el despido disciplinario del acusado, por resultar dichos certificados formalmente falsos, en cuanto que no habían sido emitidos por la entidad.

En las mismas fechas, y con igual finalidad, el acusado tuvo conocimiento de la existencia de una escritura de fecha 10 de enero de 2006 (sobre declaración de obra nueva finalizada, liquidación de sociedad de gananciales disuelta y adjudicación de herencia) que su esposa Ángela y el hermano de ésta, Carlos, habían otorgado actuando además en nombre y representación del padre de ambos. El acusado, prevaliéndose de su puesto de trabajo en el Colegio Notarial, llamó por teléfono desde las oficinas del Colegio a la Notaría de Luis Carlos Troncoso Carrera, situada en Navalcarnero, y manifestando que era trabajador del Colegio Notarial y que su esposa necesitaba urgentemente una copia de la referida escritura, consiguió que una de las empleadas de dicha Notaría, Josefina, le remitiera, primero por fax y luego por correo, la mencionada escritura. El acusado presentó también esta escritura en el procedimiento de medidas provisionales. Al darse cuenta Ángela y su hermano de este extremo, puesto que ninguno de ambos había facilitado copia de la escritura al acusa-

do, iniciaron gestiones para averiguar lo sucedido, descubriendo así la forma en que había accedido el acusado a la escritura.

El Juzgado de instrucción número 4 de Móstoles instruyó procedimiento abreviado 639/2006, por delito de falsificación en documento oficial y privado y descubrimiento y revelación de secretos a instancia del Ministerio Fiscal que ejerció la acusación pública y de Ángela que ejerció la acusación particular contra Adrián.

La Sec. 7.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 26 de marzo de 2010 condenado a Adrián como responsable en concepto de autor, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de los siguientes delitos, a las correspondientes penas: de un delito de falsedad en certificados y en documento privado, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas: ocho meses de prisión, con la accesoria de de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; de un delito de descubrimiento y revelación de secretos un año y dos meses de prisión, con igual accesoria y multa de catorce meses, con cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, y al pago de las costas procesales.

Adrián interpuso recurso de casación que se estimó parcialmente, absolviéndosele del delito de descubrimiento y revelación de secretos.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Invocando el art. 852 LECrim y el art. 5.4 LOPJ, se ha denunciado vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en relación con el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). En apoyo de este doble aserto, el recurrente desgrana diversas consideraciones de índole jurisprudencial, buscando dotar de fundamento a su pretensión de un reexamen de cierta amplitud del cuadro probatorio. Luego se detiene en un análisis de los elementos del mismo de carácter incriminatorio, para cuestionarlos. Y concluye, en cuanto al certificado supuestamente expedido por Guardería Rantaplán, que no se ha acreditado que fuera falso y tampoco que hubiese sido elaborado por Adrián. Por lo que hace a los certificados emitidos por el Colegio Notarial, se señala que el acusado dijo haberlos solicitado y recibido de modo regular; que el gerente manifestó que la firma era suya, aunque él no los había firmado. En lo relativo a la obtención y aportación de la escritura de declaración de obra nueva, liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación de herencia, a que se refieren los hechos, se objeta que

la valoración de la prueba no puede reducirse al examen de las manifestaciones de los otorgantes y del notario y la empleada de la notaría, porque está la manifestación del recurrente a favor de la regularidad de la obtención de esos documentos, el dato de que no se haya acreditado que los mismos fueran falsos y hubieran sido confeccionados por este último; a lo que hay que unir que uno lo habría tomado de su propio domicilio, y los otros, por haber sido incorporados al Registro, tendrían carácter público y estaban al alcance de cualquiera; más en el caso de Adrián, que, asistido por un interés legítimo, pudo obtenerlos sin problema.

El Fiscal se ha opuesto al motivo. De un lado, en el plano más general, por entender que esta instancia, aunque, ciertamente más abierta al tratamiento de las cuestiones probatorias que en su versión decimonónica, la original de nuestra Ley, no permite la clase de examen que reclama el recurrente. Su argumentación es sugestiva, pero suscita a su vez un problema desde el punto de vista del modo como, en la materia, hay que entender el derecho a la presunción de

inocencia como regla de juicio. En este punto, se da por descontado que la verificación de si la Audiencia ha llevado o no a cabo un tratamiento racional del contenido del cuadro probatorio obliga a establecer una conclusión sobre la efectiva concurrencia de prueba. Pero, sin embargo, parece olvidarse que la prueba en el momento de la evaluación no opera *per se*, sino en virtud de un proceso cognoscitivo y de atribución de valor, es decir, de sentido, que debe ser justificado. Y que es, precisamente, tal curso epistémico el que deben estar informado, de un modo que resulte intersubjetivamente apreciable, por la racionalidad que se exige. Esto convierte el asunto en una cuestión de método. Y, así, determinar la existencia de prueba pasa a ser comprobar que, realmente, ha existido prueba que pruebe. O sea, prueba, en concreto, con aptitud suficiente para dotar de valor inductivo al razonamiento y de validez a su conclusión. Algo, en fin, que difícilmente podría hacerse si no es mediante el examen tanto del *modus operandi* en la formación de las premisas como de la manera como se ha operado con ellas. Por eso, el planteamiento del motivo no parece formalmente objetable. Otra cosa es que deba ser compartido; y en este aspecto hay que estar con la Audiencia y con el Fiscal.

En el caso del certificado de la guardería, primero, porque el reproche que se hace a la actitud de la directora como testigo es, entendible desde la óptima de la defensa, pero no sirve para descalificarla. Pues su rechazo de la autenticidad de la firma es suficientemente claro y rotundo y no existe razón alguna para pensar que pudiera estar faltando a la verdad con tal afirmación. Es, desde luego, el argumento fundamental. Pero además concurren, complementariamente, otros dos: con independencia de que pudiese haber existido o, incluso existiera, un sello con el logo estampado en aquel, no era ya en general el utilizado (algo razonable, por el cambio de nombre de la entidad); como tampoco el modo de recibirlo de que habla el acusado respondía al habitual procedimiento de envío. Y está, además, el aserto de la falta de constancia a la misma directora de que alguien hubiera actuado al respecto como sostiene Adrián. A todo lo que se ha de unir la apreciación del Fiscal, acerca de lo irreal de la versión del recurrente, que, ciertamente,

era el único interesado en disponer del documento y precisamente en su tenor; que si luego fue rectificado a instancia de la denunciante es porque, obviamente, no era veraz. Esto a pesar de que la parte niega que pudiera beneficiarle, algo que, de ser cierto, convertiría en un sinsentido el uso que hizo del mismo.

El modo de operar atribuido al recurrente con los demás documentos a que se refieren los hechos, partiendo de la previa existencia y la elaboración manipuladora del anterior por parte de Adrián, ya no debe ser considerado en abstracto, sino, justamente, asociado a la particular manera de proceder que se expresa en esta acción; en sí misma dotada de alto valor indiciario, que autoriza a entender no casual la emergencia en el contexto de otros documentos connotados, de entrada, de patente irregularidad en cuanto al procedimiento de obtención. Y todos conectados entre sí, por su funcionalidad a la estrategia procesal del interesado.

En el caso de los certificados que constan como emitidos por el Colegio Notarial, cabe comprender, como táctica defensiva, el propósito de desviar la atención hacia algunas vacilaciones del gerente del Colegio Notarial. Pero estas expresan, no tanto la duda del mismo sobre el propio proceder, como perplejidad ante la circunstancia de que su firma estuviera estampada, pareciéndole auténtica, en cuatro documentos de cuyo contenido, en tres de los supuestos no era real, como explica la sala; y, en el cuarto, el testigo dice que él no lo hubiera firmado de ningún modo. Lo que resulta avalado por la propia actuación de la entidad de despedir a Adrián.

Y en lo que hace a la obtención de la copia de la escritura notarial otorgada por la querellante y su hermano, es necesario reparar, como bien lo hace el Fiscal, en el dato de que las manifestaciones de la empleada de la notaría y del mismo notario sobre la entrega al que ahora recurre tienen a su favor un relevante y significativo elemento de atendibilidad, pues implican la asunción por parte de ambos de la responsabilidad de una práctica connotada por cierta falta de regularidad formal, que no les dejaría en el mejor lugar, pero que, al mismo tiempo, evidencia un afán de dar prevalencia a la verdad de lo acontecido, que encuentra eficaz sustento en esta acti-

tud. Además, a esto se suma lo manifestado por la primera en el sentido de no ser cierto que la copia estuviera en el domicilio que la primera compartía entonces con el acusado, de donde, por lo mismo, no pudo haberla retirado.

El principio de presunción de inocencia da derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, que —salvo los casos excepcionales constitucionalmente admitidos— es la obtenida en el juicio, que haya sido racional y explícitamente valorada, de forma motivada, en la sentencia, y se refiera a los elementos nucleares del delito (por todas, STC 17/2002, de 28 de enero y STS 213/2002, de 14 de febrero). Por otra parte, cuando se trata de la prueba habitualmente denotada como indiciaria, para que resulte atendible la conclusión incriminatoria, según jurisprudencia asimismo muy conocida (por todas, STC de 21 de mayo de 1994 y STS de 2 de febrero de 1998) es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean varios, estén bien probatoriamente acreditados, mediante prueba de la llamada directa, y viertan sobre el hecho principal u objeto de imputación; y que la inferencia que, realizada a partir de aquéllos conduce a este último, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables, y cuente con motivación suficiente.

Pues bien, a la vista de lo que acaba de exponerse, la conclusión es que el proceder de la sala, en el tratamiento de la prueba, se ha ajustado a ese canon. Y lo ha hecho tanto en el sentido de contemplar todos los elementos de juicio relevantes como en el de haberlo hecho con la racionalidad necesaria. En efecto, pues la hipótesis de la acusación, finalmente acogida, es la que ciertamente explica del único modo satisfactorio lo acontecido, en una versión en la que, de la manera más convincente, es el manipulador modo de proceder del acusado el que dota de sentido a toda esa serie de circunstancias, sobre cuya objetiva irregularidad ilustran asimismo los distintos testimonios, bien valorados en la sentencia.

Por todo, el motivo no puede acogerse.

Con apoyo en el art. 849.2.º LECrim, se alega infracción de ley por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que demostrarían la equivocación del juzgador. El argumento es que la sentencia habla de escritura para

referirse al documento del que se habría apoderado el que recurre, sin denotarla como pública, lo que acreditaría que tiene ese carácter, que le hace de un acceso fácil y permitido.

El motivo carece del más mínimo rigor en el planteamiento. De un lado, porque aunque en los hechos se hable únicamente de escritura, en el contexto, queda claro que se trataba de una de carácter notarial, aunque solo fuera porque en el lenguaje coloquial es el modo regular de referirse a tal clase de actos. Pero es que, además, como la recurrida y el Fiscal objetan con toda razón, el carácter público responde al dato de haber sido autorizados por un fedatario de ese carácter, y no a que su contenido entre, por esta circunstancia, en el ámbito de una abierta publicidad que habilitase a cualquiera para tomar conocimiento del contenido de los mismos. El ejemplo del testamento que se le opone exime de cualquier otro recurso argumental.

Así pues, no cabe hablar de error en los hechos que, en consecuencia, no deben ser rectificadas en su tenor.

Al amparo del art. 849.1.º LECrim se ha objetado la aplicación indebida de los arts. 395 y 399 CP, por la ausencia —se dice— de los elementos objetivos y subjetivos a que está legalmente condicionada su aplicación.

El motivo es de infracción de ley, por eso solo apto para servir de cauce a la denuncia de eventuales defectos de subsunción. Así, está totalmente fuera de lugar la reiteración de la profusa serie de consideraciones relativas a la supuesta ausencia de prueba, que no tiene cabida en este marco.

Asimismo carece de pertinencia la afirmación, pretendidamente exculpatoria, de que el contenido de las certificaciones atribuidas al Colegio Notarial pudiera haberse ajustado a la realidad. Primero porque es algo que no dice la sentencia, y esto, aquí, lo hace irrelevante. Pero, además, y sobre todo, porque, en el caso de las mismas, lo efectivamente tomado en consideración para subsumir la conducta de que se trata en el precepto legal del art. 399 CP, que es lo que se cuestiona —lo explica muy bien la Audiencia y lo subraya el Fiscal— lo que realmente cuenta es que no fueron emitidos por el órgano que quiere

hacerse aparecer como certificante, sino simulados por el acusado en su calidad de particular, que es quien los elaboró en su integridad. Y es aquí donde radica la irregularidad criminal, con pleno encaje en la aludida previsión legal.

Desde otro punto de vista, ha tratado de negarse eficacia jurídica a esos documentos falsificados, pero la actitud que se expresa en tal modo de discurrir no puede ser más autocontradictoria, cuando la protagoniza quien los elaboró buscando, sin duda —como bien explica la Audiencia— el efecto de menoscabar la posición procesal de la ahora querellante, en el proceso matrimonial en el que estuvieron implicados quienes ahora lo están en esta causa. Incluso, puede decirse, con algún indudable efecto práctico, por la misma incorporación al pleito y la correspondiente consideración judicial a que tuvo que dar lugar.

Se ha negado, en fin, la condición de documento privado a la certificación de la directora de la guardería, para la que se pretende a efectos jurídico-penales la calidad de certificado y consiguiente aplicación del art. 399 CP. Se entiende el interés que anima al recurrente en esta opción, dada la desproporción en el tratamiento penal de una acción, esta última, que no cabe considerar objetivamente de mayor gravedad que las antes contempladas. Pero lo cierto es que el radio de acción del art. 399 CP está perfectamente definido y lo integran las certificaciones expedidas por facultativos, autoridades o funcionarios, calidades en las que no tiene encaje la condición de directora de un centro privado de educación infantil. Y, por otro lado, ya se ha dicho, la búsqueda del efecto perjudicial está bien acreditada.

En consecuencia, el motivo debe rechazarse.

También invocando el art. 849.1.º LECrim, se ha aducido infracción, por indebida aplicación, del art. 197 CP. El argumento, en esencia, es que la obtención de la escritura pública de referencia y su aportación al pleito civil no es conducta con encaje en el precepto citado, porque no cabría hablar de intimidación ni tampoco de secreto.

En este punto se objeta por el Fiscal que la Audiencia ha puesto de relieve, con razón, que exceptuados los extremos relativos a los bienes inmuebles, sí destinados a la publicidad registral, los actos documentados como el propio documento notarial comprendían otros de los que no podría predicarse lo mismo.

Pero lo cierto es que el Fiscal apoya el motivo, aunque, razona, y razona bien: porque entiende que, en rigor, no hubo apoderamiento. Señala que se dio, sin duda, una cierta relajación de los mecanismos de control que deben funcionar en una notaría, que tendrían que haber operado con eficacia incluso frente a quien era empleado del Colegio Notarial. Pero el prevalimiento de esta calidad y ese defecto de funcionamiento, en el plano conceptual, no autorizan a hablar de apoderamiento. Un vocablo cuyo campo semántico comprende las conductas consistentes en coger o hacerse con algo mediante el empleo de fuerza. Lo que, trasladado analógicamente al terreno en que aquí se opera, implicaría vencer algún tipo de resistencia, como la impresa en la predisposición de alguna medida o cautela adoptada, precisamente, para evitar el conocimiento por otras personas de datos o informaciones que el directamente interesado buscara preservar. En este sentido, aquí el acusado habría obtenido algo con astucia, pero sin necesidad de poner en práctica una conducta calificable de apoderamiento.

Prolongando esta línea argumental y a mayores, razona el Fiscal, de un modo que debe asimismo compartirse, que no es en absoluto descartable que el acusado pudiera conocer el contenido de la escritura. Como tampoco la hipótesis de que, incluso, de haber solicitado del juez civil su incorporación al proceso matrimonial hubiera llegado a conseguirlo, por la posible trascendencia de los datos en la vertiente patrimonial de la disolución del régimen económico vigente entre los cónyuges.

En consecuencia y por todo, la ausencia de una acción a la que pueda referirse el verbo nuclear del tipo penal aplicado, hace que deba estimarse el motivo.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

GUARDA Y CUSTODIA

En atención a que el menor tiene dos años de edad y atendiendo a la prueba pericial practicada resulta más conveniente la custodia individual y no la compartida, como acordó la Audiencia Provincial. Por otro lado, no debe establecerse la custodia compartida sin contar con el plan de relaciones familiares que la ley exige.

TSJ de Aragón, Sentencia de 13 de julio de 2011

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas

El segundo motivo de este recurso extraordinario invoca la infracción del art. 218.2 de la LEC, referido a la exigencia de motivación de las sentencias, que habrán de expresar los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. En el desarrollo del motivo expresa la parte recurrente que la sentencia incurre en contradicción interna, por cuanto indica el criterio de la Sala de que, en atención a la estabilidad del menor, la custodia diaria resulta poco conveniente y debería ser sustituida, y sin embargo la acuerda.

Como afirma la STC 64/2010, de 18 de octubre (Sala Segunda), citando otras precedentes, el derecho a la tutela judicial efectiva «Supone, en primer lugar, que la resolución ha de estar suficientemente motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, ni resulte manifiestamente irrazonable, incurso en un error patente o en una evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y

el fallo, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia». Y es que las partes en el proceso tienen derecho a una tutela judicial que comprende la obtención de una decisión motivada sobre las cuestiones oportunamente deducidas, motivación que ha de ser suficiente y ajustada a criterios lógicos. Una fundamentación contraria a la lógica, incoherente o irrazonable, impediría conocer realmente las razones de la decisión, y propiciaría la arbitrariedad de los poderes públicos, que está vedada por el art. 9.3 de la Constitución Española.

En el caso de autos la sentencia recoge, al argumentar sobre la cuestión fundamental que fue objeto de recurso de apelación, a saber, la conveniencia de establecer un sistema de guarda y custodia compartida, que esta atribución responde a determinados aspectos del informe emitido por el equipo técnico adscrito a la subdirección de Teruel del Instituto de Medicina Legal de Aragón; que existe la previsión de que tanto el padre como la madre no puedan atender en solitario a todas las necesidades del menor precisando del apoyo de la familia extensa; que no es obstáculo el que los litigantes no hayan presentado un plan de relaciones familiares. No obstante, la Sala estima que en atención a la estabilidad del menor la custodia diaria resulta poco conveniente, y

debería ser sustituida, al menos cuando el menor alcance la edad suficiente para la escolarización obligatoria, por una custodia por períodos más amplios, de acuerdo con el plan de convivencia que los cónyuges (sic) establezcan. Pese a todo acuerda la custodia compartida exactamente en la forma que considera poco conveniente.

Esta argumentación no resulta coherente. No deben los tribunales acordar una medida, que afecta a derechos eminentemente personales de menores, cuando dicha solución es considerada poco conveniente; ni hay razones para instar a las partes a la sustitución de la forma de custodia que impone —pese a desvalorarla— «al menos cuando el menor alcance la edad suficiente para la escolarización obligatoria», pues no hay motivos que conduzcan a la modificación a partir de ese momento, ni las razones que a ello conducen se exponen en la fundamentación jurídica del fallo.

Por todo ello, el motivo se estima.

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.

Sobre el fondo de la cuestión planteada

Las alegaciones expresadas en el recurso de casación se centran en dos motivos. Ambos traen fundamento procesal en el art. 477.3.ª 3 de la LEC, y denuncian: el primero, la infracción, por interpretación errónea, del art. 6 de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, en relación con el art. 39.2 y 4 de la Constitución Española; y el segundo, la infracción por inaplicación del art. 2.2 de la misma Ley, en relación con el art. 11.2, apartados a) y b) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Dado que ambos preceptos se refieren a la decisión a adoptar respecto de los hijos, atendiendo al beneficio o interés del menor, ambos alegatos van a ser objeto de examen conjunto.

Ante todo debemos señalar la corrección de la Audiencia Provincial al decidir la aplicación al caso de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de las Cortes de Aragón, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. Es así, pese a que el litigio se tramitó en primera instancia antes de la entrada en vigor de dicha norma, porque su Disposición Transitoria Primera preveía la posibilidad de revisión, conforme a la nueva normativa, de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior: Las normas de esta ley serán de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor de la misma.

La norma aragonesa resulta de aplicación al caso por cuanto se trata de una relación paterno-filial de personas con vecindad civil aragonesa y de un menor de igual condición. Aunque esta consideración no se recoge en los hechos invocados por las partes, se desprende del conjunto de los autos que se trata de aragoneses y que el menor, hijo de ambos, también lo es. Por tanto el litigio ha de resolverse conforme al derecho aragonés, al que remite, como norma de conflicto, el art. 16.1, en relación con el 9.1 y 4, del Código Civil.

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.

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 re-

gulación 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, según el cual, «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 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 catorce 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.

3. 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».

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)—.

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».

La aplicación de los criterios legales expresados al caso de autos conduce a la estimación del recurso.

Sostiene la parte recurrente que la sentencia recurrida infringe el art. 6 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, (equivalente al 80.2 CFA) que ordena al Juez adoptar de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea mas conveniente; y el art. 2.2 de la citada Ley, (cuyo contenido está refundido en el art. 76.2 CFA) en cuanto dispone que toda decisión o resolu-

ción que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio o interés de los mismos.

Frente a la decisión tomada en primera instancia, que atribuyó a la madre la guarda y custodia del menor, fundada en el resultado de la prueba practicada en autos y, especialmente, en el informe pericial, que recomienda la atribución a la madre de dicha custodia, la Audiencia Provincial adopta la guarda y custodia compartida. Lo hace fundada en argumentos que, como se ha expresado anteriormente al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, no resultan razonables, y lo hace considerando el sistema que establece como «poco conveniente» en atención a la estabilidad del menor.

En el caso que es objeto de enjuiciamiento, se trata de un menor que, al tiempo de interposición de la demanda, no contaba con dos años de edad. La única prueba de carácter pericial practicada en autos recomendaba razonablemente atribuir a la madre la guarda y custodia, con un régimen amplio de visitas con el padre que garantizase su permanencia como figura de referencia estable y continua. Y no se había aportado a autos plan de convivencia, sino que la Audiencia Provincial remitía a las partes a establecerlo, a los efectos de la posible ampliación de los periodos de convivencia.

Por ello, la Audiencia Provincial ha incurrido en infracción de los preceptos denunciados. Por una parte, porque en el caso presente resulta más conveniente la custodia individual de la madre, atendiendo a la prueba practicada y al factor que el propio legislador considera en primer lugar, cual es la edad del niño, que se encuentra en la primera infancia. Además, porque no debe establecerse el sistema de guarda y custodia compartida sin contar con el plan de relaciones familiares que la ley exige.

La estimación del recurso determina que la Sala se constituya en tribunal de instancia, debiendo resolver sobre las pretensiones ejercitadas en autos. Procede así la confirmación del fallo recaído en primera instancia, que resuelve de modo ajustado a derecho sobre todas ellas; pero la Sala debe hacer dos precisiones: a) La referencia que allí se hace a que ambos progenitores compartirán «las funciones inherentes a la patria potestad» debe entenderse realizada a las funciones que corresponden a la autoridad familiar, que es la institución que el ordenamiento jurídico aragonés establece respecto de los hijos menores; b) El régimen de visitas y comunicación del padre con el menor Heraclio debe ser mantenido, pero la expresión «debiendo ser reintegrado al domicilio paterno» debe entenderse como reintegración al domicilio materno, por atribuirse la guarda y custodia a favor de la madre.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La diferencia de ingresos entre la esposa y el esposo justifican una pensión compensatoria de 3.000 euros en favor de aquella.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 25 de julio de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a Eugènia Alegret Burgués

En el segundo motivo del recurso de casación se dice vulnerado el art. 84 del Código de Familia en relación con las Sentencias del TSJC de 22-9-2008 o 11 de marzo de 2010.

La sentencia recurrida ni vulnera el artículo citado, que regula la pensión compensatoria por

el desequilibrio económico que puede producir la crisis matrimonial en uno de los cónyuges en relación con el otro y el nivel de vida que anteriormente disfrutaba, ni tampoco la doctrina de esta Sala por haber fijado la Audiencia, confirmando el criterio del Juzgado, una pensión de 3.000 euros mensuales a favor de la Sra. Victoria.

Las Sentencias citadas nada aportan al efecto, al resolver, como es lógico, en función de las circunstancias del caso, que en nada se asemejan al presente.

Cabe recordar que con la pensión compensatoria regulada en el art. 84 CF, se prolonga la solidaridad matrimonial después de la ruptura de la convivencia, con la finalidad de reequilibrar de la manera más equitativa posible la situación económica en que queda el cónyuge más perjudicado económicamente por la separación o el divorcio, en relación con la que mantenía durante el matrimonio. Los Tribunales fijan la cuantía de la misma en función de las circunstancias concurrentes, no siendo susceptible de revisión en casación salvo que la suma concedida, por defecto o exceso, resulte manifiestamente arbitraria o irracional por no reconocerse en ella la finalidad legal perseguida.

En relación con la cuantía de la pensión compensatoria dice la Sentencia de esta Sala de 11-3-2010 que: «Así las cosas, esta parte del primer motivo del recurso de casación no puede ser estimada, habida cuenta la doctrina sentada por esta Sala, entre otras muchas, en las SSTS-JC núm. 36/2007, 17/2008, 26/2008 y 38/2008, conforme a las cuales la apreciación de las circunstancias que, según la ley, han de ser tomadas en consideración es competencia del tribunal de instancia, de forma que no siendo ilógico, arbitrario o irracional el criterio manifestado por éste en su sentencia, el mismo no puede ser objeto de revisión en casación, sin que sea necesario que se enumeren y analicen exhaustivamente todas las circunstancias expresadas en el precepto legal (art. 84 CF), pues «es suficiente que la valoración que se haga de las que concurren en el caso satisfaga la exigencia de motivación en cuanto expresiva de la convicción lógica, racional y justificada sobre la situación que da lugar a la concesión de la pensión y a la adecuada determinación de su cuantía, atendida la finalidad a que está dirigida» (STSJC 36/2007 —FJ 3—).

En el mismo sentido la STSJC de 25-6-2009 recuerda que: «Respecte a la seva concreta quantificació, s'han de tenir present els diversos apartats de l' art. 84.2 del CF, i la seva determinació només tindrà interès cassacional quan re-

sulti il·lògica, irraonable o arbitrària (sentències del TSJC 26/2007, de 26 de novembre; 17/2008, de 8 de maig, i 26/2008, de 3 de juliol, entre les més recents)».

La recurrente estima que su situación económica se ha visto considerablemente perjudicada con la separación con respecto a los años en que duró el matrimonio en tanto que debe hacer frente personalmente a los gastos de la vivienda y a cualquier otro gasto que se presente cuando antes lo hacía el esposo.

El motivo debe rechazarse por cuanto se ha expuesto.

La Sentencia de la Audiencia ya tiene en cuenta que tras la crisis matrimonial la situación económica de la Sra. Victoria empeoraría —lo usual es que lo haga toda la economía familiar al tener que duplicarse tras la ruptura muchos de los gastos— razón por la cual confirma la concesión de una pensión compensatoria de 3.000 euros mensuales. La discrepancia de la recurrente estriba, en realidad, en que estima insuficiente la cantidad fijada.

Sin embargo, no se pone de relieve en el recurso dónde estaría el error patente, la irracionalidad o arbitrariedad de la decisión de la Audiencia.

El Tribunal tuvo en cuenta para establecer la cuantía de la pensión las circunstancias siguientes: a) los ingresos de ambos cónyuges (unos 1.000 euros mensuales la recurrente y 61.201 euros anuales el esposo más otras cantidades sin cuantificar procedentes del rendimiento de sus sociedades); b) el patrimonio de cada uno (un millón de euros aprox. la esposa y unos 4 millones el esposo); c) los gastos que una y otro deben afrontar, teniendo en cuenta que el mantenimiento de los hijos mayores de edad no dependientes lo asume íntegramente el esposo y que el uso del domicilio familiar se atribuyó a la Sra. Victoria; y, d) la situación de recesión económica que sufre el sector inmobiliario al que se dedica la actividad profesional del marido.

Con tales antecedentes es visto que la Audiencia ha resuelto en forma ponderada y prudente la cuestión debatida, por lo que no existe motivo jurídico alguno para casar la sentencia.

INDEMNIZACIÓN POR EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

Para la fijación del importe de la compensación por extinción del régimen de separación de bienes no deben computarse ni el patrimonio del esposo que recibió por herencia, ni las plusvalías de tales bienes por el transcurso del tiempo o por las oscilaciones del mercado, pero sí la rentabilidad que ha extraído de los mismos.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 12 de julio de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors

Habiendo quedado plenamente acreditados la concurrencia en el supuesto de autos de todos los presupuestos legal y jurisprudencialmente establecidos para la concesión de la indemnización económica del artículo 41 del Codi de Família a favor de la demandante, sólo resta por examinar el tema relativo al «quantum» fijado por la sentencia impugnada, asimismo cuestionado por la parte recurrente.

Al respecto es de señalar, que el Tribunal, ciertamente, puede valorar si la cuantía concedida por la Sala de apelación resulta proporcionada en función de las circunstancias que la propia sentencia de la Audiencia Provincial recurrida declara concurrentes —S.TSJC de 27 de abril de 2000—.

En tal sentido, la sentencia de este TSJC 36/2008, de 3 de noviembre, tras exponer que:

«En primer lloc cal descartar que pugui constituir un motiu de cassació la diferent percepció que hagin tingut sobre la qüestió objecte del plet els òrgans d'instància, ja que el recurs de cassació es dona contra la Sentència d'apel·lació, i la Sala és sobirana en la valoració de la qüestió fàctica i jurídica en els termes dels recursos d'apel·lació que li hagin estat plantejats.

Tampoc no és admissible que en el recurs de cassació es faci supòsit de la qüestió per intentar anar en contra dels fets declarats provats per la Sentència impugnada. I això és justament el que intenta el recurrent quan nega en el recurs de cassació que l'esposa hagi treballat per a la llar o per a l'espòs...», se pronuncia diciendo que:

«És cert que, en no establir l'art. 41 CF cap paràmetre per a la fixació de la indemnització, han de ser els tribunals d'instància els que la quantifiquin, però per a això han d'atendre a la funció jurídica que compleix la compensació com a correctora del sistema legal de separació de béns i no com una forma de fer equivalents els patrimonis.

Cal recordar que també hem declarat que la compensació regulada en l'art. 41 del Codi de família no permet sostenir que s'hagin d'igualar els patrimonis dels dos cònjuges. Es llegeix en la STSJC de 10-02-2003 que: “Acoger la tesis generalista contraria, que parece patrocinar la parte recurrente, tratando de compensar situaciones de desigualdad cuando ambos cónyuges han compatibilizado su actividad profesional fuera del hogar, sería, no sólo ir contra la letra y espíritu de la norma, sino, además, destruir el régimen de separación de bienes cuya esencia está en la división de patrimonios dentro del matrimonio”. Tampoc el legislador català no ha volgut introduir el règim de participació en els béns i guanys de l'altre cònjuge, en haver-se rebutjat expressament el sistema esmentat (STSJC 27-4-2000: “En efecto, establecer una cuota o porcentaje a atribuir al cónyuge menos favorecido en el momento de la crisis matrimonial significaría desnaturalizar la esencia de aquel régimen económico conyugal y asemejarlo al régimen de participación, régimen expresa y precisamente rechazado por el Parlamento catalán. Recordemos que ninguno de los dos proyectos tendentes a introducir un régimen de participación de ganancias en casos de separación, nu-

lidad o divorcio, bien legal, bien a instancia de parte, prosperaron; ni el de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat, de fecha 22 de febrero de 1.989, ni el presentado primero en Caldas d'Estrac y luego en Tarragona)".

La Sentència de 23 d'abril de 2000, que va representar la primera oportunitat que va tenir el TSJ de Catalunya per pronunciar-se en relació amb la naturalesa i efectes de l'art. 41 del CF, es va inclinar per fugir de tesis generalistes i deixar a l'arbitri del jutge o tribunal la fórmula de restablir l'equilibri patrimonial i, en definitiva, la quantificació de la indemnització. En el mateix sentit es va inclinar la STSJC de 28.05.2007. Però també es deia a la primera que un dels paràmetres que s'ha de tenir en compte és la incidència en l'activitat del cònjuge, a més d'haver-se de considerar també, com és lògic, la durada i la intensitat de la col·laboració familiar i negocial, a més de la diferència patrimonial,

atès que aquests paràmetres estan implícits en l'article esmentat».

En el supuesto que nos ocupa, partiendo de los hechos declarados probados, en los que se tiene en cuenta «el importante patrimonio del demandado» —procedente de negocios en Andorra, Islas Vírgenes y Bangkok— resulta evidente que se ha establecido una indemnización adecuada y ajustada a las circunstancias concurrentes, tras no computar para su concesión, ni el patrimonio que el demandado recibió por herencia de sus padres, ni las plusvalías de tales bienes por el transcurso del tiempo o por las oscilaciones del mercado, pero sí la rentabilidad que ha extraído de los mismos, estimando la Sala que la cantidad fijada, coincidente con la solicitada en el escrito rector de la litis, no es desproporcionada a la concreta situación patrimonial de ambos litigantes en el momento de producirse la ruptura convivencial.

La determinación de la cuantía de la compensación es competencia del juzgador de instancia sobre la base de las pruebas practicadas, deviniendo inadmisibile su acceso a la casación.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 25 de julio del 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio**

La sentencia recurrida estimó (parcialmente) el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia de primera instancia —que había decidido no reconocer su derecho a percibir una compensación económica del demandado *ex art. 41 CF*—, por entender que sí había resultado acreditado, por un lado, que la ex esposa había actuado al frente del negocio de venta de productos de pesca titularidad exclusiva del marido desde el año 1981 hasta el año 1995 como colaboradora y desde esta última fecha como responsable «tras la decisión del esposo de trabajar como pescador», y por otro lado, que al tiempo de la ruptura matrimonial era apreciable un desequilibrio patrimonial en perjuicio de la actora y a favor del demandado, que al fin de la relación matrimonial había quedado como cotitular del domicilio familiar y titular exclusivo del local de negocio, además de una barca y de

«unos seguros de ahorro», todo lo cual le lleva a decidir atribuir a aquella una indemnización por «una cantidad aproximada equivalente a la mitad del valor del cito local... habida cuenta que ya comparte la titularidad de la que fue la vivienda conyugal», cantidad que fija en 60.000 euros.

Al denunciar la infracción del art. 41 CF —no será necesario atender a la cita del art. 267 CF, ya que carece de desarrollo argumental alguno— en su recurso de casación, la actora se propone discutir tan sólo la suficiencia de la indemnización concedida, invocando una supuesta «jurisprudencia relativa a la cuantificación de la indemnización», que, según su particular entendimiento, debería hallarse explicitada en las sentencias de esta Sala (especialmente, las SSTSJC 8/2000 de 27 abr., 7/2003 de 26 mar., 8/2006 de 27 feb., 37/2008 de 6 nov., 17/2009 de 17 abr. y

19/2010 de 27 may.), que cita fragmentariamente y sin alusión alguna a los supuestos de hecho respectivos y a ciertas sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona y Tarragona, de las que transcribe diversos párrafos de manera acrítica y cuya mención debe soslayarse aquí, puesto que la llamada «jurisprudencia menor» sólo podría justificar el acceso a la casación, en su caso, cuando fuera contradictoria entre sí en la forma que describe el art. 477.3 LEC y que ha interpretado reiteradamente el TS en línea con su Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 12 de diciembre de 2000 (apartado II.2.º e).

En defensa de este planteamiento y después de justificar la concurrencia de todos los requisitos previstos en el art. 41 CF —lo cual era innecesario de todo punto, ya que dicha concurrencia ya viene proclamada en la sentencia recurrida—, la recurrente aduce con fundamento en la pericial propuesta en su día que el desequilibrio patrimonial existente entre los cónyuges al tiempo del cese de la convivencia es de un determinado importe (584.606,00 euros – 138.250,00 euros = 446.356,00 euros), importe que en modo alguno se desprende de la sentencia recurrida y con base en el cual demanda que le sea reconocido su derecho a percibir *ex art. 41 CF* algo más del 50% (224.000,00 euros), por considerar que la Audiencia Provincial no ha llevado a cabo el debido «análisis de circunstancias de tiempo de dedicación, y el monto de la desigualdad patrimonial, y cómo queda la situación al tiempo del cese de la convivencia de modo que el *quantum* de la compensación fijado... es insuficiente y, por ende, no da cumplimiento a la razón tuitiva del art. 41 CF».

Sucede, sin embargo, que el planteamiento de la recurrente desconoce que mediante el recurso de casación, aunque ésta haya sido interpuesto y admitido por razón de su cuantía (art. 477.2.2.º LEC), no es posible partir de hechos distintos a los declarados probados por la sentencia recurrida, o basarse en los que no se han declarado probados en ella, o ignorar o soslayar las determinaciones de carácter eminentemente fáctico que pertenecen al ámbito sentenciador de la instancia, para extraer consecuencias jurídicas o pretender la aplicación de determinadas normas a partir de una construcción propia, unila-

teral y artificiosa, en oposición a lo resuelto en la instancia de conformidad con aquéllos (SSTS 1.ª 494/2008 de 6 jun. —FJ 1—, 1205/2008 de 17 dic. —FJ 3—, 184/2009 de 23 mar. —FJ 2—, 325/2009 de 7 may. —FJ 2—, 318/2009 de 12 may. —FJ 2—, 480/2009 de 30 jun. —FJ 5—, 545/2009 de 30 jun. —FJ 2—, 466/2009 de 2 jul. —FJ 4—, 527/2009 de 2 jul. —FJ 3— y 685/2009 de 5 nov. —FJ 14—; AATS 1.ª 20 ene., 21 abr. y 2 jun. 2009).

En efecto, al no incluir la sentencia de apelación valoración alguna del patrimonio del demandado ni del de la actora —lo cual hubiera podido ser, en su caso, materia de un recurso extraordinario de infracción procesal del art. 469.1.2.º LEC en relación con el art. 218.2 LEC (STSJC 21/2005 de 9 may.)—, o, en todo caso, al desprenderse de la misma bases de cálculo económico diferentes a las que ésta postula en su recurso —de la sentencia recurrida se desprende que el local comercial de la titularidad exclusiva del demandado tenía un valor aproximado al tiempo de la ruptura de 120.000,00 euros, en lugar de los 311.000,00 euros pretendidos por la actora, y no consta el valor de ningún otro bien—, la introducción de los datos económicos, de carácter fáctico, sobre los que se construye la pretensión de la recurrente hubiera debido afrontarse necesariamente mediante el correspondiente recurso extraordinario por infracción procesal.

Las consecuencias de la apreciación de este defecto casacional, que supone incurrir en supuesto de la cuestión, son insoslayables aun cuando se haya advertido con posterioridad a la fase de admisión del recurso, y abocan inexorablemente a su desestimación, atendido que, conforme una doctrina reiterada tanto por el TC (SSTC 167/1989 de 16 oct. y 130/1990 de 16 jul.), como por el TS (SSTS 1.ª 825/2007 de 11 jul., 1004/2007 de 21 sep., 1038/2007 de 27 sep., 1298/2007 de 5 dic., 23/2008 de 16 ene., 90/2008 de 15 feb. y 386/2008 de 8 may.) y también por esta propia Sala casacional autonómica (SSTSJC 12/2002 de 18 abr., 24/2006 de 19 jun., 12/2007 de 3 may., 28/2008 de 15 jul., 30/2009 de 27 jul., 10/2011 de 28 feb. y 16/2011 de 31 de mar., estas dos últimas del Pleno), los óbices a la admisión se transmutan en motivos de

desestimación al resolver el recurso en este momento procesal, pudiendo ser apreciados incluso de oficio para evitar posibles fraudes procesales, por tener carácter imperativo o de «ius cogens» las normas que regulan el acceso a los medios de impugnación extraordinarios, sin que puedan ser modificadas por el principio dispositivo ni por la voluntad de las partes impuesta a los tribunales (SSTS 1.ª 54/2001 de 25 ene., 448/2001 de 9 may., 878/2003 de 27 sep., 1208/2006 de 20 nov. y 398/2007 de 27 mar.).

Téngase en cuenta, como dijimos en nuestra STSJC (Pleno) 10/2011 de 28 de febrero, que:

«... l'admissió a tràmit dels motius d'infracció processal té un caràcter provisional i això no impedeix, ans al contrari, que es pugui (i calgui) realitzar de nou un examen a l'hora de dictar sentència, fins i tot amb independència de si són o no denunciades com a motius d'inadmissió en l'escrit d'oposició. Cal tenir present que les interlocutòries d'admissió tenen un valor limitat i reduït a afavorir la tramitació i facilitar un pronunciament definitiu per sentència, per la qual cosa, atesa la limitació del seu objecte, no s'exclou la revisió del criteri prèviament adoptat quan les raons jurídiques concurrents comporten un pronunciament d'inadmissió. Per tant, la circumstància de la prèvia admissió no comporta l'esmena de defectes essencials en la seva preparació o en el desenvolupament de la interposició, la qual cosa comporta quan es tracta dels requisits previstos legalment com a condicionants de l'admissió, atesa la seva naturalesa d'ordre públic (ius cogens), que s'hi hagi de conferir obligatòriament i d'ofici la conseqüència legalment prevista de desestimació quan siguin advertits, tenint en compte, a més, que no existeix un dret constitucionalment protegit a interposar determinats recursos i que el principi pro actione projectat sobre el dret a la tutela judicial efectiva no actua amb la mateixa intensitat en les fases inicials del plet que en les posteriors».

En consecuencia procede la desestimación de este motivo 6.º del recurso extraordinario por infracción procesal.

Por otra parte, no está de más advertir que, conforme a la única doctrina de este Tribunal autonómico de casación en materia de cuantía

de la compensación del art. 41 CF, enunciada, entre otras varias, en la STSJC 5/2005, de 3 de febrero, la determinación de la misma es competencia del juzgador de instancia sobre la base de las pruebas practicadas, de modo que no es admisible su acceso a la casación.

En efecto, como expusimos en aquella resolución, con cita de otras, explicando al propio tiempo los inconvenientes de un recurso de casación dirigido a discutir la cuantía de la compensación del art. 41 CF :

«... el que no pot pretendre la part recurrent es que aquesta Sala fixi “una línia unificada en cuanto a la cuantificación de la pensión del artículo 41”, donat que la quantificació de la compensació per raó de treball depèn d'unes circumstàncies que caracteritzen el cas concret, i que, no poden ésser considerades regles nomofilàctiques de les quals es pugui predicar una aplicació generalitzada...

El quantum de la compensació es determina segons les circumstàncies específiques que concorren en el cas concret. O sigui que la seva la determinació es una circumstància casuística que queda ben allunyada del recurs de cassació.

Així la sentència d'aquesta Sala de 21 d'octubre de 2002 defineix la determinació del quantum de la compensació de que tractem com “una tasca de complexitat pel fet que el legislador en el Codi de família, malgrat les importants discussions doctrinals que han girat al voltant del paràmetres per la seva fixació, el deixa totalment a l'arbitri de l'òrgan judicial”.

Es cert que algunes sentències d'aquesta Sala intenten marcar una sèrie de pautes que podran ésser d'aplicació general a l'hora de determinar l'import la pensió compensatòria:

Així la de 27 d'abril de 2000, per a fixar el quantum de la compensació econòmica per raó de treball fuig de tesis generalistes que parteixen del càlcul del temps treballat, i es decanta per valorar les circumstàncies que concorren en el cas concret, a saber: durada del matrimoni, l'esforç del cònjuge creditor, la importància del patrimoni de l'obligat a pagar.

També la de 10 de febrer de 2003, fa expressa al·lusió als anys de convivència conjugal, al temps que l'esposa va treballar fora de

la llar familiar, al patrimoni del marit, al fet que l'esposa té la meitat indivisa de la llar conjugal, com a pautes que resulten d'interès tant a l'hora de determinar la procedència de la compensació econòmica de l'article 41, com a l'hora de determinar el seu import.

(...)

Però el que no es pot acceptar, en anar en contra les mes elementals regles que regulen la cassació, es que sota el pretexta de cercar una "línea unificada en cuanto a la cuantificación de la pensión", s'amagui l'interès en el sentit que la Sala procedeixi a una nova valoració probatòria del factum sotmès a l'Audiència amb la única pretensió d'obtenir un increment de la compensació atorgada».

Con posterioridad, en nuestra STSJC 8/2006, de 27 de febrero, tuvimos ocasión de exponer que:

«La forma de cuantificación de la compensación no es tema pacífico en la doctrina ni presenta una solución unitaria en las decisiones de

las Audiencias Provinciales. Lo puso de manifiesto esta Sala ya en su primera sentencia sobre el tema, la de fecha 27 de abril de 2.000. Más arriba ha sido glosada la sentencia y la doctrina ha sido reiterada en múltiples ocasiones.

Pues bien, huyendo de fórmulas generalistas, como allí se decía, la solución de la cuantificación de la compensación económica sólo puede venir dada por las circunstancias de cada caso y, si ello es así, ha de ser el Tribunal de instancia el que atienda a esa valoración, sin que pueda convertirse esta Sala en una tercera instancia reincidente en aspectos puramente fácticos, sino sólo en titular de la función de revisar los criterios empleados cuando se haya podido incurrido en error en los presupuestos o en las reglas de aquella valoración».

Y de nuevo en la STSJC 35/2007, de 26 de noviembre, advertimos también de que «la de la fijación de la cuantía indemnizatoria en atención a las circunstancias del caso y según el resultado de las pruebas sobre ellas practicadas... constituye también una constante jurisprudencial».

La compensación por la extinción del régimen de separación de bienes no puede tener el efecto propio de la sociedad de gananciales ni tiene por qué producir igualdad de patrimonios. En el presente caso, salvo en un periodo de seis años, la esposa compaginó su actividad profesional con la dedicación a la casa y a los hijos contando también con ayuda externa, habiendo recibido además de su esposo un patrimonio valorado en casi un millón de euros, por lo que no procede fijar compensación alguna.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 25 de julio de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a M.^a Eugènia Alegret Burgués**

El primer motivo del recurso de casación denuncia como infringido el artículo 41 del CF de Cataluña en relación con las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3-11-2008 y de 7-7-2008. El motivo se sustenta en que, al entender de la recurrente, no existe equilibrio entre el patrimonio obtenido por la Sra. Victoria que asciende a 931.692 euros, en relación con el conseguido por el esposo que alcanza los 4.102.439 euros.

El motivo es claramente infundado, pues ni en las Sentencias citadas ni en otras dictadas por

este Tribunal se ha dicho que la indemnización del art. 41 del CF tenga que tener el efecto propio de la sociedad de gananciales, o que deba producir la igualdad de los patrimonios.

Al contrario hemos descartado expresamente esa solución.

El artículo 41 del CF lo que pretende es que, quien en el pasado dedicó sus esfuerzos a la familia o al negocio del otro cónyuge en forma desinteresada facilitando la adquisición de bienes o el incremento de la fortuna del otro, no

se vea empobrecido por esa situación en el momento de la separación o el divorcio.

En la Sentencia TSJC de 3-11-2008 en un supuesto de hecho diferente al aquí contemplado y recogido en el segundo Fundamento Jurídico de esta resolución ya dijimos precisamente que: «és cert que, en no establir l'art. 41 CF cap paràmetre per a la fixació de la indemnització, han de ser els tribunals d'instància els que la quantifiquin, però per a això han d'atendre a la funció jurídica que compleix la compensació com a correctora del sistema legal de separació de béns i no com una forma de fer equivalents els patrimonis».

Se hacía alusión en dicha Sentencia a lo expuesto en este punto por la STSJC de 10-02-2003 en el sentido de que: «Acoger la tesis generalista contraria, que parece patrocinar la parte recurrente, tratando de compensar situaciones de desigualdad cuando ambos cónyuges han compatibilizado su actividad profesional fuera del hogar, sería, no sólo ir contra la letra y espíritu de la norma, sino, además, destruir el régimen de separación de bienes cuya esencia está en la división de patrimonios dentro del matrimonio».

Se recordaba que: «Tampoc el legislador català no ha volgut introduir el règim de participació en els béns i guanys de l'altre cònjuge, en haver-se rebutjat expressament el sistema esmentat (STSJC 27-4-2000: «En efecto, establecer una cuota o porcentaje a atribuir al cónyuge menos favorecido en el momento de la crisis matrimonial significaría desnaturalizar la esencia de aquel régimen económico conyugal y asemejarlo al régimen de participación, régimen expresa y precisamente rechazado por el Parlamento catalán. Recordemos que ninguno de los dos proyectos tendentes a introducir un régimen de participación de ganancias en casos de separación, nulidad o divorcio, bien legal, bien a instancia de parte, prosperaron; ni el de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat, de fecha 22 de febrero de 1.989, ni el presentado primero en Caldas d'Estrac y luego en Tarragona»).

Tampoco hay que olvidar, a título meramente orientativo, que el legislador catalán en el Libro II del Código Civil de Cataluña, ha limitado cuantitativamente el alcance de la compen-

sación en el artículo 232-4 estableciendo, salvo circunstancias excepcionales, un límite máximo (que es el de la cuarta parte de la diferencia de los incrementos patrimoniales obtenidos por los cónyuges durante la vigencia del régimen).

Para establecer la cuantía de la prestación compensatoria, este Tribunal ha señalado los criterios que han de ser considerados, entre otros, el tiempo de duración del matrimonio, el propio nivel de dedicación a la familia y/o a los negocios del otro cónyuge y la pérdida de oportunidades laborales y profesionales de quien realiza una opción por el cuidado de la casa y de los hijos.

En el caso presente la dedicación de la Sra. Victoria a la familia resulta de las circunstancias fácticas expuestas por la Audiencia de Girona que devienen intangibles para la Sala, conforme a las cuales, y salvo un período de 6 años, la recurrente compaginó su actividad profesional con la dedicación a la casa y a los hijos, contando para ello también con ayuda externa, habiendo recibido de su esposo un importante patrimonio valorado en casi un millón de euros.

Si tenemos en cuenta que conforme a reiterada jurisprudencia en interpretación del artículo 41 CF es requisito necesario para conceder la compensación que uno de los cónyuges haya realizado durante el matrimonio labores para la casa sin retribución, y que la desigualdad patrimonial implique un enriquecimiento injusto para uno de los cónyuges, es claro que no procede en el presente caso atribuir una nueva compensación a la recurrente en la medida en que lo que la Sentencia declara es que con los bienes inmuebles puestos a nombre de la Sra. Victoria ya se han equilibrado de manera voluntaria las diferencias patrimoniales respectivas teniendo en cuenta además que por haber continuado desempeñando la Sra. Victoria su actividad profesional como funcionaria del Estado no ha existido pérdida de oportunidades laborales.

Dicha decisión no solo no vulnera la disposición legal citada sino tampoco nuestra doctrina expuesta entre otras en la STSJC de 3-4-2007, 29-5-2007 o 20-12-2010. En este última reiteramos que no podía «... sostenerse, sino todo lo contrario, que deban igualarse los patrimonios de ambos cónyuges puesto que acoger la tesis

contraria, tratando de compensar situaciones de desigualdad cuando ambos cónyuges han compatibilizado su actividad profesional fuera del hogar, sería, no sólo ir contra la letra y espíritu de la norma, sino, además, destruir el régimen

de separación de bienes cuya esencia se encuentra en la división de patrimonios dentro del matrimonio».

El motivo se desestima sin necesidad de mayores razonamientos.

DISPOSICIÓN DE BIENES ENTRE PADRES E HIJOS

No existe fraude de ley en el contrato de vitalicio suscrito en 2004 cediendo los bienes a personas de confianza con quienes se convive para asegurarse su asistencia y cuidados, pues no se llevó a efecto como medio para eludir los derechos legitimarios de la actora, declarada judicialmente hija del cedente-alimentista el mismo año 2004.

TSJ Galicia, Sentencia de 12 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Antonio Ballesteros Pascual**

En apretada síntesis, porque las dos sentencias previas los recogen en idéntico sentido, los hechos básicos que se han de tomar en consideración para adoptar nuestra resolución son los siguientes: el ulterior alimentista y cedente de los bienes inmuebles, don Aurelio, otorga testamento abierto el día dos de diciembre de 1999 en el que instituye heredera universal a su esposa doña Gabriela, sustituida por su sobrino don Porfirio y por la mujer de éste, doña Delfina. Doña Gabriela muere el día 19 de mayo de 2003. Don Aurelio es atendido y cuidado por sus antedichos sobrinos con quienes mantenía una vieja y muy próxima relación desde que Porfirio quedó huérfano de madre con siete años y su tío solicitó ser nombrado su defensor judicial, como así se hizo por auto de seis de mayo de 1957 dictado por el juzgado de primera instancia número uno de Vigo en el expediente de jurisdicción voluntaria número 90/1957. El día 23 de febrero de 2004, la demandante, ahora recurrida, doña Marisol, entonces apellidada María Luz, presenta demanda contra don Aurelio sobre reclamación de paternidad, sin posesión de estado, e impugnación de la que figura en el Registro Civil toda vez que, nacida de madre soltera en el año 1953, el marido de ésta la reconoció en testamento abierto otorgado el día 28 de enero de 1966. El día 10 de junio de 2004, habiendo sido emplazado el día 21 de abril para contestar a la

demanda de filiación, don Aurelio y sus sobrinos formalizan en escritura pública el contrato de vitalicio en el que transmite la nuda propiedad, con reserva del usufructo vitalicio, de seis fincas, rústicas y urbanas. El día cuatro de marzo de 2005 fallece el referido don Aurelio bajo el testamento de diciembre de 1999. Sobre una de las fincas cedidas los cesionarios alimentantes constituyen hipoteca el día siete de noviembre de 2005, fallecido ya don Aurelio. El día 18 de noviembre de 2005 se dicta sentencia por el juzgado de primera instancia número ocho de Vigo, accediendo a la reclamación de paternidad, a la cancelación de la inscripción contradictoria en el Registro Civil y al cambio de apellidos de la ahora demandante.

Consentida la validez y eficacia de la hipoteca constituida por los demandados sobre una de las fincas transmitidas en virtud del contrato de vitalicio, así como la necesidad de acudir, en su caso, al correspondiente procedimiento para la práctica de las operaciones particionales de la herencia del causante, la cuestión suscitada en el presente recurso de casación se constriñe a la impugnación de la sentencia dictada en grado de apelación en tanto en cuanto, en contra de lo resuelto por la de primera instancia, declara la nulidad del contrato de vitalicio por entender que incurre en simulación absoluta y fraude de ley imperativa, como medio para eludir los derechos

legitimarios de la hija del cedente y alimentista. En consecuencia, la sentencia ahora recurrida declara también una preterición intencional de la legitimaria de acuerdo con el artículo 814 del Código Civil. Los artículos que se entienden, entonces, infringidos son los relativos a la causa del contrato de vitalicio regulado en los artículos 95 y siguientes de la Ley de derecho civil de Galicia de 24 de mayo de 1995 vigente cuando se perfecciona, así como los correspondientes del Código Civil —artículos, especialmente citados, 1.255, 1.274 y 1.277—.

La correcta decisión sobre el asunto sometido a nuestra consideración ha de partir, del mismo modo, de una premisa jurídica acerca de la conceptualización del contrato de vitalicio. Una línea no quebrada de este Tribunal destaca sus notas de reciprocidad, onerosidad y aleatoriedad como esenciales en su calificación de modo que, para conocer si efectivamente existe verdadera causa lícita, es preciso conjugar de forma especial los dos últimos elementos, puesto que la inexistencia del último, de la incertidumbre acerca del tiempo exacto que durará la vida del cedente, como módulo para medir la extensión temporal de las obligaciones del cesionario, acarreará, en mayor o menor medida, la falta de onerosidad, al tiempo que no cabría hablar tampoco de una cierta equivalencia del riesgo, de ganar o perder, que las partes asumen en el momento de perfeccionar el contrato.

Sin perjuicio de la importancia que en la configuración de la causa del contrato ostenta la real intención o explicación del componente de voluntad que cada parte proyecta al consentir el negocio, la causa no puede ser otra que la función o resultado económico-social objetivo que el negocio cumple —la entrega o cesión de bienes a cambio de una prestación alimenticia comprensiva, al menos, de sustento, habitación vestido, asistencia médica, ayudas y cuidados, incluso afectivos— y en cuya atención el ordenamiento jurídico le otorga validez de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.274 del Código Civil, sin que la necesidad del alimentista integre la causa sino que queda reducida a uno de los posibles motivos subjetivos que los contratantes persiguen sobre la base o a través de la función objetiva del negocio y que, en principio,

es irrelevante en términos jurídicos, pues la satisfacción de la necesidad asistencial puede conducir a la celebración de muy diversos contratos —laborales, de hospedaje, de prestación de servicios, etc.—. Para celebrarlo no se requiere, pues, que el alimentista se encuentre necesitado de recibir alimentos para subsistir (STS 3-11-1988 y TSJG 2/2002 de 17 de enero, 33/2005 de 18 de octubre, 13/2009 de 25 de junio y 5/2010 de tres de marzo).

La sentencia cuya casación nos ocupa construye su discurso sobre la falta de necesidad jurídica del negocio ya que —argumenta— el cedente, don Aurelio, venía siendo atendido por su sobrino y la esposa de éste, a quienes había nombrado herederos en sustitución de su mujer, doña Edelmira, para el caso de que ésta le premuriera, como así fue. Si, pues —concluye la Audiencia Provincial— se perfeccionó el contrato de vitalicio fue porque, conocida con posterioridad la demanda de reclamación de filiación paterna, se quería defraudar el derecho legitimario de la demandante. No podemos compartir esta opinión.

Ni la realidad de las atribuciones patrimoniales y prestaciones asistenciales, ni la aleatoriedad del contrato que nos ocupa han sido puestas en tela de juicio por la sentencia dictada en grado de apelación, luego, en principio, dada la cesión de bienes y la asistencia prestada, no hay razón para poner en duda la naturaleza onerosa del concreto contrato celebrado en virtud del principio de libertad de contratación y autonomía de la voluntad ni, por tanto, la existencia de la causa contractual como verdadera y lícita.

Las contraprestaciones del alimentante, tal como la Ley de derecho civil de Galicia ha recogido la figura tradicional del vitalicio y venimos expresando en la línea jurisprudencial citada, recaen sobre unas obligaciones de máxima importancia, las de ayuda y cuidados, incluidos los afectivos, que se dispensan al alimentista (art. 95.2 LDCG), objetos contractuales éstos que caracterizaron desde siempre la peculiaridad gallega de dicho contrato, y que son difíciles de valorar en términos cuantitativos a la hora de ponderar la contraprestación y la equivalencia o proporcionalidad del riesgo que corresponde al alimentante con vistas a una posible nulidad.

Si esto es así, como es, nada impide, antes al contrario, conforme a la experiencia, es lo normal en la vida cotidiana y lo más acorde con la naturaleza de las cosas, que cualquiera prefiera buscar y, en este concreto caso, asegurarse, con la contraprestación adecuada, asistencia, atención y cálidos cuidados en el círculo de personas de su confianza, con las que convive, por las que siente predilección y afecto y que, a su vez, le han venido correspondiendo, tal y como sucede en el caso que nos ocupa y se ha puesto de manifiesto en el fundamento primero de esta resolución, en armonía con lo afirmado también en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, cuya argumentación parte, precisamente, de los cuidados que los sobrinos venían prestando al alimentista ya desde tiempos precedentes.

No alteramos, pues, los hechos y ni siquiera discrepamos de la inferencia que, por vía de presunciones (artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), realiza la Audiencia, sino que no le conferimos el mismo alcance jurídico y realizamos una diferente subsunción legal, como genuina labor de tribunal de casación: donde el Tribunal «a quo» observa una causa ilícita y fraudulenta nosotros encontramos los inevitables efectos colaterales que son admitidos por el Ordenamiento Jurídico en su conjunto como consecuencia de un contrato oneroso y que, por eso, porque son legales, los contratantes no tienen por qué rechazar, aunque tales efectos colaterales y perjudiciales para terceros los hubieran tenido presentes, como afirma la sentencia recurrida y no negamos.

Así pues, entendemos, en primer lugar, que la sentencia dictada en grado de apelación nos presenta como determinante e impulsiva del contrato una razón espuria que no compartimos: se pretende, por el contrario, algo tan simple y razonable como asegurar, sin disensiones en el círculo de convivencia, que las tareas asistenciales las sigan prestando quienes gozaban del afecto del alimentista; y, en segundo lugar, que, aunque elevemos tal móvil subjetivo a categoría configuradora de la causa del contrato, como criterio para determinar su eventual ilicitud, el motivo sigue siendo legítimo y digno de protección por el Ordenamiento Jurídico, conforme a una conocida doctrina del Tribunal Supremo,

que ya desde su sentencia de 2 de abril de 1941 viene admitiendo la posibilidad excepcional de que los móviles o motivos particulares puedan llegar a tener transcendencia jurídica cuando se incorporan a la declaración de voluntad (condición, modo, etc.) viniendo a constituir parte de aquella, a modo de causa impulsiva o determinante, tanto de su licitud, como de su ilicitud, si son reconocidos por ambos contratantes y exteriorizados o al menos relevantes (sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1983, 30 de diciembre de 1985, 21 de noviembre de 1988 y 11 de abril de 1994, 25 de mayo de 1995, 25 de mayo de 2007, por citar algunas recientes). Sin un fin ilícito no hay razón para el artificio de la simulación, no hay «causa simulandi» (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008 y las citadas por ella).

No nos encontramos, pues, ante un contrato sin causa, ni ante una simulación relativa, ni ante una causa ilícita: las partes quisieron celebrar el contrato de vitalicio, no otro, y desde luego su causa existe y es legítima, como se ha expuesto.

El fraude de ley —nos recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008, por citar alguna reciente— requiere como elemento esencial, un acto o serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violan el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la Ley (sentencias, entre otras, de 17 de abril de 1997, 3 de febrero de 1998, 21 de diciembre de 2000). Se caracteriza (sentencias, entre otras, de 4 de noviembre de 1994, 23 de enero de 1999, 27 de mayo de 2001, 13 de junio de 2003) por la presencia de dos normas: la conocida, denominada «de cobertura», que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta se pretende eludir, que es la norma denominada «eludible o soslayable», amén que ha de perseguir un resultado contrario a lo ordenado o prohibido imperativamente (sentencia de 27 de marzo de 2001 y 30 de septiembre de 2002). Es claro que no se requiere la intención, o conciencia, o idea dirigida a burlar la ley (sentencias de 17 de abril de 1997, 3 de febrero de 1998 y otras), pero es preciso que la Ley en que se ampara el acto presuntamente fraudulento no le proteja suficientemente (sentencia de 23 de febrero de 1993) y

que la actuación se encamine a la producción de un resultado contrario o prohibido por una norma tenida como fundamental en la materia, y tal resultado se manifieste de forma notoria e inequívocamente (sentencias de 4 de noviembre de 1982 y 30 de junio de 1993).

En consecuencia, tampoco podemos compartir la idea de que nos encontremos ante un negocio celebrado en fraude de ley imperativa (artículo 6.4 del Código Civil), como instrumento concebido con el fin de eludir los derechos legitimarios de la hija que acaba finalmente reclamando la paternidad, sin posesión de estado y con impugnación de otra contradictoria, por la poderosa razón de que la pérdida total o parcial de estos derechos, al desaparecer o disminuir el caudal relicto del causante, padre de la actora, es una consecuencia de un contrato oneroso celebrado con un fin lícito, no torticero, como se ha expuesto, de modo que no cabe aplicar los esquemas de las donaciones o de la desheredación por vía de preterición intencional, y así, las normas de cobertura aplicadas, las propias del contrato oneroso de vitalicio, son

las especialmente previstas para el contrato que nos ocupa y su texto no ha sido, pues, utilizado como mero amparo y mecanismo de elusión de norma imperativa, al tiempo que el resultado obtenido, se ha explicado, es acorde con el Ordenamiento Jurídico en su conjunto y no está prohibido: el caudal relicto lo integran los activos y pasivos del causantes en el momento de su muerte (artículo 659 del Código Civil) y rige el principio de libertad de contratación (artículo 1.255 del Código Civil), sin más límites que los impuestos por la ley, la moral y el orden público, ninguno de los cuales se ha sobrepasado, como se ha expuesto.

El corolario de todo lo anterior no puede ser otro que la revocación parcial de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial con la consiguiente desestimación de la demanda, lo que supone la validez y eficacia de la hipoteca constituida y el rechazo de la pretensión relativa a la reducción de la institución de herederos en cuanto derivada de la nulidad del contrato de vitalicio por las causas en que tal nulidad se apoyaba.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

El matrimonio fue simulado para obtener los beneficios de nacionalidad y administrativos que el matrimonio con español conlleva. El matrimonio nulo *ab initio* no puede ser convalidado *a posteriori* por la *affectio coniugalis* sobrevenida, pues es en el momento de su celebración cuando debe existir el consentimiento no viciado de ambos contrayentes.

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 14 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado**

Tras el examen de lo actuado en los autos y en la vista, este tribunal comparte la apreciación de los hechos probados anteriores al acto del matrimonio que contiene la sentencia recurrida, pero no los posteriores y en cualquier caso disiente de la consecuencia jurídica que se extrae en la primera instancia.

La sentencia apelada declara paladinamente que el matrimonio fue simulado porque la demandada, de nacionalidad dominicana, concertó con el demandante, de nacionalidad española, por el precio de 8.000 euros (o el de 3.500 euros como llanamente admite la demandada en la vista) contraer matrimonio para obtener así los beneficios de nacionalidad y administrativos que el matrimonio con español conlleva. El demandante es ludópata y vive con sus padres, con limitaciones personales importantes en cuanto a autonomía de la voluntad y madurez, aunque no ha sido declarado incapaz. Aceptó la oferta, sin conocimiento de sus padres, para poder gastar el dinero en el juego. La demandada estaba empadronada en Sant Cugat del Vallès, en un piso

colectivo, donde se empadronó el demandante el 11 de mayo de 2009 y se desempadronó, para volver a estarlo en el domicilio paterno en Barcelona, el 6 de julio de 2009. La demanda se interpuso el 27 de octubre de 2009. No hay constancia de convivencia anterior o posterior al matrimonio, salvo las confusas afirmaciones del demandante en la vista y las de la demandada, que se contradicen con los datos de empadronamiento. El precio parece que no se llegó a pagar.

La resolución recurrida, tras declarar la simulación, considera que el matrimonio ha sido convalidado por la «ulterior conducta conforme a los fines de la institución» matrimonial. No hay indicios de tal conducta, pues también consta que han vivido separados, alegadamente por falta de medios económicos para vivir juntos, y que se han ido viendo semanalmente en la habitación de ella en su nuevo piso colectivo. Todo ello resulta inverosímil y huérfano de acreditación. Pero aunque así fuera, el matrimonio nulo *ab initio* no puede ser convalidado *a posteriori* por la *affectio coniugalis* sobreve-

nida, pues es en el momento del matrimonio cuando debe existir consentimiento no viciado de ambos contrayentes. Solo un ulterior nuevo matrimonio puede consolidar la pretendida voluntad de contraer matrimonio. Ambos contrayentes simularon el matrimonio, ella para obtener ventajas legales y él para lucrarse, sin ningún engaño entre ellos.

Faltando el consentimiento, el matrimonio es nulo por simulado, según el artículo 45 del Código Civil estatal (CC), por el que se rige la institución, según sus artículos 9.2 y 13.1. A ese artículo 45 CC debe estarse para la acción de nulidad, conforme al artículo 107.1 CC.

Resulta además contradictoria la conclusión de considerar la existencia de voluntad matrimonial *a posteriori* cuando se ejercita subsidiariamente la acción de divorcio, que debe dejarse sin efecto al ser estimada la apelación y declarada la nulidad del matrimonio.

No procede medida alguna, al no haber sido pedida ninguna y no existir hijos menores comunes.

Una vez firme esta sentencia deberá ser inscrita en el Registro Civil competente según los artículos 76 de la todavía vigente Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, y 545.1 y 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

PATRIA POTESTAD

Dado que el padre no se ha hecho cargo del menor ni ha contribuido ni contribuye a sus cargas de manutención y cuidados y que, tal como se afirma en la sentencia recurrida, se ha trasladado a vivir a Bolivia, ha incumplido y difícilmente puede cumplir los deberes inherentes a la patria potestad recogidos en el art. 154 del CC, con las consiguientes dificultades que puedan plantearse a la madre a la hora de tomar decisiones que afecten a dicho menor, y por tanto debe atribuirse a ésta el poder de decisión.

AP Navarra, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ricardo Javier González González**

La parte apelante impugna, en primer lugar, el pronunciamiento relativo al ejercicio de la patria potestad sobre el menor Martín, respecto de la que, en lugar de mantener a ambos progenitores en su ejercicio compartido, solicita le sea atribuida exclusivamente, alegando, a este respecto, lo siguiente:

«El artículo 154 del Cc. recoge que “la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende, los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral...”.

Como se explicó en el acto de la vista, el Sr. Balbino no se hace, ni nunca se ha hecho cargo del menor, ni tampoco ha contribuido a sus cargas de manutención y cuidados. A mayor abun-

damiento desde el mes de septiembre de 2010 se ha ido a vivir a Bolivia, sin tener ninguna intención de regresar a España.

Por ello esta defensa entiende que es imposible que el demandado ejercite correctamente la patria potestad que se le otorga, ya que desde Bolivia ni va a velar por el menor ni lo tendrá en su compañía ni lo va a alimentar ni a educar como exige el artículo 154 del Cc.

Además el hecho de otorgarle la patria potestad a los dos progenitores, lo único que va a implicar son serias dificultades a la hora de tomar decisiones que afecten al menor, como pueden ser referentes a situaciones médicas, educacionales o si el menor en compañía de su madre quiere viajar fuera del territorio nacional».

La pretensión así planteada, que cuenta con el amparo legal de lo previsto en el art. 92.4

del Código Civil, en cuanto permite al Juez decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges, así como con el respaldo del Ministerio Fiscal al considerar que, «dado que el padre no se ha hecho cargo del menor ni ha contribuido ni contribuye a sus cargas de manutención y cuidados y que, tal como se afirma en la sentencia recurrida, se ha trasladado

a vivir a Bolivia, ha incumplido y difícilmente puede cumplir los deberes inherentes a la patria potestad recogidos en el art. 154 del CC, con las consiguientes dificultades que puedan plantearse a la madre a la hora de tomar decisiones que afecten a dicho menor», debe ser estimada, revocándose en este extremo el correspondiente pronunciamiento de la sentencia de primera instancia.

Por vía del artículo 158 del CC y a instancia del Ministerio Fiscal se suspende a los padres la patria potestad y se atribuye la tutela a la entidad pública, pues ambos son consumidores de sustancias tóxicas y la convivencia viene presidida por el conflicto, la agresividad y la violencia.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 28 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María del Rosario Hernández Hernández**

En el presente proceso sobre guarda, custodia y alimentos en relación con los hijos comunes de los litigantes, menores de edad, entablado por D.ª Jacinta, progenitora femenina, tramitadas medidas provisionales, tras el dictado a 9 de febrero de 2011 de auto en el que estas se regulan y que provisionalmente atribuye la guarda a la demandante, el Ministerio Fiscal, al amparo del artículo 158 el Código Civil, y en atención al contenido del informe socioeducativo emitido a 3 de febrero de 2011, interesó la urgente retirada de la tutela a los progenitores para encomendarla a entidad pública competente, lo que lleva a cabo el Juez «a quo» en virtud de auto de 15 de abril de 2011, en el que acuerda suspender la patria potestad y retirar la guarda y custodia de los niños Angélica y Vidal, a sus progenitores D.ª Jacinta y D. Gerónimo, atribuyéndola a la entidad pública correspondiente en tanto se sustancia el principal de medidas definitivas, hasta su conclusión por sentencia firme, y, dejando a salvo las competencias y atribuciones que legalmente vienen reconocidas a la entidad, impone a esta el deber de procurar la reinserción de los niños en el seno de su propia familia de no ser contrario a su interés, así como confiar la guarda a una misma institución o persona.

Frente a dicha resolución se interpone recurso de apelación por la representación procesal

de la demandante D.ª Jacinta, con la pretensión de que se revoque y deje sin efecto la suspensión de la patria potestad y retirada custodia, y en su caso, se acuerde, en aras al superior interés de los hijos, de ser necesario, una medida de protección temporal ejerciéndose la guarda en acogimiento residencial, contemplando la posibilidad de salidas de los menores fuera del centro con la madre y abuela materna en fines de semana.

Se opone al recurso el Ministerio Fiscal interesando su desestimación e íntegra confirmación del auto disidente.

Dispone el artículo 158 del Código Civil, aplicado en la resolución recurrida y en el que se ampara la acogida solicitud del Ministerio Fiscal:

«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».

En atención a los antecedentes fácticos y legales, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes, es factible anticipar la procedencia de la desestimación del recurso, con lógica confirmación del auto apelado, como absolutamente correcto y acorde al ordenamiento jurídico, sin que se acredite en esta alzada ningún error cometido, ya de valoración del material probatorio obrante en autos, ya de aplicación o interpretación de la norma en vigor, ni resulte vulneración del artículo 172 del Código Civil, en cuanto define el desamparo como aquella situación de hecho que se produce a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material o se advierta peligro, físico o psíquico, para el menor.

El desamparo es en primer lugar una situación de hecho, querida o no, en la que se encuentran o pueden encontrarse los menores, caracterizada por la privación de asistencia o protección moral y material necesarias lo que dará lugar, de forma automática, a la asunción de la tutela por la entidad pública que tiene encomendada la protección de los menores, con privación de la guarda y custodia a los padres biológicos.

Por ello es extraordinariamente importante proceder al examen escrupuloso de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, atendiendo fundamentalmente al interés de los menores, más sin ignorar la necesaria protección a la institución familiar a la que pertenecen, cuya protección garantiza el artículo 39 de nuestra Constitución.

Se expresa en las sentencias del Tribunal Constitucional 143/1990 y 298/1993, que la asistencia moral y material de los menores en orden a la declaración de desamparo, ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales, de tal manera que sólo se estime la existencia del desamparo cuando se acredite efectivamente el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor, exigidos por la conciencia social más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego, es decir, los de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en esa situación.

El reconocimiento del derecho, tanto del menor como de los propios padres, a que el niño crezca y sea educado en el seno de la familia natural, es sancionado en el ámbito incluso del Derecho Internacional que proclama el interés del niño a ser educado por sus padres naturales, así la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986, disponiéndose expresamente en el artículo 9 de la convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas el 20-11-89, que «Los Estados partes velarán porque el niño no se vea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño».

En igual sentido 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 o abuso físico, o mental, descuido, o

trato negligente. Y en el artículo 3 se señala que: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas o de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

Este Principio General tiene su reflejo en nuestro ordenamiento jurídico, entre otros principalmente, en el artículo 172.4 del Código Civil, y en el artículo 5 de la Ley 37/1991, consecuencia asimismo de la patria potestad de los padres, cuyo ejercicio ha de ser en interés o beneficio de los hijos (sentencias del Tribunal Supremo de 14-10-35, 9-3-89 ó 23-7-87, entre muchas otras) y salvo que se aprecien circunstancias especiales, corresponderá a los padres la guarda y custodia de sus hijos menores de edad.

Pero siempre y cuando ello redunde en interés del menor que como ya se ha dicho es el interés más necesitado de protección.

El principio del «favor minoris», consagrado solemnemente en el art. 39 CE y sancionado en Convenios Internacionales suscritos por España, constituye la piedra angular sobre la que se asienta no solo las medidas que legalmente pueden adoptarse en relación con los menores que se encuentren en situaciones de desamparo sino que además conforma el principio fundamental que ha de presidir las resoluciones que procedan de los Tribunales de Justicia, de ahí que se tenga que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, para llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para los menores, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas con los principios informadores de las últimas reformas legales, tanto en el Código Civil como en la legislación autonómica, entre los que destaca el principio de prioridad de la propia familia, lo que comporta que el interés del niño pase, en primer término, por el derecho a ser educado por sus padres naturales, lo que exige a las autoridades judiciales la previa comprobación de si se ha producido o intentado la integración de aquél en su propia familia, siempre que redunde en su interés.

Por tanto, solo en aquellos casos en los que el retorno al ámbito familiar suponga o repre-

sente un riesgo o peligro para el superior interés del menor deberán procurarse cualesquiera otras medidas que permitan y posibiliten, con las suficientes garantías, el ambiente apropiado para ofrecer una formación y desarrollo adecuado a su edad y así alcanzar un desarrollo armónico, sin traumas, tanto en el orden físico como en el psicológico y el moral.

Constan elementos suficientes en los autos relativos a la situación en que se encuentran los menores Angélica y Vidal, y que justifica la medida adoptada por el Juez de primer grado, por cierto, a instancia, del propio Ministerio Fiscal, quien interviene necesariamente en procesos como el que nos ocupa al afectar a dos menores de edad (artículo 749.2 de la LECivil), y que ha solicitado con absoluta objetividad e imparcialidad la suspensión de la patria potestad y retirada de la guarda en exclusivo beneficio de estos niños, en aras a que prevalezca su superior interés y quede amparado suficientemente.

Obra en autos informe socioeducativo sobre situación sociofamiliar de la demandante e hijos, emitido a 3 de febrero de 2011 por Trabajadora Social y Educadora Social, dirigido a la Comisión de Tutela del Menor, Instituto Madrileño del Menor y la Familia, en el que se refieren antecedentes de este concreto núcleo desde el año 2004, dándose en meritado dictamen cuenta de la constante agresión y violencia vivida por ambos menores durante toda su vida en el seno de su familia, en cambios continuos de residencia y centros de escolarización, con descripción de la problemática, enumerando hasta un total de 11 indicadores de riesgo para los niños, concluyendo con una valoración de imposibilidad de la madre para hacerse cargo de Angélica y Vidal por incapacidad para asumir las responsabilidades materno-filiales, objetivando en ellos perjuicios y daños que se califican de importantes, y que son consecuencia de una situación cada vez más nociva para estos niños.

Las profesionales Psicóloga y Trabajadora Social integrantes del Equipo Técnico adscrito al Juzgado de origen, en informe de fecha 15 de abril de 2011 manifiestan coincidir plenamente con la antedicha valoración efectuada por los Servicios Sociales, y recomiendan, por la situa-

ción de riesgo en que pueden estar inmersos los menores, la adopción de medidas urgentes, por resultar a todas luces insuficiente la de guarda voluntaria para proteger su integridad psicofísica.

En el supuesto de autos ambos progenitores consumen sustancias tóxicas desde antiguo, la convivencia ha venido presidida por el conflicto, la agresividad y la violencia, de la que han sido espectadores los dos menores; la madre presenta hábitos de vida desestructurados, el padre no puede ocuparse de sus hijos, han sido separados los hermanos, y en la abuela materna se objetivan dificultades y limitaciones, por lo que es patente la situación de desamparo de estos dos niños, tal y como se expresa en la resolución disentida, cuyos impecables razonamientos jurídicos son aquí compartidos, se suscriben y hacen en la presente propios, dándolos en aras a la brevedad por reproducidos, sin que pueda mucho más añadirse a ellos, toda vez que en la práctica agota el Juez «a quo» todos los argumentos.

En definitiva, se desprende de lo actuado que D.^a Jacinta, no se encuentra en el momento actual, como tampoco se encuentra el padre,

en las debidas condiciones para hacerse cargo sin riesgo de sus hijos Vidal y Angélica, peligro desde luego no descartado, lo que aconseja en beneficio de estos y atención que requieren, la medida adoptada en la instancia, sin perjuicio de que tenga lugar en un futuro la reintegración familiar, que expresamente allí se exige procurar a la entidad competente, claro está, siempre que no sea ello contrario al interés superior de los dos menores.

Procede en consecuencia la desestimación anunciada del recurso y confirmación del auto apelado, sin que sea factible pronunciamiento alguno en la presente en orden a medida de protección de guarda ejercida en régimen de acogimiento residencial por periodo determinado, o de visitas, o salidas de los menores en fines de semana, pues, además de ser cuestiones impropias del presente proceso, es lo cierto que, según se desprende de lo actuado, la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, en acuerdo de 13 de abril de 2011, asumiendo la medida de guarda de los hijos de la recurrente, determina precisamente se ejerza esta en acogimiento residencial y temporal, como ella pide, por el periodo de un año, debiendo ser ya en tal sede en la que interesen las comunicaciones con los hijos.

Al estar el padre incapacitado legalmente procede atribuir el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre, sin que la tutora del padre pueda suplir en este caso su incapacidad.

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 14 de septiembre de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Myriam Sambola Cabrer

La sentencia apelada atribuye la guarda y custodia a la madre siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores y ejercida la del padre a través de su tutora legal. Asimismo establece un régimen de visitas paternofamiliar consistente en un día intersemanal, sábado o domingo. En el fundamento segundo de la sentencia recurrida se argumenta que, pese a existir una sentencia que declara la incapacidad, su falta de capacidad queda suplida por su tutora, por lo que considera que en este caso la incapacidad no debe llevar a

la privación de la patria potestad sobre su hijo que será ejercida directamente a través de su tutora legal.

Como la sentencia razona, no procede la privación de la potestad pues el supuesto no se incardina en lo establecido en el artículo 136 del Código de Familia de Catalunya. Pero es que la Sra. Pura no pretende la privación de la patria potestad al amparo del precitado artículo. En su demanda primero y mediante su recurso después, únicamente persigue el ejercicio

exclusivo por su parte dada la situación del Sr. Segismundo.

El artículo 133 del Código de Familia dispone que la potestad debe ser ejercida personalmente con las excepciones que contempla el artículo 141, cuando los progenitores son menores de edad. En el supuesto debatido el demandado, Sr. Segismundo, ha sido declarado judicialmente incapaz por sentencia de fecha 22 de mayo de 2009. La expresada resolución estima acreditado, tras la exploración realizada, el informe forense y las declaraciones de los parientes más cercanos, que padece un deterioro cognitivo, hemiplejía derecha y afasia, secundarias a infarto cerebral, que le impide gobernarse por sí mismo y administrar sus bienes. La meritada sentencia constata un retraso mental importante, «cuya evolución natural no tenderá a mejorar sus facultades

volitivas y cognitivas por lo que procede a declarar su incapacidad total para administrar su persona y bienes nombrando tutora a su hermana Camila» (folio 147).

La imposibilidad de regir su persona se extiende, en buena lógica, a la de su hijo menor de edad incapacitándole para ejercer la función parental y proceder a la toma de decisiones que afecten al hijo común en el marco establecido en el artículo 133 del Código de Familia. En consecuencia y constatada la imposibilidad de su ejercicio conjunto procede, conforme a lo dispuesto en el artículo 137 del Código de Familia de Catalunya, el ejercicio exclusivo por la madre, sin perjuicio de que pueda acudir a la intervención prevista en el artículo 134 del mismo texto legal, de constatare que éste causa un perjuicio para el hijo.

GUARDA Y CUSTODIA

La madre cumple el extenso régimen de visitas establecido en la sentencia, lo que obliga a muy frecuentes viajes en autobús, de más de hora y media, lo que implica levantar a la niña muy temprano para ir al colegio en Sagunto donde reside con el padre. Atendidas las circunstancias concurrentes y los trastornos que para la menor supone el régimen de visitas establecido, se considera más adecuado restablecer la custodia materna, con un régimen de visitas para el progenitor, que dispone de vehículo y un mayor nivel económico que le permitirá visitar a su hija en la población de residencia de esta y asumir el coste de los viajes.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Ana Delia Muñoz Jiménez**

La sentencia dictada en primera instancia decretó el divorcio de las partes y estableció las medidas correspondientes, atribuyendo la custodia sobre la hija menor, Noelia, nacida el día 12-1-2005, al progenitor, con un muy amplio régimen de visitas en favor de la progenitora, con obligación de ésta de abonar una pensión de alimentos de 100 euros mensuales.

Previamente, en auto de medidas provisionales de fecha 27-3-2008, se había establecido la custodia materna sobre la hija, régimen de visitas en favor del padre y obligación de éste

de abonar una pensión de alimentos de 350 euros.

La sentencia es recurrida en apelación por ambos litigantes. Por la representación de la demandante Sra. María por disconformidad con lo resuelto en la misma en cuanto atribuye la guarda y custodia de la hija menor al progenitor. Por el Sr. Juan Antonio en cuanto considera que el régimen de visitas establecido en favor de la madre es excesivo y encubre una custodia compartida, considerando que altera la estabilidad de la menor siendo mas beneficioso para ésta que se limitare

también en atención a la distancia entre las poblaciones de residencia de los progenitores (Sagunto él, Chelva ella) proponiendo que sea de viernes a domingo, con visita entre semana sin pernocta.

Respecto al cambio de custodia que pretende la recurrente ha de partirse de que las decisiones que se adopten han de tener como guía el interés de la menor y que, Además, sean viables en la práctica, mas allá del terreno de los principios, de manera que permitan, de manera efectiva, que el menor se relacione ampliamente con ambos progenitores, al ser ambas figuras necesarias en la vida del menor.

En el presente caso, la sentencia estableció la custodia paterna, con estancias de la hija con la progenitora en fines de semana alternos desde el jueves a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada en el mismo, lugar donde la recogería y la reintegrará así como, en su caso, los días festivos siguientes o inmediatamente anteriores a los fines de semana que le corresponda tenerla. Además, dispuso que la madre podría tener a la hija en su compañía, en las semanas en las que le correspondiese estar con ella durante el fin de semana, un día en la forma que convinieren los progenitores y, en su defecto, los martes desde la salida del colegio hasta la entrada al mismo al día siguiente y, en las semanas en que no le correspondiese estar con ella durante el fin de semana, dos días, en la forma que se conviniese y, en su defecto, los martes y los jueves, uno de dichos días con pernocta, el martes desde la salida del colegio hasta la entrada al mismo al día siguiente y el jueves desde la salida del colegio hasta las 20 horas.

Para resolver los recursos que plantean las partes, ha de tomarse en consideración ciertos datos que se consideran relevantes. En primer lugar, que los progenitores viven en municipios distintos (en Sagunto el padre, en Chelva la madre) y que ésta no dispone de vehículo para desplazarse ni de permiso de conducir, no teniendo perspectivas a corto o medio plazo de que su situación económica le permita adquirir uno (trabaja como limpiadora). Consta en el informe pericial (y no es discutido) que la progenitora cumple el régimen de visitas establecido en la sentencia, lo que obliga a muy frecuentes viajes en autobús, de mas de hora y media, a levan-

tar a la niña muy temprano para ir al colegio en Sagunto, etc.

Como antecedentes constan que la menor estuvo viviendo con la progenitora en Chelva desde la separación de los progenitores (noviembre de 2007) hasta que se dictó la sentencia de divorcio y que la misma acudía a un centro escolar en dicha población, teniendo una buena adaptación tanto a nivel familiar y social como educativo, asistiendo en primer lugar a la guardería municipal y posteriormente al colegio público, siendo adecuadas las condiciones higiénicas, sanitarias y de relación con los compañeros, contando la Sra. María con apoyo familiar de sus padres y hermana (informe emitido por Psicóloga y Trabajadora Social del Ayuntamiento, folio 172).

Dados estos antecedentes y con el amplio régimen de visitas establecido en favor de la madre en la sentencia, ha de entenderse que, como indicó la progenitora, la menor se adaptaría sin dificultad al colegio en Chelva pues acudiría al que ya asistió así como que está integrada en el entorno familiar y tiene amigas.

En el informe emitido por el Equipo Psicosocial acordado en esta segunda instancia se señala que no se observan en ninguno de los progenitores características de personalidad que puedan incidir negativamente en el desempeño de las funciones parentales. Se señala también que los progenitores mantienen una comunicación escasa y limitada capacidad para separar sus intereses de los de la menor y que ambos estiman que el régimen de visitas que se estableció en la sentencia de instancia está afectando negativamente a la menor (cansancio, falta de atención, irritabilidad, por los continuos viajes en autobús, presentando unos horarios de sueño alterados dada la distancia que separa a los municipios de residencia de los padres).

Por último, ha de hacerse referencia a que en el mencionado informe se recomendó la custodia paterna, con un amplio régimen de visitas en favor de la madre. Tal recomendación tiene como justificación única evitar un nuevo cambio de entorno a la menor, lo que supondría una fuente de estrés para ella, no evidenciándose en el entorno paterno un trato inadecuado. Se indicó también que debería establecerse un amplio régimen de visitas para la madre, que permitiese

que ambos progenitores interviniesen activamente en su vida.

No puede dudarse de que la estabilidad es un valor a considerar de modo primordial a la hora de atribuir la custodia sobre los menores. Pero también y, por encima de ello, que ha de preservarse la relación con ambos progenitores y ello supone que el régimen de visitas que se establezca sea viable y que no suponga para el menor un trastorno mayor que el que se produciría en el caso de modificarse la custodia, debiendo evitarse someter a la menor a una situación de estrés permanente o establecerse un régimen de visitas inviable en la práctica, lo que llevaría a que se restringiese la relación de la hija con uno de los progenitores y en tal sentido, en el informe mencionado se indicó que no se daban las circunstancias para las visitas intersemanales con la madre.

En el presente caso, atendidas las circunstancias concurrente y los trastornos que para la menor supone el régimen de visitas establecido, consideramos más adecuado y conveniente para Noelia restablecer la custodia materna, con un régimen de visitas para el progenitor, que dispone de vehículo y un mayor nivel económico que le permitirá visitar a su hija en la población de residencia de esta y asumir el coste de los viajes, por lo que procede establecer el régimen de visitas propuesto en dicho informe, de fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20 horas si bien en atención a la facilidad del padre para desplazarse a Chelva, se estima adecuada una visita intersemanal sin pernocta, visita que ya se estableció en el auto de medidas provisionales y que el progenitor declaró que se venía cumpliendo.

En la interacción de la menor con el padre se destaca que éste acepta el comportamiento errático y autoritario de la hija, le pide permiso para intervenir y se somete a las pautas que le dicta la menor, sin poner límites a su conducta, pone en manos de la menor decisiones que exceden de su rol, que dota a la niña de un poder que no le corresponde ni le beneficia, así como falta de límites, por lo que presenta habilidades educativas deficientes para el desarrollo de la menor.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

En el supuesto analizado el Juzgador de instancia ha observado de modo irreprochable las antedichas exigencias legales, en cuanto condicionantes de una sólida convicción acerca de la solución más acorde al interés de la común descendiente, sin que, desde la perspectiva de esta alzada, en contra de lo que sostiene la parte demandada, pueda llegarse a unas conclusiones distintas sobre la cuestión suscitada.

En tal modo, sobre no ser vinculante de la decisión final de tal conflicto la regulación que haya podido acordarse en la fase de medidas provisionales, pues en otro caso resultaría absolutamente estéril, y por ello contraria a elementales principios de economía procesal, la tramitación de la litis principal, es lo cierto

que la medida adoptada en la pieza separada se basa, según se expone en el Auto dictado en 23 de diciembre de 2008, en las recomendaciones realizadas por el Equipo Psico-social, y ello tras primer y urgente examen de la situación personal y familiar de los litigantes, pues la práctica de dicha prueba se acordó en la comparecencia efectuada apenas cuatro días antes (19 de diciembre). Resulta significativo que la opinión vertida en dicho acto procesal por las Peritos, dada la premura de su intervención, tenga un carácter necesariamente provisional, y a expensas de ulteriores evaluaciones, según se refleja en la citada resolución judicial, por lo que, en lógica consecuencia, no quedaban excluidas unas conclusiones diferentes, una vez

evaluado con más detenimiento todo el grupo familiar.

Y así acaece durante la sustanciación del procedimiento principal en el que, sin dicho condicionante de premura temporal, las Peritos examinan detalladamente y en profundidad a la menor y a sus progenitores, y, evaluando en su conjunto todas las circunstancias concurrentes, llegan a la objetiva e imparcial conclusión de ser más adecuada a las necesidades actuales de la común descendiente la alternativa ofrecida por su madre.

En efecto, sobre la base de la abundancia de datos recogidos en el informe emitido, las Peritos, partiendo de que ninguno de los progenitores presenta psicopatologías o alteraciones de la personalidad incompatibles con el ejercicio de las funciones parentales, y disponiendo ambos de recursos suficientes para cuidar de la menor, acaban por decantar su criterio en pro de la opción materna, valorando especialmente, al respecto, que doña María Virtudes proporciona un entorno familiar estable, en el que viven dos hermanas de Magdalena, habidas de una anterior relación de aquélla, con quienes se ha venido desarrollando la convivencia habitual hasta la ruptura de la unidad familiar. Aprecian las informantes que la menor, en la situación de convivencia con el padre, «se percibe apartada de su familia, manteniendo deseos de reunificación familiar. Destaca los aspectos relacionales y afectivos en el domicilio materno al tiempo que muestra interés en hacer partícipes a sus hermanas del entorno privilegiado de que dispone en el domicilio paterno y su protagonismo exclusivo en el mismo». En este último aspecto, y según lo observado en la interacción de la menor con el padre, se destaca que éste acepta el comportamiento errático y autoritario de la hija, la pide permiso para intervenir y se somete a las pautas que le dicta la menor, sin poner límites a su conducta. Se observa, a lo largo de la interacción que don Carlos Miguel pone en manos de la menor decisiones que exceden de su rol, que la menor no está preparada, ni tiene los conocimientos necesarios para tomar y que dota a la niña de un poder (y una responsabilidad educativa) que no le corresponde ni le beneficia, así como fal-

ta de límites, con explicaciones adecuadas que sitúen a la niña en su realidad. Y se concluye afirmando que dicho progenitor presenta habilidades educativas deficientes para el desarrollo de la menor, minimizando además los vínculos materno y fraterno.

Tales aptitudes se cotejan con las de la Sra. María Virtudes, que en la interacción con la menor establece un adecuado nivel de afecto y cooperación, mostrando adecuadas habilidades para estimular a Magdalena en las actividades realizadas, dirigiéndose a ella con un lenguaje adecuado a su capacidad y, en las ocasiones en que se producen conductas no deseadas, o no apropiadas, la madre no las permite, pues si bien consiente alguna de sus demandas no sustanciales, no acaece así con las sustanciales, aunque su hija protesta y se enfada, pero acaba obedeciendo. Por lo que se aprecian en dicha progenitora habilidades educativas adecuadas a las necesidades de la menor.

No consta tampoco que los trastornos depresivos por los que ha pasado doña María Virtudes le inhabiliten para el desempeño de la función debatida, según se expone igualmente en el informe emitido por la Médico Forense del Órgano *a quo*, quien afirma que, en el momento actual, aquélla no presenta síntoma ni signo alguno de padecer patología psiquiátrica, siendo perfectamente capaz de asumir la custodia de todas sus hijas, lo que, al contrario de lo que apunta la parte actora, no implica, en modo alguno, decantarse en pro de dicha alternativa, cuestión esta no sometida a su dictamen.

No puede dejar de resaltarse que la resolución apelada no infravalora las condiciones ofrecidas por el otro progenitor, respecto del que sanciona un régimen de visitas tan amplio que, con independencia del nomen iuris utilizado respecto del sistema de guarda, supone una atribución prácticamente igualitaria entre ambos litigantes del tiempo de estancia de la menor con cada uno de ellos, en un sistema de corresponsabilidad en el cuidado la menor que, para su correcto funcionamiento, exige además una implicación de aquellos bajo un necesario clima de entendimiento y diálogo, marcando pautas comunes en su relación con la hija, que repercutirá en un desarrollo equilibrado de la misma.

Por todo lo expuesto no podemos concluir que la medida al efecto adoptada por el Juzgador de instancia esté basada en una errónea valoración de la prueba, ni, en definitiva, que tal

criterio no responda al prioritario principio del *favor filii*, lo que hace decaer el *petitum* revocatorio que, en este extremo del debate, formula el demandado.

La hija, nacida en el año 1996, y el hijo, nacido en el año 1997, han expresado su deseo de convivir con su padre, y esta decisión de ambos no responde al mero capricho, a la existencia de puntuales enfrentamientos y discrepancias con su madre, ni a simple deseo injustificado.

AP Navarra, Sec. 2.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Francisco Cobo Sáenz**

Frente a la sentencia de instancia, en la que con parcial estimación de la demanda, se modifican las medidas, fijadas en la sentencia de divorcio, de mutuo acuerdo entre los litigantes, de fecha 9 de febrero de 2007, en la que se homologa el convenio regulador del divorcio datado el 29 de enero de 2007; en dos importantes aspectos. En primer lugar, en lo relativo a la determinación del régimen de guarda y de realización práctica del derecho de visita, pues, con una esencial mutación en el sistema convencional judicialmente aprobado, se atribuye la guarda de los hijos del matrimonio, la joven Rocío nacida el 18 de julio de 1996 y el joven Ezequiel nacido el 18 de diciembre de 1997, a su padre, estableciendo con relación a su madre, un concreto régimen de visita. En segundo lugar, en lógica coherencia jurídica con lo anteriormente decidido, se atribuye a Doña Blanca, la obligación alimenticia, en forma de pago de pensión de tal carácter, en la suma de 150 euros mensuales para cada una de las personas antes expresadas que son hijos del matrimonio.

En el recurso, se interesa la mutación de la distribución de las facultades de guarda y de visita, para concretarlas en el modo en que anteriormente habían sido fijadas y con carácter subsidiario, se solicita que o bien se suprima el pago de la pensión de alimenticia por la demandada o la misma se reduzca sustancialmente.

Examinaremos a continuación ambos motivos de recurso.

En cuanto a la mutación de régimen de guarda y visita que se ha establecido en la sentencia

ahora recurrida, se considera por la parte demandada aquí apelante que se han vulnerado los artículos 103.1, 154 del C. Civil y 775.1 de la LEC, pues teniendo en cuenta que la razón esencial de la variación radica «sobre todo en la voluntad de los menores que ya cuentan con edad para poder decidir lo que deseen y donde se van a encontrar mejor...» (fundamento de derecho segundo de la sentencia de instancia, párrafo). En el plano sustantivo, se considera que con tal razonamiento, se ha infringido lo establecido en los preceptos antes expresados del C. Civil, con relación al principio llamado «*bonum filii*». Y desde el punto de vista procesal, se ha infringido lo que se considera como exigencia ineluctable, para adoptar decisiones en esta materia, pues no existe una «modificación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas» (inciso final del n.º 1 del art. 775 de la LEC). Destacándose que la decisión de la Juzgadora ni siquiera aparece avalada por informes psicológicos del equipo spicosocial del Juzgado de familia.

Los expresados motivos de recurso, no pueden amparar una decisión estimatoria del mismo.

En efecto, recordaremos, el criterio que tenemos fijado a este respecto, cuando se trata de decidir sobre la modificación de medidas relativas a la guarda y cuidado de hijos menores de edad, que como en el caso, de los jóvenes Rocío y Ezequiel ya tienen suficiente madurez como para establecer una decisión atendible, en cuanto al modo en que ha de desenvolverse su guarda y la realización práctica del derecho de visita.

Argumentábamos en el fundamento de derecho segundo de nuestra sentencia de 24 de mayo de 2007 (Jur. 2008/9243) que «A este respecto, conviene recordar, como hacíamos en sentencias de 30-6-2005, 30-10-2003 y 17-5-2001, que el principio elemental y básico que ha de inspirar la adopción de cualquier medida concerniente a los menores es el de que su interés y beneficio debe prevalecer sobre cualquier otro, incluido el de sus progenitores; principio que se halla consagrado, con una u otra formulación, en la Declaración de los Derechos del Niño, así como en la Constitución Española (artículo 39), y en diversos preceptos del Código Civil (artículos 92, 93, 94, 103, 1 54, 158, 160 y 170, entre otros), siendo consecuencia de tal principio, y así se recoge expresamente en el artículo 154 citado, que cuantas facultades integren el contenido de la patria potestad deben ejercerse siempre en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, habiéndose destacado por la Jurisprudencia, como factor que debe ser objeto de una valoración preponderante, la situación actual en que se encuentran las relaciones personales del menor con cada uno de sus progenitores (u otros familiares), así como una previsible proyección en un futuro próximo; no pudiendo, en definitiva, prevalecer sobre ese principio un ejercicio ciego y forzoso de la patria potestad, esto es, abstracción hecha de las concretas circunstancias que concurren en cada caso, especialmente las que responden al conjunto de deseos, sentimientos, expectativas y percepciones del propio menor en consonancia con su papel, cada vez más relevante, de «sujeto de derecho» y no mero «objeto» del derecho de patria potestad (tal y como ha sido recogido en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero de Protección Jurídica del Menor); de suerte que, como sujeto de derecho que es, portador de un interés de preferente protección, puede imponer a sus progenitores, titulares de la patria potestad, el respeto íntegro de propia condición de sujeto de derecho; y todo ello con la obligada finalidad de proporcionar al menor estabilidad, paz, sosiego espiritual y equilibrio psíquico, debiendo subordinarse el ejercicio de la guarda y custodia, así como el del derecho de visitas, a la ausencia de todo perjuicio para el menor, sin que, de otro lado, debemos insistir en ello, pue-

da olvidarse que el «objeto» de tales derechos es una persona, el propio menor, y no una cosa, de suerte que, aunque no resulte vinculante para el Juzgador, no pueda prescindirse de la voluntad de los menores, en cuanto voluntad razonada, ni pueda afirmarse que la misma carece de relevancia jurídica, sino que, por el contrario, deberá ser atendida debidamente con arreglo a una adecuada interpretación de la misma, facilitada, en su caso, como en el por la labor de los especialistas (art. 92 del Código Civil)».

En el presente caso, la mutación al régimen de guarda de los jóvenes Rocío y Ezequiel se basa esencialmente, en la apreciación, que se pudo verificar por la Jugadora a quo, de las razones ofrecidas y las justificaciones dadas por Rocío y Ezequiel en la exploración que tuvo lugar su presencia el pasado 2 de marzo, con asistencia, del equipo psicológico adscrito a los Juzgados de familia de esta ciudad.

Tanto Rocío como Ezequiel explicaron las razones por las cuales, querían variar su sistema de guarda, para trasladarse, «nuevamente», desde Bilbao a Pamplona. Habiéndose decidido el traslado, de la Comunidad Foral de Navarra a Bilbao, por su madre que a la sazón ostentaba la guarda, en el año 2007, según D.^a Blanca explicó en su interrogatorio durante el acto de juicio que se celebró en la instancia el pasado día 1 de marzo.

Estas razones no obedecen al simple capricho, ni al deseo fútil de ambos jóvenes. Exteriorizando ambos que su decisión era meditada, fruto de la reflexión, no vinculada al mero capricho o a un puntual «desencuentro», con su madre.

Ciertamente su actitud suscitó la duda ante este Tribunal. Pero la eficiencia ilustrativa de nuestra decisión, de la opinión manifestada por Rocío, ante el Servicio de Orientación del expresado instituto bilbaíno, en el sentido de que «manifestista claramente su deseo de quedarse en Bilbao, atendida por su madre, donde vive desde los 10 años y donde se ha socializado fuera del entorno familiar»; han quedado, radicalmente desdichadas, por la manifestación realizada por la joven Rocío, nuevamente en exploración judicial llevada a efecto en el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Pamplona,

con fecha 8 de junio de 2011. Cuando expresó que «tuvo alguna duda en marzo sobre el venir aquí a vivir ya que creyó que iba a perder a sus amigas y vio a su madre enfadada, pero que lo ha pensado bien y que quiere venir y que esta muy ilusionada con la idea de venir en junio...», (acta de exploración, en el proceso de ejecución 449/2011, incorporada como medio probatorio en el acto de la vista que hemos celebrado el 21 de septiembre de 2011, cuya autenticidad ha sido plenamente reconocida por todas las partes en litigio y en Ministerio Fiscal).

Desde otra perspectiva, no existen razones que pudiéramos denominar «colaterales», para considerar que el Sr. Juan Francisco no podrá hacerse cargo del cuidado de sus hijos, por razón de la atribución de la guarda sobre los mismos. En su interrogatorio celebrado en la instancia en la fecha ya indicada de 1 de marzo de 2011, expresó con absoluta rotundidad, que podía hacerse cargo de tal cuidado, su horario laboral, y de otras actividades (como músico), no se lo impedía. Es plenamente consciente, de la dedicación que debe dispensar no solo a sus hijos menores de edad, sino también a su madre, persona con respecto a la cual se ha confiado la tutela al Sr. Juan Francisco y también para el cuidado de su padre de avanzada edad. Indicó que disponía de los apoyos necesarios. Y no hay elementos de dubitación que induzcan a pensar, que en esta actividad de cuidado de sus hijos, va a contar con el apoyo, aquí en la Comunidad Foral de Navarra, no solo de la familia del Sr. Juan Francisco, sino también, de la familia materna, en concreto la abuela materna de los jóvenes, con quienes estos poseen según han venido exteriorizando una inmejorable relación.

En el segundo motivo de recurso, se entiende, que existe el error en la valoración de la prueba, «al acceder a la modificación pretendida, teniendo en cuenta sobre todo la voluntad de los menores, puesto que única y exclusivamente ha atendido a dicha voluntad para proceder al cambio de la guarda y custodia...».

Ello no es así, nos atenemos a cuanto anteriormente hemos venido manifestando. Preciso es reconocer, que con arreglo al criterio de interpretación jurisprudencial que hemos venido estableciendo, en la sentencia de instancia, se le da la adecuada prevalencia al deseo manifestado por los jóvenes, que poseen ya suficientes habilidades y aptitudes para decidir sobre los aspectos esenciales de su vida, entre ellos claro está, la determinación de la persona entre sus progenitores quien a de verificar de modo asiduo las funciones de guarda. En las concretas circunstancias del caso, esta decisión de ambos, no responde al mero capricho, a la existencia de puntuales enfrentamientos y discrepancias con su madre, ni a simple deseo injustificado. Por contra, entendemos que en este caso, ambos menores, especialmente la hija mayor Rocío, son conscientes de lo que renuncian (a una integración escolar excelente y con magníficos resultados en Bilbao en este caso) proponer la decisión sobre la variación en el sistema de guarda. Habiendo expresado, con razones que entendemos sinceras el Sr. Juan Francisco, el modo en que puede hacerse cargo del más asiduo cuidado de sus hijos; a la par que ha exteriorizado el compromiso para el seguimiento con intensidad en sus estudios.

Por las razones expuestas, no hallamos razones para estimar el motivo de recurso examinado.

La guarda y custodia compartida se vincula claramente al interés manifiesto del padre de continuar con el uso de la vivienda familiar, y por eso no se estima que sea el sistema más adecuado para los hijos.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Sentencia de 28 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D. María José de la Vega Llanes**

En cuanto a la guarda y custodia compartida no es procedente al no concurrir los requisitos que se vienen exigiendo para su viabilidad. La ley 15/2005 de 8 de julio, en su artículo 92, establece que el Juez ha de indagar la idoneidad de cada uno de los progenitores con el régimen de guarda en el caso concreto. Deben ponderarse, entre otras, las circunstancias de carácter objetivo para acordar la modalidad de custodia más adecuada al menor en concreto. Así, deben analizarse la disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a los hijos; el aseguramiento de la estabilidad del menor en relación con la situación precedente, procurando la continuidad en el entorno; las relaciones con la familia amplia, el colegio, los amigos o la ciudad o barrio; cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad; el rol de dedicación a los hijos de uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a

la separación; la garantía del equilibrio psíquico del menor, para que no se vea afectado por el desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores, en su caso; la constancia de que queda deslindada la idoneidad de la custodia, con el interés por la obtención de réditos materiales indirecto, no confesados, como el uso de la vivienda o la percepción o ahorro de pensiones. En este caso tal pretensión se vincula claramente al interés manifiesto del padre de continuar con el uso de la vivienda familiar, motivo que no puede ser acogido en cuanto al afectar la medida al desarrollo integral de los hijos, debe ser el interés de éstos el que debe sobreponerse en aras a obtener el mejor desarrollo de su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo.

La existencia de un hijo de una relación anterior no puede ser tenida en cuenta para atribuir la custodia al padre, dado que la menor siempre ha estado cuidada por la madre.

AP Zaragoza, Sec. 2.^a, Sentencia de 27 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María Elia Mata Albert**

Fundamenta, sustancialmente, el recurrente que debe concedérsele la custodia de la hija porque debe prevalecer el interés de la misma de convivir con su hermano Alejandro, de 8 años de edad, cuya custodia tiene él atribuida.

La hija de la pareja, Daniela, nació en Noviembre de 2008, y reside con su madre en Zaragoza, en casa de los abuelos maternos.

El padre y recurrente reside en Burgos, donde está destinado como militar de profesión desde Diciembre de 2010, y donde reside con su hijo Alejandro, habido de otra unión anterior y con su madre, abuela paterna del niño.

La demandada tiene 22 años, no trabaja, carece de ingresos y no ha trabajado nunca, siendo ayudada por sus padres que la mantienen.

Los litigantes convivieron juntos durante tres años (desde Julio de 2007 a Septiembre de 2010). El último año de convivencia el actor residía en Calatayud donde fue destinado, acudiendo al domicilio familiar los fines de semana, sus ingresos fueron en Noviembre de 2010 de 1.208,26 euros (folio 127 de las actuaciones).

El informe psicosocial emitido en el proceso, revela que el recurrente no se ha ocupado durante la convivencia de ninguna tarea familiar, en especial del cuidado de los hijos, las que ha desempeñado en exclusiva D.^a Emilia, reconociendo su incompatibilidad profesional para ha-

cerse cargo de su atención en todos los órdenes, careciendo de una planificación razonable sobre la organización familiar, siendo su madre la que afronta el cuidado de su hijo y en la que delega sus responsabilidades (folios 131 y ss.).

Es clara la falta de consistencia de las peticiones que articula en su recurso, no revelándose más beneficiosa para la hija la custodia paterna, dado que la atención y cuidados que le dispensa la madre favorecen su prioritario interés, por más que deba fomentarse la relación entre los hermanos que se facilita a través del régimen de visitas establecido.

Se atribuye la custodia de los hijos a favor de la madre dado que las diligencias penales iniciadas por el episodio surgido entre madre y la hija a propósito de una discusión doméstica han derivado en una petición del Ministerio Fiscal interesando el sobreseimiento.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 27 de septiembre de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carmen Neira Vázquez

Se cuestiona en primer lugar la guarda y custodia de los hijos menores de 15 y 11 años de edad como nacidos el 23 de marzo de 1996 y 10 de febrero de 2003.

La primera cuestión así suscitada relativa a la guarda y custodia de los menores habrá de ser resuelta conforme a la normativa del CC y la ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, interpretado todo ello conforme a la legislación supranacional, entre otras, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, y la Resolución de 29 de mayo de 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que subraya que «En todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de éstos, en caso de divorcio, anulación o separación».

Con tales presupuestos normativos la resolución judicial ha de atender para la adopción de la medida debatida a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que

concurrían 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 autoabastecerse, etc.

Con tales criterios orientadores el Juzgador de la primera instancia resolvió fijar la guarda y custodia de los hijos a favor de la madre, estableciendo un régimen de visitas a favor del padre respecto a los citados menores, lo que al parecer de la Sala es conforme a derecho y a las circunstancias acreditadas del caso.

El examen de lo actuado revela, en líneas generales, la pertinencia de lo acordado en la primera instancia a la vista de las diligencias

practicadas, y si pensamos fundamentalmente en la exploración de la menor esta manifestó expresamente que está bien «así y no desea cambiar», al ser preguntada sobre cómo se encuentra viviendo con su madre y si quiere cambiar esa situación.

Indica que no suelen estar en casa solos únicamente cuando su madre tiene una reunión.

Ningún dato evidencia la inconveniencia de esta medida debiendo señalar que las diligencias penales iniciadas por el episodio surgido entre madre e hija a propósito de una discusión doméstica sobre el arreglo del armario de la joven

han derivado en una petición del MF interesado el sobreseimiento de las actuaciones, de manera que no se ha acreditado en los términos del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el cuidado y custodia de los hijos por parte de la madre quebrante las exigencias de atención, responsabilidad y prudencia en el trato y consideración debidas a los menores, todo lo cual determina en este punto el rechazo de este motivo de apelación y conduce a confirmar la sentencia recurrida, todo ello sin perjuicio de adoptar en cualesquiera momento cualquier medida que el interés de los hijos comunes demande.

La custodia compartida no procede, pues la compatibilización de la actividad profesional y el cuidado de los hijos debe producirse tanto antes como después de la ruptura de la convivencia para ser creíble como actitud y compromiso de los progenitores.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado**

Los litigantes están separados de hecho desde noviembre de 2007 y las hijas comunes (de 8 y 4 años) han permanecido siempre con la madre. El padre durante la convivencia, alternaba entre Madrid y Barcelona por razones de trabajo. En esos momentos percibía un sueldo de algo más de 4.000 euros al mes en su trabajo como ingeniero y tras la sentencia de divorcio fue despedido y pasó a percibir 1.300 euros mensuales por desempleo. Cobró 25.341,41 euros por el despido (mensualidad de enero de 2011 incluida). La madre, que antes era interina, ahora es funcionaria, con un sueldo en torno a los 2.000 euros por 14 pagas al año. Las niñas, que van a la escuela pública, tienen en ella unos gastos de 225 euros al mes (por 12 meses al año).

El informe del SATAF no recomienda la custodia compartida, por la relación paterno-filial anterior a la ruptura y la diferencia de orientaciones pedagógicas y culturales, ya que el padre es argelino, pero recomienda un régimen amplio para estar con sus hijas.

Este tribunal coincide con el informe psico-social en que la custodia compartida no procede,

pues la compatibilización de la actividad profesional y el cuidado de los hijos debe producirse tanto antes como después de la ruptura de la convivencia para ser creíble como actitud y compromiso de los progenitores. La buena relación entre el padre y las hijas es la base para un régimen amplio de relación paterno-filial, como el fijado en la sentencia apelada, pero la custodia compartida demanda mucho más y esencialmente ser continuación de una realidad ya experimentada durante la convivencia. No procede, por otra parte, acordar *de facto* una custodia compartida mediante la atribución de un régimen de relación equivalente con el progenitor no custodio y el custodio. Así pues, la custodia y la relación paterno-filial según la sentencia apelada deben ser confirmadas en interés de las menores, de acuerdo con el artículo 82 del Codi de Família (CF), que recoge ese criterio en sintonía con los artículos 3 de la Llei 8/1995, d'atenció i protecció dels infants i els adolescents, 24 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, 6.a del Convenio europeo de 1996 sobre los derechos del niño, y 3 de la Convención de Naciones Unidas de 1989.

También en interés de las niñas, a sugerencia de la madre acogida de oficio por el tribunal, conviene determinar los períodos vacacionales según los años, sin elección, para objetivar su

práctica y, si es el caso, ejecución. Los períodos serán los que se fijan en el fallo de esta sentencia, atendido el artículo 135 CF.

Las condiciones psicológicas del padre son más favorables para atribuirle la custodia, pues la madre no consigue corregir determinadas conductas del menor.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 23 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés**

Para el análisis de la cuestión suscitada hay que tener en cuenta que toda ruptura matrimonial al implicar la cesación de la convivencia familiar lleva consigo la imposibilidad de permanencia de los hijos con ambos cónyuges, debiendo necesariamente encomendarse la custodia de los mismos a uno de ellos, sin que tal atribución lleve consigo la incapacidad o insuficiencia del otro cónyuge para realizar labores educativas de los menores, sino simplemente la necesidad física de permanencia con uno de ellos. Y el principio básico y fundamental que rige en esta materia es «el favor minoris» que viene recogido en la Convención de los Derechos del Niño de la ONU, en el artículo 39 de la Constitución Española y en diversos preceptos del Código Civil (artículos 92, 93, 94, 151, 154, 158 y 170). Por lo tanto deben apreciarse determinadas circunstancias que revelen el interés supremo del menor, que debe sin duda ser preferentemente tutelado tal como establece el apartado segundo del artículo 92 del Código Civil, y así habrá de ponderarse el ambiente más propicio para el desarrollo de las facultades intelectuales, afectivas y volitivas del menor, la atención que puedan prestarle en el orden material como afectivo cada uno de los progenitores, la madurez intelectual y volitiva del menor, etc.

El Juzgador de instancia aparte del informe pericial psicosocial toma en consideración el resto de pruebas tal como se desprende de la afirmación inicial contenida en el Fundamento de Derecho primero de la sentencia recurrida. La parte apelante critica el informe pericial psicosocial, señalando que no se exponen los resultados de las pruebas empleadas, que no es

completo y que no contiene una serie de explicaciones necesarias, pero dicho informe tiene una metodología completa que se describe al principio del mismo y fue ratificado en la vista de 29 de abril de 2010, realizando las autoras las aclaraciones oportunas a preguntas del letrado de la demandada.

En el recurso de apelación se pone en duda la disponibilidad temporal del demandante D. Joaquín dada su condición de transportista autónomo, pero lo fundamental para decidir en materia de guarda y custodia no es este factor, ni la situación económica de los litigantes, sino la condición psicológica de estos, atendido siempre el beneficio del menor. De lo actuado se desprende que la demandada puede obtener alguna colaboración de su madre en el cuidado del menor. Doña Candelaria muestra sentido de la responsabilidad al someterse a un tratamiento de deshabitación. Por otra parte en el curso 2009-2010 los problemas de puntualidad del menor han sido solventados, tal como se recoge en el informe pericial. La vivienda en la que reside Doña Candelaria es habitable, pero no hay base para dudar de la afirmación contenida en el informe pericial consistente en que reúne peores condiciones de habitabilidad, pues la metodología del informe comprendía una visita al domicilio de ambos progenitores.

El informe pericial es rotundo en el sentido de que las condiciones psicológicas del padre son más favorables. Así de éste se afirma que tiende a mostrarse tranquilo, calmado y poco aprensivo, capaz de controlar sus emociones, y sin cambios bruscos de humor, en las relaciones de cuidado tiende a cumplir sus obligaciones,

persevera en la consecución de sus objetivos personales y finaliza las actividades que emprende, añadiendo que se siente afectado por las necesidades ajenas y se implica en los problemas de los otros, mientras que de la demandada se manifiesta que tiene una personalidad tímida y precavida, insegura, tensa, emocionalmente inestable y desconfiada y añade que no tiene en cuenta el estado de ánimo ajeno, ya que está muy pendiente de sí misma y la rigidez que la caracteriza le hace inflexible a otras opiniones y acciones que no coincidan con ella.

En el informe pericial en el apartado análisis y consideraciones se manifiesta que la madre no consigue corregir determinadas conductas del

menor, que resultan de algún modo justificadas, pero sí desacredita la figura paterna. Se esgrime en el recurso de apelación que esta afirmación carece de cualquier rigor, pero esta manifestación no la podemos acoger dada la metodología completa del informe pericial.

Dadas las condiciones psicológicas de ambos progenitores y proyectando la doctrina expuesta al caso enjuiciado, hay que concluir que la decisión de la sentencia de instancia en materia de guarda y custodia es ajustada a Derecho. El cambio de domicilio por el hijo conllevará algunos inconvenientes para éste, pero las ventajas superan a éstos dadas las condiciones psicológicas del padre.

Era necesario un cambio en el sistema de custodia que se venía aplicando, considerándose que la custodia compartida es más beneficiosa para la menor, que «está presentando una serie de síntomas que denotan el comienzo de una lesión emocional por la ausencia de la figura materna, síntomas que se han contrastado con el director y la psicóloga del colegio a la que asiste la menor y que consisten en problemas de adaptación». No debe ser obstáculo para esta decisión la escasa relación entre los padres, dado que no existe enfrentamiento entre ellos.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 22 de septiembre de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Ana Delia Muñoz Jiménez

Los litigantes están divorciados mediante sentencia dictada en fecha 19 de octubre de 2009, que estableció las medidas correspondientes, entre ellas la atribución de la custodia de la hija menor Natalia (nacida el día 18-1-2005) al progenitor, con un amplio régimen de visitas en favor de la madre.

La demandante solicitó modificación de las medidas, fundamentalmente que se estableciera la custodia compartida sobre la hija, que fue estimada parcialmente por la sentencia, estableciendo tal custodia, con un régimen semanal y visita intersemanal, sin fijar pensión alimenticia a cargo de ninguna cónyuge y con obligación de satisfacer los gastos extraordinarios por mitad.

El pronunciamiento se basó en que había quedado acreditado, a través de la prueba pericial psicológica judicial (practicada a instancia

del Ministerio Fiscal), que era necesario un cambio en el sistema de custodia que se venía aplicando, considerando que la custodia compartida sería más beneficiosa para la menor, que «está presentando una serie de síntomas que denotan el comienzo de una lesión emocional por la ausencia de la figura materna, síntomas que se han contrastado con el director y la psicóloga del colegio a la que asiste la menor y que consisten en problemas de adaptación», estimando que ante dicha situación e indicación pericial, no debía ser obstáculo la escasa relación entre los padres, sin existir enfrentamiento entre ellos.

La sentencia es recurrida por la representación del Sr. José Augusto alegando que no se ha producido un cambio de las circunstancias que se habían tenido en cuenta para fijar las medidas con las exigencias que resultan del art. 755 LEC, que se dice vulnerado, alegando que no

se ha producido una modificación sustancial de las circunstancias, que no se ha valorado debidamente la prueba practicada y que es más beneficioso para la menor mantener el sistema anterior.

En la materia relativa a la custodia y relaciones de comunicación de los progenitores con los hijos menores toda actuación judicial ha de guiarse por el principio de procurar satisfacer el interés de aquéllos y ello puede llevar a que, en atención a la evolución que se observe en la situación del menor, una vez que se haya adoptado una medida de este tipo, pueda modificarse la misma.

En este sentido, con claridad de expresión se indica en el Auto AP Vitoria Gasteiz de Sec 1.^a de 23-3-2006, n.º rec. 600069/2000 «... cuando se trata de la adopción de una medida relativa a un menor, dado que esta materia está regida por un Derecho imperativo o necesario y no dispositivo (art. 751 LEC por todos), y porque en cada momento la medida debe estar inspirada por ese interés o beneficio del menor, se relativiza la alteración sustancial de las circunstancias que requiere como pauta general una modificación de medidas. En cada momento que se plantea ante un Tribunal un problema que afecta a un niño no se debe examinar tanto si han cambiado las circunstancias que se tomaron en consideración previamente sino si la medida promovida es o no beneficiosa para tal menor porque podría ocurrir que lo que en aquella ocasión, por distintas razones, no se consideró negativo por los órganos judiciales, en la actualidad se compruebe que es realmente pernicioso, entre otras razones porque las previsiones que se tuvieron en cuenta no se han cumplido....».

En el presente caso ha de hacerse aplicación de esta doctrina especialmente en atención a las circunstancias que constan en el informe pericial judicial emitido y que recoge la sen-

tencia recurrida, de modo que se ha constatado que el régimen de custodia y visitas establecido ha ocasionado problemas a la menor, que fueron contrastados por la perito con la tutora y el director del colegio, indicando con claridad que de las pruebas o estudios psicológicos resultaba que la principal figura de apego para la niña es su madre, que el distanciamiento de la madre por el régimen establecido en la sentencia de divorcio había repercutido negativamente en la menor e incluso podría haber inducido los problemas de inadaptación en el colegio, concurriendo también otros elementos que suponían cambios a que se había sometido a la menor fuesen (nueva pareja del padre etc.). El informe en que se basa la sentencia ha de prevalecer frente al emitido a instancia de parte, además de que fue ratificada la declaración en el acto de la vista y contrastadas las conclusiones mediante comunicación de la perito con la tutora y director del colegio, lo que les dota de mayor solidez. Este informe es claro y rotundo en cuanto a recomendar la custodia compartida como el régimen más beneficioso para la menor, que debe instaurarse incluso con premura de tiempo para evitar que los problemas o síntomas que habían aparecido en la menor acabaran enquistándose.

Por último, las reticencias que el progenitor manifiesta respecto de la disponibilidad de la madre para ocuparse de la menor por razones de horario de trabajo, no son más que alegaciones faltas de prueba, no acreditándose una mayor disponibilidad horaria del padre, constando que ambos progenitores cuentan con personas de la familia, allegados o empleados para auxiliarles a los efectos de conciliar la vida laboral con la atención de la hija y ambos tienen ocupaciones similares en cuanto a funciones (atención de puestos de venta de fruta o verdura) y ha de entenderse, a falta de prueba concreta en contrario, en cuanto a horarios y jornada.

Los 15 años del hijo pesan decisivamente en el momento de modificar la custodia, pues ha manifestado con reiteración que quiere convivir con la madre, lo que no significa que el padre no haya ejercido correctamente las funciones de la guarda pactada en el convenio regulador.

APA Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Rafael Jesús Fernández Porto García**

El único motivo real del recurso de apelación interpuesto por don Melchor se fundamenta en la discrepancia con la sentencia apelada porque atribuyó la guarda y custodia del menor a la madre, alterando así lo pactado en el convenio regulador del año 2004. Reiterando lo expuesto en la instancia, alude a la inexistencia de alteración de circunstancias que justifiquen el cambio de custodia; el estado de salud de doña Estefanía; que hubiese llevado al niño a un psiquiatra, o se le pautase una medicación con la que no está conforme; que no se demostró la falta de diligencia del padre en el cuidado del menor; que el niño rechaza al padre porque es más exigente en el ámbito escolar. El segundo motivo es una mera alusión genérica al uso de la vivienda familiar y alimentos, de carácter general, y por derivación de la atribución de la guarda y custodia.

El motivo no puede ser estimado:

1.º Hay una circunstancia que ha cambiado esencialmente, que ya menciona el Juzgador de instancia, y a la que parece no haberse dado la importancia suficiente. El menor tenía 8 años cuando se aprobó el convenio regulador de la separación. Y ahora tiene 15. A esa edad, un adolescente empieza a ser muy independiente, y a tener sus propios criterios. El informe psicosocial confirma lo afirmado por doña Estefanía, el niño quiere irse a vivir con la madre. Extremo que también se verificó en la audiencia llevada a cabo en el Juzgado. En tanto en cuanto no sea desfavorable para él, no existe obstáculo para no aceptar sus deseos.

2.º No es un problema de falta de diligencia del padre. Es más, los técnicos informaron sobre la idoneidad de cualquiera de los progenitores para ejercer la guarda y custodia. Pero lo que también se destacó es el carácter excesivamente rigorista del padre; e incluso unas apa-

rentemente no muy buenas relaciones del niño con la abuela paterna. Esto no puede interpretarse como el deseo de residir con el padre menos exigente desde el punto de vista escolar. Las críticas del menor se refieren tanto a situaciones de estudios como ajenas a los mismos. Por otra parte, y como también expusieron los técnicos en el acto del juicio, entre los diversos métodos educacionales, el recurrente optó por el más rígido o rigorista. El mismo resultado pretendido (la excelencia académica) se puede obtener por otros métodos; máxime cuando los mismos técnicos advierten sobre un déficit de atención fácilmente detectable y que debe ser tratado. Siendo significativo los dos ejemplos que puso el psicólogo sobre los rechazos mostrados por el menor instintivamente hacia su padre.

3.º Es cierto que doña Estefanía sufre un padecimiento psiquiátrico, según se dice en remisión, habiendo tenido episodios agudos graves. Enfermedad que justifica plenamente que en el año 2004 ambos padres optasen por que fuese don Melchor quien se hiciese cargo de la guarda y custodia del menor. También lo es que doña Estefanía manifestó que interesaba la guarda y custodia porque así se lo había pedido su hijo; añadiendo que venía solicitándose desde hacía varios años, pero no se sentía capacitada hasta este momento. Pero lo cierto es que, en la actualidad, no hay inconveniente alguno en que asuma esa guarda desde el punto de vista médico; y además la edad del menor permite que ya no necesite una atención y cuidados tan intensos, y su capacidad de autonomía es muy superior.

4.º En resumen: la solución adoptada por el Juzgador de instancia se presenta como la más favorable para el hijo. Por lo que debe ser mantenida, al ajustarse plenamente a la interpretación jurisprudencial de los artículos 91 y siguientes del Código Civil.

RÉGIMEN DE VISITAS

La suspensión del régimen de visitas acordada en la jurisdicción penal no puede ser modificada en el procedimiento de divorcio, pues no consta que aquella haya sido modificada o dejada sin efecto.

AP A Coruña, Sec. 6.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ángel Manuel Pantín Reigada**

Penden medidas cautelares penales, que no constan modificadas o dejadas sin efecto, que impiden el contacto entre padre e hijos, sin que ninguna de las partes haya puesto en conocimiento de este órgano que se haya llegado a decisión definitiva en dicho proceso penal. No son medidas civiles susceptibles de ser alteradas en el presente proceso, sino órdenes imperativas surgidas de la necesidad de proteger a las víctimas de la imputada infracción, que la naturaleza preferente de la jurisdicción penal fuerza a que sean tenidas en cuenta en esta sede civil como presupuestos de las decisiones que puedan proceder, siendo improcedente que se realicen en esta sede valoraciones sobre la fiabilidad de los datos incriminatorios, que la parte apelante se empeña en cuestionar, pues ello compete exclusivamente a otro orden jurisdiccional.

La pretensión del recurso de que se fije un régimen de visitas, supeditado en cuanto a su efectividad a lo que resulte del proceso penal, aparece en principio como razonable, pero han de tenerse bien en cuenta como circunstancias relevantes del caso concreto que: a) El apelante es marino de profesión y por ello pasa largos periodos embarcado durante los cuales forzosa-mente han de interrumpirse los contactos personales con los hijos; b) el apelante, de forma poco coherente con esta circunstancia y poco sensible con el conflicto familiar existente, en el que se le atribuyen actos violentos hacia uno de sus hijos y que ha dado lugar a la pérdida de todo contacto con sus hijos desde marzo de 2010, pretende fijar un régimen de visitas con-

vencional de fines de semana con pernocta, sin atender a los verosímiles efectos de rotura o deterioro de los lazos afectivos y de confianza derivados de esta situación que hacen aparentemente inadecuada e incluso fuente de posibles tensiones o perturbaciones la imposición de un régimen como el que se postula; c) la edad del hijo mayor, de más de 17 años, hace que, en todo caso, la imposición de un régimen imperativo de visitas respecto del mismo sea poco realista y práctica; d) por último, se carece de datos —cuya obtención no se insta por el recurrente— sobre la actitud del hijo menor hacia el padre y sobre las posibles repercusiones sobre el mismo de la tensión existente en el grupo familiar y de la referida situación de ruptura de la relación con el mismo.

En consecuencia, el régimen propuesto por el recurrente no resulta, en interés de los menores, aceptable, y desde una perspectiva fundamentalmente práctica, la fijación en este momento de otro régimen de visitas, necesariamente más restrictivo que el propuesto, exigiría una indagación contradictoria sobre circunstancias fácticas no abordadas en la instancia y estaría supeditada en su eficacia a lo que en el proceso penal pueda resolverse, por lo que resulta la decisión más adecuada y efectiva mantener la decisión adoptada en la instancia y que, a la vista del desenlace del juicio penal, pueda instar el apelante ante el órgano de primera instancia la fijación de un régimen de visitas en el que, en su caso, pueda instar medidas provisionales para reanudar con celeridad la relación con sus hijos.

Carece de fundamento la pretensión de la madre de restringir el régimen de visitas cuando precisamente la falta de contacto del menor con su padre ha sido motivada por la resistencia de aquella a cumplir lo que ya había quedado resuelto mediante el oportuno Auto de Medidas Provisionales.

AP Alicante, Sec. 4.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Federico Rodríguez Mira**

La sentencia de instancia atribuyó a la madre la guarda y custodia del hijo menor de la pareja de hecho, con las correspondientes medidas asociadas a dicho pronunciamiento relativas al uso del domicilio familiar; régimen de visitas a favor de padre, e imponiendo a éste una prestación alimenticia de 180 euros mensuales; decisión que recurre la demandante, denunciando error en la valoración de la prueba llevada a cabo por la Juzgadora; haciendo especial hincapié en su oposición a que las visitas puedan llevarse a cabo con pernocta a las dos semanas de haberse iniciado; y exigiendo del padre una pensión de alimentos por importe de 300 euros mensuales para el hijo.

La Juez de instancia ha dispuesto un régimen de visitas a favor del padre, teniendo en cuenta las indicaciones de la Psicóloga que ha llevado a cabo el informe requerido por el Juzgado, y a tenor de lo invocado en este mismo sentido por el M. Fiscal. Por tanto, carece de fundamento la pretensión de la madre de restringir dicho régimen, cuando precisamente la falta de contacto del menor con su padre ha sido motivado por la resistencia de aquella a cumplir lo que ya había quedado resuelto mediante el oportuno Auto de Medidas Provisionales de 5-03-2010; obligando al padre a solicitar del Juzgado la ejecución forzosa del mismo mediante escrito de 16-04-2010; así como a formular la correspondiente denuncia ante el Juzgado de Guardia de Denia.

No ha quedado acreditado que una estancia prolongada del menor en el entorno paterno durante el período estival altere la rutina que el mismo precisa en mayor grado que el trasiego quincenal que postula la madre.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

Asumiendo todos los demás pronunciamientos de la Sentencia de instancia, impugna la parte apelante el relativo al período de los vacaciones estivales en que el menor ha de permanecer con el padre, suplicando de la Sala que dicha etapa, con la duración acordada en dicha resolución, se divida en quincenas, en las que, de modo alternativo, el menor permanecerá con cada uno de sus progenitores, computando las mismas desde el primer día no lectivo hasta el comienzo del curso escolar, debiendo además ambos litigantes seguir llevando al menor a su terapia en el Hospital Universitario San Rafael de Granada.

En apoyo dicha pretensión y en el trámite del artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la dirección Letrada de la recurrente alega que al niño, debido al trastorno del espectro autista que padece, le perjudica gravemente estar un mes y medio de las vacaciones de verano fuera de su entorno habitual, máxime cuando acude dos veces por semana durante todo el año, salvo el mes de vacaciones de agosto, a una terapia en el citado centro hospitalario, por lo que ambos progenitores deben seguir llevándolo a dicho tratamiento a su centro habitual.

Planteamiento que encuentra la frontal oposición de la contraparte, en súplica de íntegra confirmación de la resolución impugnada.

De conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1996, los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico.

La referida Convención, de 20 de noviembre de 1989, proclama, en su artículo 9-3, que los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

A la vista de dichas normas de carácter general, presididas por el principio del favor filii, el *ius visitandi* que, en supuestos como el que nos ocupa, regulan los artículos 94 y 160 del Código Civil no puede concebirse como cualquier otro derecho, sino como un complejo derecho-deber, cuya finalidad primordial es la de proteger los prioritarios intereses del hijo, en orden a un contacto regular con aquel de sus progenitores de cuya compañía cotidiana se le ha privado sin culpa suya, paliándose así las nocivas consecuencias que, por sí sola, conlleva para el menor la quiebra de la unidad familiar, habida cuenta que tales relaciones se erigen en un factor de decisiva importancia para un desarrollo armónico y equilibrado del referido descendiente.

De ahí que, desde la resolución judicial del conflicto al efecto suscitado, deba procurarse que tales contactos sean tan amplios y frecuentes como las circunstancias de cada caso permitan o aconsejen.

Cierto es que los antedichos preceptos contemplan igualmente la posibilidad de la restricción, o inclusive la suspensión, del recíproco derecho que a padres e hijos les corresponde legalmente, pero ello reviste un carácter excepcional,

en cuanto supeditado, a tenor de dicha dicción legal, a la concurrencia de graves circunstancias que así lo aconsejen.

En el caso que hoy examinamos, la dirección Letrada de la recurrente realiza, en el escrito formalizador de su recurso, un planteamiento que no tuvo entrada en el debate litigioso durante la sustanciación del procedimiento en la instancia, pues incluso en el acto de la vista celebrado ante la Juzgadora *a quo*, y al formular sus conclusiones, no mostró especial inconveniente en la distribución por mitad entre ambos progenitores de las vacaciones escolares del menor, sin hacer referencia específica a su fraccionamiento en quincenas, y no postular tampoco que las estancias, en dichas etapas, con el padre hubiesen de desarrollarse siempre en la localidad de residencia de aquélla, como late en el fondo de la novedosa pretensión ahora articulada.

En último término, y dado el momento en que se resuelve el presente recurso, tampoco alcanza relevancia apreciable, en orden a la decisión de la controversia suscitada, el documento incorporado al rollo de la Sala sobre el tratamiento que el menor está recibiendo en el Hospital Universitario San Rafael, habida cuenta que no se manifiesta en el mismo que la terapia vaya a prolongarse más allá del corriente ejercicio anual y, a mayor abundamiento, aquélla queda suspendida en el período vacacional del profesional que atiende al común descendiente, lo que evidencia que no existe una ineludible necesidad de que dicho tratamiento se mantenga sin interrupción alguna en el tiempo.

De otro lado, no ha quedado acreditado que una estancia prolongada del menor en el entorno paterno durante el período estival altere la rutina que el mismo precisa en mayor grado que el trasiego quincenal que postula la parte apelante, por lo que habremos de concluir en lo improcedente de las pretensiones articuladas, al no exponerse a la consideración de la Sala motivos hábiles en derecho que, en beneficio del menor, exijan, o aconsejen, las restricciones propugnadas.

La posible vigencia de una orden de alejamiento entre ambos progenitores no conlleva otra consecuencia que la prohibición contenida en aquélla, que no afecta directamente al hijo común, siendo procedente por tanto la fijación del régimen de visitas.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

De conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1996, los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico.

La referida Convención, de 20 de noviembre de 1989, proclama, en su artículo 9-3, que los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

A la vista de dichas normas de carácter general, presididas por el principio del *favor filii*, el *ius visitandi* que, en supuestos como el que nos ocupa, regulan los artículos 94 y 160 del Código Civil no puede concebirse como cualquier otro derecho, sino como un complejo derecho-deber, cuya finalidad primordial es la de proteger los prioritarios intereses del hijo, en orden a un contacto regular con aquel de sus progenitores de cuya compañía cotidiana se le ha privado sin culpa suya, paliándose así las nocivas consecuencias que, por sí sola, conlleva para el menor la quiebra de la unidad familiar, habida cuenta que tales relaciones se erigen en un factor de decisiva importancia para un desarrollo armónico y equilibrado del referido descendiente.

De ahí que, desde la resolución judicial del conflicto al efecto suscitado, deba procurarse que tales contactos sean tan amplios y frecuentes como las circunstancias de cada caso permitan o aconsejen.

Cierto es que los antedichos preceptos contemplan igualmente la posibilidad de la restricción, o inclusive la suspensión, del recíproco derecho que a padres e hijos les corresponde legalmente, pero ello reviste un carácter excepcional,

en cuanto supeditado, a tenor de dicha dicción legal, a la concurrencia de graves circunstancias que así lo aconsejen.

En el presente caso, y contra lo alegado en la demanda reconventional acerca de la negativa del menor a ver a su padre, la prueba practicada en el curso ulterior de las actuaciones, y en especial el informe emitido por la Perito Psicólogo adscrita al Juzgado, pone de manifiesto que, aunque aquél en un primer momento expone ante la informante su deseo de no volver a ver al padre, acaba, tras el encuentro con dicho progenitor, por aceptar dicha relación, no poniendo ya obstáculo alguno para reanudar las visitas, estando condicionadas aquellas iniciales reticencias por la tensión que le genera la actitud de ambos progenitores, en cuanto le implican en la conflictividad existente entre ellos. Por lo cual la Perito considera que las visitas deben reanudarse a la mayor brevedad.

Y si bien en el citado dictamen se añade que sería conveniente realizar las entregas y recogidas a través de un Punto de Encuentro Familiar, a fin de evitar que el menor continúe presenciando situaciones violentas entre sus progenitores, no podemos olvidar que dicho descendiente ha superado ya los trece años de edad, por lo que no resulta necesaria la intervención materna en orden a la entrega o recogida de aquél para la efectividad del recíproco derecho que a padre e hijo incumbe. De otro lado, la posible vigencia de una Orden de Alejamiento entre ambos progenitores no conlleva otra consecuencia que la dimanante de la prohibición contenida en aquélla, que no afecta directamente al hijo común, pudiendo el mismo desplazarse, en orden a su contacto personal con el progenitor no custodio, fuera del radio de prohibida aproximación entre los hoy litigantes establecido en la correspondiente resolución judicial, y en tanto la misma mantenga su vigencia.

Se deja sin efecto la visita intersemanal fijada por el Juzgado sin previa petición de los padres ya que por la distancia de los domicilios y por el horario laboral del padre aquella resulta inviable.

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 29 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón**

Los hijos del matrimonio Celso y Raquel tienen en la actualidad 6 y 14 años de edad, estando sujetos a la guarda y custodia de su madre por decisión judicial no objeto de impugnación en la presente alzada procedimental.

En relación a tales menores de edad se ha determinado, en la sentencia de divorcio, un régimen de comunicación paterno-filial.

En los fines de semana alternos el progenitor, y en base a lo dispuesto en la sentencia de primera instancia, podrá estar en compañía de sus hijos, en defecto de acuerdo, desde las 20 horas del viernes hasta las 19 horas del domingo. En relación a tales periodos ambas partes litigantes estuvieron de acuerdo, a tenor de lo solicitado en el escrito de demanda y de contestación, que los fines de semana se extendieran desde el viernes a la salida del colegio hasta las 20 horas del domingo, si bien se rechazó la pretensión de la accionante de querer todos los fines de semana y no ya los alternos como ha señalado la sentencia apelada. El órgano judicial no ha fundamentado la fijación de un régimen de visitas en los fines de semana alternos, con menor extensión del querido por las partes, comprensivo desde el viernes a la salida del colegio hasta las 20 horas del domingo, en el que el progenitor los entregaría en el domicilio materno. En su consecuencia procede acceder a la pretensión del recurso señalado la extensión de los fines de semana alternos en la forma querida por ambas partes en la fase expositiva de la relación jurídico-procesal.

En lo que respecta al día intersemanal señalado en la sentencia de divorcio, ni la actora ni el demandado solicitaron el establecimiento del mismo, teniendo en cuenta, esencialmente, que el progenitor reside en la localidad de Playa de Aro y los menores con su madre en Centelles, lugares que se encuentran distantes para que el padre pueda disfrutar de sus hijos en el domicilio que ocupa. La sentencia no ha tenido en cuenta tales circunstancias, y ha decidido, en materia sujeta al interés u orden público, extraña al principio dispositivo, establecer un día intersemanal en el desarrollo del régimen de visitas, y en concreto, en defecto de acuerdo, todos los miércoles, desde la salida del colegio de los menores hasta las 20 horas, correspondiendo al progenitor la recogida y entrega de sus hijos, esta última en el domicilio materno. El horario de trabajo del progenitor y la distancia domiciliar existente, hace que resulte inviable el mantenimiento del día intersemanal, aun cuando consta que el lugar de trabajo del demandado sea en CENTELLES, en donde están domiciliados los menores, ante la dificultad de compaginar el horario de trabajo con las visitas del día intersemanal. En consecuencia procede dejar sin efecto tal pronunciamiento de la sentencia de divorcio.

Se confirma plenamente el régimen de visitas de los menores con el progenitor, durante las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, al tutelar los intereses de los hijos el matrimonio y poder ser desarrollado, sin obstáculos laborales, por parte de ambos padres.

Se desestima la demanda de modificación presentada por la madre para reducir las visitas de la hija con el padre pues los trastornos de ansiedad que se alegan no constan debidamente acreditados, ni que, de producirse, sean consecuencia de la relación paterno-filial.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Myriam Sambola Cabrer**

La actora Sra. Bibiana recurre la sentencia desestimatoria de su pretensión, dictada en sede de procedimiento de modificación de medidas, y reitera en esta alzada la restricción del régimen de visitas paternofilial por concurrencia de circunstancias que justifican el cambio interesado y que concreta en los trastornos psicológicos de la menor directamente relacionados con el vínculo afectivo que mantiene con su padre.

La parte demandada, aquí apelada, se opone y también el Ministerio Fiscal, interesando la íntegra confirmación de la sentencia recurrida.

La sentencia cuya modificación se pretende fue dictada el 6 de febrero de 2007 en un procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo la cual aprobaba un convenio regulador en cuyo pacto segundo se estableció la guarda materna y un régimen de visitas para la hija Noemí, nacida el 2 de marzo de 1998, de fin de semana alterno de viernes a domingo, con asimilación de los festivos intersemanales, dos días, martes y jueves, desde la salida del parvulario hasta las siete de la tarde y la mitad de las vacaciones escolares.

La pretensión de modificación temporal solicitada en la demanda persigue una reducción del régimen de comunicación paternofilial para adaptar a la menor a la nueva familia del padre y se basa en la existencia de «unos trastornos psicológicos de la hija que se afirman relacionados con una pérdida de vínculo con su padre», exteriorizados por la hija en el colegio y con su madre en forma de crisis de ansiedad previos al contacto paterno.

La sentencia hoy recurrida, a la vista de la prueba practicada, desestima la reducción del régimen de visitas por entender que no hay prueba clara de los trastornos que se afirman y de que la causa de los comportamientos de la hija derive

de la relación con su padre y del régimen de visitas establecido. Una renovada valoración de la prueba lleva a entender acertada tal conclusión. La menor, de 10 años de edad en la actualidad, viene relacionándose con su padre en la forma establecida de mutuo acuerdo por las partes desde 2007 y los trastornos psicológicos y episodios de ansiedad, que según la demanda se remontan al año 2006 —por lo que serían anteriores a la firma del convenio homologado por la sentencia cuya modificación se pretende—, no constan suficientemente acreditados. La documentación médica en la que se apoya el informe psicológico aportado por la recurrente ni siquiera indica una orientación diagnóstica clara. No obstante y aun cuando pudiera afirmarse que la menor padece un trastorno psicológico manifestado a través de crisis de ansiedad y miedos, nada indica en la documentación médica aportada que la causa del trastorno sea precisamente la relación paterna, por lo que faltaría el nexo causal necesario para producir el efecto pretendido por la recurrente. El informe psicológico aportado por la apelante en el que se asocia esa angustia a las pernoctas en el domicilio paterno, sitúa los episodios en el momento anterior a las visitas con el padre, exclusivamente, y aunque pone de manifiesto un claro malestar de la hija común tampoco da suficientes razones que avalen de forma indubitada que esa situación tenga el origen que la recurrente señala. Además el precitado informe ha sido rebatido por una pericial psicológica aportada de adverso a la que se acompañan numerosas fotografías de Noemí con su padre, su actual pareja, sus hermanos y los hijos de esta, donde se la ve contenta e integrada. El informe escolar de fecha 23 de junio de 2009 tampoco refiere problemas o dificultades de personalidad en la menor.

VIVIENDA FAMILIAR

No cabe dentro del proceso matrimonial, ante la falta de acuerdo de los litigantes, segregar o independizar las estancias de plantas de la vivienda, creando dos viviendas como solicita el esposo.

AP Jaén, Sec. 3.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Cáliz Covaleda**

Que decretado en la sentencia de instancia el divorcio de los litigantes por la concurrencia de los requisitos previstos en los artículos 81 y 86 del Código Civil (es decir, el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio y la petición de alguno de los cónyuges), pronunciamiento que es aceptado por ambos, resulta que únicamente es objeto de debate en esta alzada alguna de las medidas económicas y personales acordadas en la resolución recurrida, concretamente, la atribución del uso de la totalidad de la vivienda familiar sita en Alcalá la Real, calle (...) núm. (...), a la ex esposa y a los tres hijos que quedan en su compañía, pronunciamiento que impugna expresamente por entender que dicha casa fue adaptada de mutuo acuerdo y por parte del marido en tiempo anterior a la separación de hecho fijada en documento n.º 55 de la contestación a la demanda en fecha 29 de mayo de 2009, para que en la planta baja pudiera residir el marido y en la planta segunda la esposa e hijos, solicitando que se revoque la sentencia de instancia en el sentido de acordar respecto de la medida quinta haber lugar a que la esposa e hijos tengan atribuida la planta segunda de la vivienda familiar quedando el marido en el uso de la primera planta, cada uno con sus muebles y ajuares, siendo de cargo de cada uno los gastos y suministros y los inherentes al uso del mismo; asimismo, impugna la cuantía de la pen-

sión alimenticia fijada en 200 euros mensuales a favor de cada uno de los tres hijos menores, solicitando que se rebaje a 150 euros mensuales para cada uno que es lo que venía entregando a la esposa tras la separación de hecho, por ser más acorde con los ingresos que percibe el padre y más en la época de crisis por la que pasa el sector de la construcción ligada al trabajo de electricista que el mismo desemplea.

Por su parte tanto la esposa como el Ministerio Fiscal se oponen al recurso y solicitan la confirmación de la sentencia de instancia por entenderla ajustada a derecho.

Sentado lo que antecede, y ciñéndonos exclusivamente a las referidas medidas complementarias reguladoras de los efectos del divorcio, procede, en primer lugar, y con relación a la atribución de la vivienda familiar, señalar que la vivienda familiar en su integridad constituye el domicilio familiar, y no cabe dentro de este procedimiento, ante la falta de acuerdo de los litigantes segregar o independizar las estancias de plantas de la vivienda, creando dos viviendas como solicita el recurrente, y todo ello en base a las propias y acertadas razones que se contienen en la sentencia de instancia que se dan aquí por reproducidas, para evitar enojosas repeticiones, y que en modo han quedado desvirtuadas mediante este recurso.

Habiendo transcurrido el plazo de uso de la vivienda familiar pactado por los cónyuges en el convenio regulador no puede concederse una prórroga, pues los pactos deben ser cumplidos en sus propios términos.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Pascual Ortuño Muñoz**

La representación de la parte actora y apelante interpone su recurso contra la sentencia de 21-6-2010 que ha desestimado su demanda de prórroga del derecho de uso de la vivienda familiar, propiedad exclusiva del esposo, que le fue otorgado por un plazo extintivo acordado en convenio regulador. Solicita ante la Sala la reconsideración de los argumentos del juzgado de primera instancia, e insiste en la necesidad de mantener la ocupación por razón de subsistir la necesidad que motivó el nacimiento del derecho.

La parte demandada, y también el Ministerio Fiscal, se oponen al recurso e interesan la confirmación de la resolución apelada.

La cuestión que se plantea en la alzada se concreta en la prevalencia, frente a hechos posteriores, del pacto suscrito entre los litigantes cuando pusieron fin a su unión estable de pareja, y que fue aprobado por la sentencia de 14 de mayo de 2009, en virtud del cual la señora Dolores debía reintegrar la posesión de la vivienda familiar, sita en Vallirana, al demandado, su propietario, en una fecha determinada (final de 2009).

En el convenio regulador, junto al pacto de atribución del uso de la vivienda a la demandada por un año, se pactaron otras obligaciones. Entre ellas la disolución del condominio sobre una parcela sin edificar en la misma población, para cuya liquidación acordaron proceder a su venta. De la mitad del precio de dicha parcela que había de corresponder al señor Obdulio, éste se obligó a pagar a la señora Dolores la cantidad de 28.550 euros en concepto de indemnización del artículo 41 del Código de familia.

La tesis de la recurrente es que, al no haberse podido vender la parcela, no ha podido disponer del dinero que pensaba obtener de la misma (tanto de la mitad que le correspondía, como de la percepción de la indemnización a percibir).

Consecuentemente no ha podido adquirir una nueva vivienda, como era su intención, y se encuentra en una situación similar al momento de la ruptura, pues tiene a su cargo a la hija común, Laia, nacida el 10-9-2007, y no puede trasladarse a la ciudad en la que viven sus padres, al haber sido contratada interinamente para trabajar en la propia ciudad de Vallirana. De esta situación concluye que se ha producido una variación sustancial de las circunstancias, que justifica que se prorrogue la atribución del uso de la vivienda hasta que se produzca la venta efectiva de la referida parcela.

La pretensión no puede ser atendida. El artículo 83.1 del Código de Familia, al igual que el vigente artículo 233-20 del Código Civil de Catalunya, prevé como criterio prevalente para determinar el uso del domicilio familiar, el acuerdo alcanzado por las partes, en base al principio de autonomía de la voluntad que inspira el derecho de familia de Catalunya, con los límites del orden público. En el caso de autos la recurrente no ha acreditado que exista una causa de necesidad que determine que, de no seguir en la vivienda familiar, propiedad exclusiva del demandado, quedaría sin cobijo para ella y para la hija común, sino que, por el contrario, ha quedado probado que sus padres han puesto a su disposición una vivienda en una población cercana en la que puede establecer su residencia, y dispone de trabajo remunerado que le reporta unos ingresos suficientes, en su caso, para alquilar una vivienda en la que residir mientras obtiene los fondos necesarios para adquirir una vivienda propia.

Los contratos, en este caso, además, homologado por sentencia firme, deben ser cumplidos a tenor de lo que en los mismos se expresa, sin que pueda quedar su eficacia al arbitrio de una de las partes. El principio «pacta sunt servanda»

es expresión de la necesidad de dotar las relaciones sociales de un grado imprescindible de seguridad jurídica, sin el cual ni las relaciones contractuales, ni las sentencias judiciales tendrían razón de ser.

En el caso de autos no hay vinculación alguna entre la obligación de la recurrente de entre-

gar la posesión de la vivienda a su propietario, y el buen fin de una operación de compraventa de un bien común que pactaron para liquidar el régimen de proindivisión sobre el mismo, que sí condiciona, por el contrario, el pago por el demandado de la indemnización del artículo 41 que pactaron a favor de la recurrente.

La prioridad de protección favorecería al derecho de uso que se hubiese atribuido judicialmente y tenido acceso al Registro de la Propiedad antes de la constitución de la carga hipotecaria, pero cuando no ha llegado a inscribirse, habrá que estar en tal caso, para determinar su mantenimiento, a lo dispuesto en los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, pues la decisión dependerá de la consideración o no como tercero protegido por la fe pública registral que se otorgue al adquirente del bien hipotecado, circunstancia acreditada por la entidad bancaria hipotecante y adjudicataria del inmueble.

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Rives Seva**

Para la resolución del presente procedimiento hay que partir de los siguientes elementos fácticos: En escritura pública de fecha 24 de octubre de 2000 Don Lucio adquiere la finca registral n.º (...) que se corresponde con la vivienda sita en la localidad de Calpe, (...) n.º (...), y en escritura de 24 de octubre de 2001 su propietario exclusivo constituye hipoteca sobre la citada finca a favor de la entidad Caja de Ahorros del Mediterráneo. Ante el impago del préstamo hipotecario se sigue ejecución en el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de la localidad de Denia, autos 29/06, en los que se ventiló a instancias de Doña Amanda su derecho a la ocupación de la vivienda, siendo ello desestimado mediante auto del indicado Juzgado de fecha 12 de diciembre de 2007.

Doña Amanda formaba pareja extramatrimonial con Don Lucio, teniendo una hija menor Laura Paula, nacida en 18 de marzo de 2001, y tras la ruptura de la citada relación se acordó mediante auto de medidas con relación a la menor dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Denia en fecha 10 de mayo de 2005 el uso del domicilio familiar para la citada hija menor y la madre, siendo ratificada esta medida por sentencia de 8 de noviembre de 2006.

Se pretendía con la demanda, que da origen al procedimiento que nos ocupa, que se dictara sentencia en la que se declarara el derecho de la demandante y la hija a la ocupación de la vivienda, hasta que alcanzara ésta la mayoría de edad, o más allá si no pudiera valerse por sí misma, librando mandamiento de anotación del derecho de uso y disfrute. Seguido el juicio por sus trámites fue dictada sentencia desestimatoria de la demanda, la que es objeto de recurso de apelación.

La mercantil Caja de Ahorros del Mediterráneo prosigue autos de ejecución hipotecaria y en ellos la demandante Sra. Amanda pretendió se le reconociera su derecho de uso, ello conforme al artículo 661 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque fue dictado auto por el que no se le reconoció dicho derecho y por tanto se estimó que no tenía título suficiente.

El precepto señalado, al posibilitar la notificación de la ejecución a arrendatarios y a ocupantes de hecho, constituye una importante innovación de la Ley procesal, por la que de un lado trata evidentemente de proteger la situación de esos ocupantes, arbitrando un mecanismo por medio del cual pueda quedar patente esa situación, dándola a conocer a la vez a todos aquellos

que puedan estar interesados en la adquisición del bien, con objeto de que puedan hacerlo con todas sus consecuencias, y de otro lado, pretenden dar transparencia a la relación por virtud de la cual se haya ocupando el bien, poniendo coto de esta manera a la práctica viciosa que se dio en ocasiones anteriores, en que con objeto de evitar las consecuencias de la ejecución forzosa del bien, el deudor, en connivencia con un tercero, simulaban una situación posesoria, que le permitía no perder la posesión sobre su propiedad; o sencillamente servir de base para extorsionar al adjudicatario de buena fe, quien con objeto de lograr de manera efectiva la posesión de su adquisición se veía obligado a pagar una suerte de rescate, a lo que contribuía el hecho de que el procedimiento de apremio no daba el adecuado cauce para discutir la realidad de ese negocio jurídico, ni siquiera que aflorara esa situación, por lo que el juez, salvo que fuera patente la falta de derecho, no podía más que dar a conocer al ocupante el nuevo titular, a quien por tanto sólo se le daba la posesión teórica o formal de su adquisición.

No obstante aquella posibilidad, el incidente no puede convertirse en cauce para ejercitar una verdadera acción declarativa, por la que se pretenda lograr la declaración de validez o de nulidad del título por el que se expresa la ocupación, sino sencillamente comprobar el juez si existe, y sus límites, sin perjuicio de que pueda llegar a desconocerse, cuando pese a la existencia formal de un título resulte claramente que no es más que una mera apariencia carente de causa.

Pero además, el artículo citado, en su relación con el 675, deja a salvo las acciones que pueda tener el ocupante para ejercitar el derecho del que se crea asistido, en el juicio que corresponda. Y ello es lo que sucede en el caso presente.

La sentencia de instancia merece su íntegra confirmación y bastaría para ello acudir a sus propios fundamentos, en los que se han consignado la condición de tercero hipotecario de la entidad demandada Caja de Ahorros del Mediterráneo conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

La atribución que se hace por decisión judicial en los casos de nulidad matrimonial, sepa-

ración o divorcio del uso de la vivienda familiar, e incluso en los supuestos de quiebra de la relación *more uxorio*, es un título legitimador, que nace de la resolución que se dicte adoptando tal medida, de la posesión u ocupación por parte de las personas a quienes se le concede. Este derecho, sin embargo, puede entrar en colisión con otros intereses legítimos y también dignos de protección jurídica, como es el caso del que adquiere la titularidad del bien, como consecuencia de una ejecución instada por impago de las cuotas correspondientes al préstamo concedido para su adquisición y del que derivó una carga hipotecaria. En tal caso, el derecho que deriva de la atribución judicial del uso del inmueble, aún constituido y anotado en el Registro antes del procedimiento de ejecución hipotecaria, no debe afectar ni limitar la adquisición del bien que se haga por esta vía, aunque el adquirente tuviese pleno y absoluto conocimiento de esa realidad, siempre y cuando la carga hipotecaria que grava la vivienda familiar haya sido constituida con anterioridad al derecho de uso atribuido por decisión judicial. El Tribunal Supremo tiene declarado en sentencias de 12 de diciembre de 1988 y 6 de abril de 1996, que cualquier derecho nacido con posterioridad a la anotación del embargo trabado sobre u bien resulta afectado por tal actuación, en el sentido de que la anotación otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha en que la misma se ha practicado. Por tanto con más razón la constitución de la hipoteca debe amparar y proteger los legítimos intereses del acreedor hipotecario y del adjudicatario del bien por vía de ejecución frente a un derecho de uso atribuido con posterioridad al anterior gravamen, aunque haya sido por decisión judicial y afecte a la vivienda familiar.

En consonancia con lo antes expuesto, la prioridad de protección favorecería al derecho de uso que se hubiese atribuido judicialmente y tenido acceso al Registro de la Propiedad antes de la constitución de la carga hipotecaria. Pero cuando no ha llegado a inscribirse o anotarse el citado derecho de uso, habrá que estar en tal caso, para determinar su mantenimiento, a lo dispuesto en los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, pues la decisión dependerá de la con-

sideración o no como tercero protegido por la fe pública registral que se otorgue al adquirente del bien hipotecado.

Al caso de autos habrá que tener presente que la constitución de la hipoteca lo fue en fecha 24 de octubre de 2001 mientras que el derecho de uso arranca en 10 de mayo de 2005, no habiendo tenido nunca acceso al Registro de la Propiedad. Y como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1967, la Ley Hipotecaria sólo protege a los que contratan bajo la garantía del Registro, y para ser estimado tercero es necesario tener título anteriormente inscrito; o como indica la más reciente de 14 de diciembre de 2004, ante la falta de publicidad del uso de la vivienda familiar, no puede negarse la condición de tercero al adquirente; lo que es trasladable al constituyente de la carga hipotecaria, o por su realización, al adjudicatario de la misma.

Y como bien dice la propia parte demandada, ahora apelada, sostener lo contrario llevaría a la consecuencia que bastaría una mera demanda de separación personal para, a través de la atribución del uso de la vivienda familiar, impedir los efectos de la ejecución por el acreedor. Trayendo al razonamiento, como final, lo dispuesto en el artículo 1.320 del Código Civil en que la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe. Don Lucio constituyó la hipoteca sobre una finca de su exclusiva propiedad, por lo que el ejecutante está amparado por la buena fe que proclamaba el Registro de la Propiedad.

Por todas estas razones procede la desestimación del recurso de apelación y la íntegra confirmación de la sentencia de instar al estar ajustada a derecho.

La madre abandonó el domicilio familiar para vivir en otro con su nueva pareja y no es correcto que ahora, después de lo firmado, pretenda el uso del domicilio familiar; rompe la seguridad jurídica creada por ella misma.

AP Madrid, Sec. 24.^a, Sentencia de 28 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González**

Conocida la razón de ser de la presente alzada; en la extensión y términos antes dichos por la expresión de los motivos que llevaron a la representación legal de Doña Ruth a apelar la sentencia de instancia, es llegado el momento de dar respuesta concreta a las anunciadas pretensiones a la luz de la legalidad vigente; doctrina jurisprudencial y circunstancias concurrentes. Así, en primer lugar, en cuanto al motivo relativo al uso del domicilio familiar del estudio de las actuaciones procede recordar, para una mejor comprensión de lo que después se dirá, la doctrina jurisprudencial emanada de nuestro Tribunal Supremo (vid: SSTs de 1-mayo y 18-octubre-1982; 7-enero y 25-mayo-1984, y 1-marzo-1988) que dice: «el brocardo *contra actum proprium venire quis non potest* expresa la idea de que cuando, en determinada relación jurídica, uno de los sujetos actúa de manera que

produce en el otro una fundada confianza de que, por el significado de su conducta, en el futuro se comportará coherentemente, la buena fe actúa como límite del derecho subjetivo (art. 7/1 del Código Civil) y convierte en inadmisibles las pretensiones que resultan contradictorias con dicha precedente forma de proceder.

Partiendo, entonces, de lo que antecede, cabe decir en este momento que procede desestimar este motivo al considerarse correcto el criterio del órgano judicial «a quo» de atribuir en el caso el uso del domicilio familiar a favor del padre, compartiéndose absolutamente lo argumentado al respecto y que hacemos propio para evitar repeticiones ociosas e innecesarias; ahora bien, como decíamos, en aplicación de la doctrina de los actos propios, no debe olvidarse que la demandante Sra. Ruth acuerda al folio 22 de las actuaciones y en documento

de fecha 7 de octubre de 2008 que se va, junto con los hijos, a vivir a otro domicilio distinto al habitual y él consiente y se va a vivir a otro domicilio distinto al de la esposa e hijos. Lo cierto y verdad es que la demandante-apelante

abandonó el domicilio familiar para vivir en otro con su nueva pareja y no es correcto que ahora, después de lo firmado, pretende el uso del domicilio familiar; rompe la seguridad jurídica creada por ella misma.

Dada la enfermedad irreversible del hijo mayor de edad y en proceso de incapacitación, no procede fijar límite temporal a la atribución del uso de la vivienda familiar.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Elia Mata Albert

El esposo interesó en su escrito de contestación y respecto a las dos viviendas propiedad del matrimonio, la atribución de su uso a la esposa e hijo del matrimonio Gabriel, en cuanto a la de La Almunia hasta la liquidación de la sociedad conyugal, y sobre la de Zaragoza hasta la regularización de la situación de Gabriel, conforme al Plan de actuación de los Servicios sociales de la DGA, en razón de su situación de dependencia.

Es incontestable que Gabriel, nacido en enero de 1982, tiene una minusvalía psíquica de un 65% teniendo reconocida situación de dependencia en grado III, Nivel I por resolución de 26 de diciembre de 2008, y que su cuidado y atención diarios corren a cargo de la madre.

La madre y el hijo Gabriel trasladaron su residencia a Zaragoza en 2005, en atención a las mejores condiciones de todo orden que ofrece esta ciudad frente a La Almunia para éste.

El esposo reside de alquiler en La Muela.

Las partes, en sede de Medidas Provisionales, alcanzaron un acuerdo que aprobó el Auto de Medidas de 14 de febrero de 2011, en el que la vivienda de La Almunia se atribuía a la actora y la de Zaragoza a ambos litigantes en la forma especificada, sin que en él se consignase limitación de ningún tipo.

Los hechos relatados y la prueba practicada revelan que la vivienda de La Almunia sólo se

usa de forma esporádica por la actora algún fin de semana, dada su residencia permanente con el hijo en la vivienda de Zaragoza, que no usa siquiera el demandado cuando visita a Gabriel.

En estas condiciones no se estima razonable el uso indefinido otorgado, procediendo limitarlo a la efectiva liquidación de la sociedad conyugal.

El límite que propone el esposo sobre el apartamento de Zaragoza no se entiende. El hijo es completamente dependiente de terceras personas, no puede llevar una vida autónoma, es mayor de edad y tiene ingresos, para cuya administración precisa de la asistencia de sus padres, pero no ha sido incapacitado, habiéndose iniciado el proceso de incapacitación recientemente, según hechos alegados en esta alzada.

Ninguna norma administrativa o sentencia de incapacitación resolverán su necesidad de vivienda ni el destino del domicilio en que reside con su madre.

Es claro que en este caso no puede fijarse un límite temporal de uso, dada la enfermedad irreversible de Gabriel, por lo que se mantiene el uso concedido por la sentencia en los términos que expresa, sin perjuicio de lo que pudiera acordarse si se modificasen las circunstancias concurrentes.

El desplazamiento temporal del hijo fuera del domicilio familiar por razón de estudios no afecta, por sí solo, al derecho prioritario que le reconoce el párrafo primero del artículo 96 CC.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 27 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

Como viene manteniendo esta Sala, el desplazamiento temporal del hijo, dependiente de sus progenitores, fuera del domicilio familiar por razón de estudios no afecta, por sí solo, al derecho prioritario que al mismo reconoce el párrafo primero del artículo 96 CC, máxime en supuestos, como el presente, en que el citado descendiente sigue necesitando del inmueble sede de la vida familiar, en orden a la cobertura de sus necesidades de alojamiento en los periodos de vacaciones escolar.

Y en cuanto la Sra. Luz no dispone, pues ello ni siquiera se esgrime, de otra vivienda, ni de medios económicos propios para procurársela, en la que hacer efectivas tales necesidades habitacionales del hijo quien, al menos al tiempo de

decidirse la litis en la instancia, permanecía en su compañía, en los términos antedichos, ha de decaer también la pretensión que, sobre cese del derecho de uso familiar, articula el hoy apelante.

Ha de tenerse en cuenta, al hilo de los alegatos del mismo, que la esgrimida utilización ocasional por doña Luz del inmueble para fines distintos del concedido judicialmente al amparo del artículo 96 del Código Civil no puede repercutir, conforme a lo postulado, en perjuicio del destinatario directo del derecho objeto de debate, pudiendo, a lo sumo, y a la vista de lo acordado por esta misma Sala mediante Auto de 27 de noviembre de 1998, tener las repercusiones procesales contempladas en el artículo 710 LEC.

Si la vivienda, como es el caso, pertenece a título de propiedad a la actora, no es necesario ni el consentimiento del otro cónyuge, ni autorización judicial para la venta.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Auto de 26 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina**

La actora interpone recurso de apelación contra el auto dictado por el Juzgado de 1.^a Instancia número 8 de Valencia el día 20 de abril de 2011, que acordó no admitir la demanda formalizada por la recurrente, en la que pretendía la autorización para la venta de una vivienda de su propiedad sita en Soneja (Castellón), cuyo uso ha sido asignado en el convenio regulador aprobado por la sentencia de divorcio de 29 de noviembre de .010, a la recurrente y a su hija menor de edad.

La norma aplicable al presente supuesto es el artículo 96 del Código Civil, cuyo último párrafo prescribe que para disponer de la vivienda familiar cuyo uso corresponda al cónyuge no titular

se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial; de esto se desprende lógicamente que si la vivienda, como es el caso, pertenece a título de propiedad a la actora, no es necesario ni el consentimiento del otro cónyuge, ni autorización judicial, y en sentido estricto no hubiera sido necesaria la atribución del uso, pues éste ya lo tenía la demandante, y también su hija cuya guarda ostenta, en virtud de la adjudicación de la propiedad de la vivienda que se acordó en el mismo convenio en el que se liquidó la sociedad de gananciales, porque es claro que la propiedad comprende el uso; procede por ello la desestimación del recurso de apelación.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Si bien es cierto que con la resolución del contrato de arrendamiento a instancia del arrendatario se ha extinguido la única fuente de ingresos del padre, también lo es que no se ha acreditado que esa situación sea prolongada en el tiempo, pues el inmueble puede ser puesto de nuevo en el mercado de alquiler, ser arrendado y seguir produciendo ingresos.

AP A Coruña, Sec. 6.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ángel Manuel Pantín Reigada**

La demanda se funda en la existencia de un cambio sustancial de las circunstancias económicas del demandante, quien ya durante la sustanciación en segunda instancia del proceso de divorcio precedente habría dejado de percibir los ingresos de 1.500 euros mensuales que en la resolución definitiva dictada en el mismo se fijaban como elemento determinante para incrementar la pensión alimenticia para los hijos comunes respecto de la fijada en el juicio de separación.

Dado que en el proceso precedente se estimó que ese ingreso derivado del arrendamiento de una casa perteneciente al demandante existía y no consta que fuese objeto de polémica —la situación procesal lo haría problemático— la ahora invocada desaparición del vínculo contractual, esta extinción del contrato de arrendamiento sería susceptible de ser considerada como una alteración de circunstancias posterior al juicio precedente, siempre desde la perspectiva de que lo que ha de valorarse es si a partir de la firmeza de la sentencia definitiva recaída en el juicio precedente se produce una situación nueva constitutiva de una alteración sustancial respecto de la tenida en cuenta en el juicio anterior, lo que en el caso sería la desaparición de la fuente de ingresos a partir de la firmeza de la sentencia del juicio precedente, con independencia de que el origen de esta desaparición hubiera coincidido con la fase de apelación. En otros términos, si se admite en beneficio de las tesis del demandante que pueda surtir efectos como base del nuevo juicio un hecho ocurrido pendiente el juicio precedente, la consecuencia es que únicamente pueden interesar los efectos que tal hecho genere una vez concluido aquél.

Ha de establecerse también que, siguiendo la lógica de la resolución de esta Sala en el juicio precedente, la existencia de esta fuente de ingresos es un dato sustancial dentro del contexto económico en que se hallan los litigantes y los alimentistas, pues es fácil percibir que la cuantía antes referida suponía que los ingresos del alimentante prácticamente se duplicaban, ya que la sentencia de instancia del juicio de divorcio le atribuía unos ingresos por su ocupación laboral que se movían en torno a tal cifra. En el juicio presente consta que los ingresos mensuales del demandante fueron de unos 1.800 euros durante el año 2010 y que en este año 2011 se reducirían en unos 200 euros, atendida la pérdida de los ingresos adicionales ligados al año xacobeo, lo que, en definitiva, hace que este factor no haya experimentado modificaciones relevantes y que, por tanto, la fuente de ingresos cuya desaparición constituye el objeto del debate sigue siendo, desde una perspectiva relativa atendida la situación económica de los implicados y también absoluta, un dato trascendente.

En la demanda se exponía que el contrato de arrendamiento había sido resuelto de forma unilateral por el arrendatario en noviembre de 2009, por lo que habría desaparecido el soporte fáctico de la decisión sobre alimentos adoptada en el juicio de divorcio, lo que habría de llevar al mantenimiento —actualizada— de la pensión fijada en el juicio de separación.

Este somero planteamiento de la cuestión no permitiría estimar concurrente una alteración sustancial de las circunstancias en los términos en que ha sido definida jurisprudencialmente. Como señalamos en la sentencia de esta Sección

de 31-3-2011, es preciso que «la alteración o mutación evidencie signos de permanencia de modo que permita distinguirla de un cambio meramente coyuntural o transitorio de las circunstancias tenidas en cuenta en la adopción de las mismas», pudiendo citarse en el mismo sentido la sentencia de la Sección 4.^a de esta Audiencia de 7-4-2010 que con abundante cita jurisprudencial expone que la alteración ha de ser «permanente o duradera y no coyuntural o transitoria».

En el caso, se presenta la modificación de medidas en el mes de abril de 2010, sin que si quiera hubiera transcurrido un mes desde que se notificó al ahora demandante el auto de aclaración que completaba el contenido de la resolución de apelación del juicio de divorcio, lo que hace imposible que esta modificación fáctica, la desaparición de la fuente de ingresos por haberse resuelto el contrato de arrendamiento, pudiera tener esta condición de factor duradero y no meramente transitorio pues nada impedía —desde una perspectiva abstracta, frente a la cual nada se ha probado en sentido contrario— que el bien pudiera ser puesto de nuevo en el mercado de alquiler, ser arrendado y seguir produciendo ingresos. La inusual rapidez en el planteamiento de la demanda y, por tanto, la mínima duración del periodo al que —según lo expuesto— se extienden los efectos del cambio de circunstancias y la naturaleza en principio modificable de tal cambio —no consta que el bien no puede ser de nuevo arrendado— impiden que pueda considerarse concurrente el cambio sustancial que se postula.

Cosa distinta podría ser que se postulase y probase que, una vez extinguido el contrato precedente, las circunstancias del mercado inmobiliario, atendidas además las características del bien, imposibilitaban o dificultaban el alquiler, produciendo en su caso un previsible periodo de espera prolongado en el que no se obtuviesen ingresos, o reducían los rendimientos obtenibles por el alquiler del bien, lo que en su caso sí que

podría constituir una base fáctica susceptible de ser valorada como alteración económica relevante, pero lo que el desarrollo de la prueba y las alegaciones de la parte recurrente han permitido apreciar es que la cuestión central del litigio es otra, consistente en la decisión del demandante de no volver a alquilar la casa.

Tal y como considera el juzgador de instancia, no estamos ante una decisión derivada de la necesidad —sería en su caso valorable en tal sentido que el demandante quisiera residir en su propia casa y no en el piso de sus padres que éstos le ceden, pero en absoluto se ha producido este cambio de domicilio— sino de la voluntad del demandante, que ha preferido tener desocupada la casa para un uso meramente recreacional y esporádico —dadas las dificultades de mantenimiento que alegó— en lugar de persistir en su anterior decisión de convertirla en fuente de ingresos, que como ya se señaló serían de gran trascendencia dentro de la economía familiar, y de la que desistió cuando judicialmente se le impuso que —en menos de su cuarta parte, cabe calcular aproximativamente atendidas las cifras obrantes en el proceso— debía destinar parte de esos ingresos a sus hijos. El demandante es libre de renunciar a intentar percibir esta aportación económica relevante, pero no puede repercutir en sus hijos, en el dinero destinado a su mantenimiento, esta decisión personal, siendo reiterada doctrina de los tribunales (en esta Audiencia Provincial pueden citarse al efecto las sentencias de la Sección 3.^a de 29-10-10; Sección 4.^a, de 29 de enero del 2003; o de esta Sección de 30-12-2004) que cuando se invoca la extinción por cese de la causa que motivó el derecho, basándose en la situación del obligado al pago, debe denegarse cuando la modificación o alteración de circunstancias haya sido provocada voluntariamente o de propósito, pues no se pueden abandonar voluntariamente las diferentes fuentes de ingresos con que se cuenta y alegar después alteración sustancial en su fortuna para intentar así disminuir la contribución económica.

Abandonó sus estudios, tiene pareja estable, durante aproximadamente tres meses llegaron a vivir juntos en una casa «ocupa», si bien la joven refiere que por insistencia de los padres de su novio éste regresó a su casa. Tales condicionantes sin duda escapan de los presupuestos del artículo 93.2 del CC y por lo tanto no procede fijar pensión alimenticia en el proceso matrimonial.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Carmen Neira Vázquez**

Se cuestiona la pensión de alimentos de la hija común Candelaria de 19 años de edad como nacida el 18 de marzo de 1992.

Sabido es que la contienda suscitada ha de ser resuelta conforme a las previsiones de los arts. 93, 142, 145, 146, ss. y concordantes, todos ellos del Código Civil, que disponen y regulan la pensión de alimentos conforme a unos criterios determinantes cuales son las exigencias de equilibrio y proporcionalidad entre de una parte los recursos del obligado al pago, éstos siempre de carácter objetivo, y las necesidades del alimentista, de condición subjetiva o relativa, en cuanto su cuantificación dependerá de otros varios factores, entre los que sin duda tiene especial significación la situación socio-económica disfrutada por el grupo familiar.

Con tales presupuestos normativos y doctrinales la Sala estima que lo resuelto en la sentencia apelada es conforme a derecho y a las circunstancias acreditadas del caso si tenemos en cuenta que respecto de Candelaria se indica en el informe psicológico que abandonó sus estudios, de manera que en el momento de la exploración explica tener intención de retomar sus estudios para concluir secundaria y efectuar después formación profesional. Indica encontrarse en situación activa de búsqueda de em-

pleo si bien no logra acceder a ningún empleo; durante el pasado verano trabajó temporalmente en dos bares.

Se reseña también que tiene pareja estable, planteando iniciar la convivencia juntos tan pronto como les sea posible. En el mes de noviembre de 2008 y durante aproximadamente 3 meses llegaron vivir juntos en una casa «ocupa» («porque queríamos vivir juntos y no sabíamos dónde ir»), si bien la joven refiere que por insistencia de los padres de su novio éste regresó su casa.

Tales condicionantes sin duda escapan de los presupuestos del artículo 93.2 del CC, de modo que la resolución ahora apelada es plenamente ajustada a derecho y ello sin perjuicio claro está de las acciones que pudieran corresponder a la hija en aplicación de cuanto se dispone en el art. 142 y ss. del CC.

El rechazo de este motivo de apelación conduce a desestimar las pretensiones secundarias a la principal no debiendo realizar ningún pronunciamiento relativo a las rentas de la vivienda desde la presente resolución por cuanto la sentencia ahora apelada contiene al respecto una medida expresa que dispone la distribución por mitad entre los ahora litigantes.

Si tenemos en cuenta la prestación por desempleo, así como la indemnización, ya percibida, prorrateadas mensualmente durante tres años al menos, es lo cierto que la situación del padre no ha variado esencialmente.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

Conviene recordar que cuando se trata de disminuir la cuantía de la pensión de alimentos en un procedimiento de modificación de efectos es necesario acreditar sin ningún género de dudas la disminución de los ingresos de aquel que viene obligado a la prestación, partiendo de la base de que no ha variado la situación de los hijos, en lo que se refiere a gastos escolares, como tampoco se ha alterado la situación de la esposa, no siendo de tener en consideración circunstancias que ya eran previsibles, como el referido al capítulo de la vivienda, dado que en la sentencia de divorcio de fecha 30 de abril de 2007 se dispuso el derecho de uso y disfrute de la vivienda en favor de los hijos y de la madre, lo que implicaba la necesidad del apelado de afrontar un gasto de alojamiento en aquellos momentos.

Ha quedado demostrado, a través de la prueba practicada en la instancia y en esta alzada, que la situación patrimonial del apelado, actualmente, y al momento de interponer la demanda, no ha variado sustancialmente.

En efecto, cuando se dictó la sentencia de divorcio antes aludida, el apelado trabajaba en la empresa o sociedad Indra, percibiendo un salario mensual de 2.390 euros mensuales aproximadamente, según se deduce claramen-

te de la documental aportada por el propio demandante.

Al momento de interponer la demanda, fecha en la que se deben valorar las circunstancias concurrentes en esta clase de procedimientos, el citado apelado percibía prestación por desempleo por importe de 1.122 euros mensuales, y aun siendo cierto que fue despedido de la empresa antes citada, ha percibido indemnización, con fecha de 31 de enero de 2010, junto con liquidación de haberes, por importe de 47.468,69 euros, circunstancia ocultada en el escrito de interposición de la demanda, si bien ello fue reconocido a través del interrogatorio del propio demandante, aun afirmando que la indemnización era de 40.000 euros.

En estas circunstancias, si tenemos en cuenta la prestación por desempleo, así como la indemnización antes aludida, ya percibida, prorrateadas mensualmente durante tres años al menos, es lo cierto que la situación del demandante, en el ámbito económico y patrimonial no ha variado esencialmente, lo que motiva la desestimación de la demanda, y, en su virtud, la estimación del recurso, acordando mantener la pensión de alimentos, actualizada, a la que se hace mención en la sentencia de divorcio.

Todo el planteamiento del recurso de apelación interpuesto se hace descansar sobre el supuesto de hecho, completamente gratuito y apoyado en meras conjeturas de la parte apelante, de que el demandante no realiza una jornada laboral completa, sino de sólo cuatro horas diarias, por su exclusiva voluntad, cuando lo cierto es que no existen en autos indicios algunos que pudieran llevar a sostener que la radical y sustancial pérdida de ingresos del demandante tiene su origen en acto alguno dependiente de su propia voluntad; además, su situación económica no es meramente transitoria, sino que se viene manteniendo de forma prolongada en el tiempo.

AP Navarra, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ricardo Javier González González**

Por la representación procesal de la demandada, D.ª Paloma, se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada en la primera instancia, por la que, con estimación parcial de la demanda de modificación de medidas formulada por D. Adolfo, se acuerda reducir el importe de la pensión de alimentos destinada al mantenimiento de la hija común de los litigantes, Lina, fijada en sentencia de 7 de julio de 1993, dictada en autos de reclamación de alimentos n.º 313/92, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Tudela, y confirmada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra en sentencia de 26 de enero de 1994, estableciéndose como nuevo importe el de 140 euros mensuales, solicitando de esta Audiencia Provincial «dicte sentencia por la que, revocando la resolución impugnada, dicte otra en su lugar por la que se desestime la demanda interpuesta por el Sr. Adolfo, y todo ello con imposición de costas de la primera instancia al demandado, así como las de esta instancia en caso de que se opusiera al presente recurso».

La sentencia dictada en la primera instancia, tras exponer la doctrina jurisprudencial sobre los requisitos que deben concurrir para dar lugar a una modificación de medidas definitivas adoptadas en sentencia firme, analiza en el fundamento de derecho cuarto las circunstancias concurrentes en el caso que nos ocupa en los siguientes términos:

«En cuanto a la pensión alimenticia establecida a favor de la hija común de los litigantes, Lina, de 18 años de edad, debe señalarse con carácter previo que los progenitores tienen el deber de ayudar económicamente a sus hijos, aunque lleguen a la mayoría de edad, en tanto no alcancen la posibilidad de proveer por sí mismos sus necesidades, entendida no como una mera capacidad subjetiva de ejercer una profesión u oficio, sino como una posibilidad real y concreta en relación con las circunstancias concurrentes (véanse las sentencias del TS de 24 de junio de 1950 y 5 de noviembre de 1984, entre otras). La obligación de prestar alimentos corresponde

a los padres respecto a sus descendientes, con independencia de la edad de éstos, tal y como establece el artículo 143 del Código Civil, siempre que se dé la situación de necesidad en los segundos y la posibilidad de prestarlos en los primeros. Dicha obligación se mantiene innegablemente durante la minoría de edad del titular de ese derecho, pero una vez alcanzada la mayoría de edad, el artículo 152.3.º prevé como causa de extinción del derecho a alimentos 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”. De forma similar, en el artículo 93 del Código Civil se prevé que en estos procedimientos se pueda decidir sobre los alimentos de los hijos mayores de edad, siempre que los mismos sigan viviendo en el domicilio familiar y que no hayan alcanzado independencia económica.

En el presente caso, conforme queda acreditado por el conjunto de la prueba practicada, concretamente por la documental consistente en el certificado de matrícula de 2.º de Bachillerato para el curso académico 2010/2011, emitido por el Instituto Benjamín de Tudela, y por la testifical de la propia hija Lina practicada en sede de medidas provisionales, ésta va a continuar estudiando, no habiendo desempeñado hasta la fecha actividad laboral alguna, viviendo en el domicilio junto a su madre, siendo evidente por tanto que precisa de ayuda para poder cubrir sus necesidades básicas, al carecer de recursos económicos para hacerlo por sí misma.

Respecto a la situación económica del actor, y de la prueba practicada, principalmente la documental acompañada a la demanda y aportada a la vista, se deriva que efectivamente han cambiado las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de fijar la pensión alimenticia de la hija común. Según la sentencia dictada en su día por éste mismo Juzgado el Sr. Adolfo percibía en aquel momento, unas 99.000 ptas. al mes más 2 pagas extraordinarias de importe similar, resultando que en la actualidad los únicos ingre-

sos acreditados que ha venido percibiendo han sido los de 426 euros mensuales que le fueron reconocidos como subsidio por desempleo, circunstancia que se ha venido produciendo desde abril del año 2008, tal y como se acredita con la abundante documental aportada, situación únicamente interrumpida por 5 días de trabajo, en enero de 2009, y 38 días trabajados desde el 28 de mayo al 5 de julio de 2010, percibiendo por ése último período 650 euros, según el certificado de la Autoescuela Martán.

Según la documental aportada en la vista, y la propia declaración del Sr. Adolfo, recientemente ha sido contratado de forma parcial por la misma Autoescuela Martán, por un período de tres meses que finalizará en noviembre, por lo que percibirá unos ingresos netos de 600 euros mensuales.

Según se deriva de la escritura de capitulaciones acompañada a la demanda, el actor contrajo matrimonio con la Sra. Leonor, teniendo su residencia en Huarte, por lo que no tiene gasto alguno en concepto de alquiler, a diferencia de lo que sí ocurría en el momento en que se fijó la pensión.

En consecuencia y por lo expuesto, considerando acreditado que efectivamente se ha producido una variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en su día para determinar la fijación de la pensión a favor de la hija común, se estima valorando lo expuesto así como las propias necesidades de la hija Lina, que según la prueba practicada, se reducen a las ordinarias de la edad, más los gastos por clases particulares y lentillas, que debe reducirse la pensión fijada a la cantidad de 140 euros mensuales, tal y como ya se estableció en el procedimiento de medidas provisionales».

La representación procesal de la parte apelante estima, en contra de lo apreciado por la Juzgadora de primera instancia, «que se no (sic) produce el requisito de que la variación de las circunstancias sea sustancial. Como ya se expresó y queda documentado en el acto del juicio la situación económica actual del demandante prácticamente se mantiene igual que en el año 1993, si bien debidamente actualizada. En el año 1993 se fijó una pensión de alimentos de 180 euros atendiendo a una capacidad económica del

Sr. Adolfo de 600 euros. Como se nos ha manifestado y probado de contrario, dicho salario actualizado equivaldría hoy a 189.000 pesetas. Por otro lado se nos acredita mediante la oportuna prueba documental que a fecha de juicio, y desde antes de la celebración de las medidas provisionales, que actualmente está trabajando 4 horas al día con un sueldo de 600 euros mensuales que supondría un salario en jornada completa de 1.200 euros. Es decir, que a fecha de hoy, tendría más capacidad económica que la estimada en su día para la fijación de la pensión en el año 1993»; que tampoco se cumple el requisito de que la modificación tenga carácter permanente, ya que «El Sr. Adolfo, si bien pasó por un período temporal de desempleo, hay que recordar que quedó acreditado que ya en el año 2009 trabajó como se acreditó con la vida laboral aportada, y que además tanto a fecha de celebración de las medidas provisionales, como a fecha de celebración de la vista de modificación definitiva se encontraba trabajando para la autoescuela Martán y además es el deseo del Sr. Adolfo seguir trabajando si encuentra, puesto que seguirá buscando trabajo, por lo que el cambio de su situación no ha variado de forma definitiva que es la exigencia principal de la modificación de medidas.

El contrato laboral que aportaron en el acto de la vista, tampoco tiene una fecha de duración determinada, sino que únicamente se hace constar que dicho contrato lo es para dar clases, con una duración «mientras dure el curso». Es decir no sabemos si este contrato va a durar un mes, dos o 9 meses, por lo que lo que si tenemos probado es que a fecha de solicitar la modificación el Sr. Adolfo se encuentra trabajando.

Esta modificación temporal no puede producir efectos extintivos ni siquiera modificadores de la pensión de alimentos, puesto que ni es definitiva, ni la modificación, como se ha explicado en párrafos anteriores, es de tal entidad como se manifiesta «de contrario»; y, en tercer lugar, por entender «que la situación actual del Sr. Adolfo puede ser provocada, ya que a este letrado le resulta cuando menos curioso que se haga tanto hincapié en manifestar y probar que no tiene ningún bien a su nombre (aun después de 17 años de separación de su pareja). Tiempo más que suficiente como para haber rehecho su

vida, adquirido alguna vivienda o por lo menos un vehículo). También resulta curioso que se nos realce tanto el hecho de que tiene separación de bienes lo que suponemos que implicará que los bienes que puedan tener estarán a nombre de su mujer para evitar ser embargados. Por lo tanto tenemos serias dudas de que la disminución de ingresos y la carencia de cualquier tipo de bien a su nombre no hayan sido provocadas. De hecho, como esta parte ya acreditó documentalmente, y además no fue negado por la parte contraria, adeuda una importante cantidad de dinero por pensiones de alimentos impagadas. Pensiones que se han devengado, algunas de ellas, en períodos en los que el Sr. Adolfo estaba trabajando, lo que demuestra que la voluntad del Sr. Adolfo ha sido la de desentenderse de sus obligaciones como padre, tanto las económicas como las personales, y entendemos que esta demanda puede venir motivada con ese afán de desentenderse totalmente de sus obligaciones paternas. No deja de resultar curioso, que cuando el Sr. Adolfo se encontraba trabajando, no pagaba voluntariamente sus pensiones de alimentos, y ahora que manifiesta que no tiene capacidad económica para hacer frente a las mismas, haya procedido a pagar religiosamente el importe de la pensión».

Finalmente, invoca el criterio mantenido por esta misma Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra en sentencia dictada en el Rollo de apelación n.º 316/2009, señalando que en dicha resolución se desestimó «una petición de modificación de medidas, en un supuesto exactamente igual al que nos encontramos, básicamente por entender que por el hecho de haber

encontrado trabajo de unos meses con posterioridad a la interposición a la demanda suponía que no se había producido una modificación de las circunstancias de suficiente entidad para acceder a la modificación solicitada».

El recurso de apelación planteado en los términos que se acaban de reseñar debe ser íntegramente desestimado al carecer manifiestamente de un mínimo fundamento de derecho atendible, compartiendo esta Sala la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida en los términos que hemos transcrito en el segundo fundamento de derecho de la presente resolución.

En efecto, todo el planteamiento del recurso de apelación interpuesto se hace descansar sobre el supuesto de hecho, completamente gratuito y apoyado en meras conjeturas de la parte apelante, de que el demandante no realiza una jornada laboral completa, sino de sólo cuatro horas diarias, por su exclusiva voluntad, cuando lo cierto es que no existen en autos indicios algunos que pudieran llevar a sostener que la radical y sustancial pérdida de ingresos del demandante tiene su origen en acto alguno dependiente de su propia voluntad; antes al contrario, como ya se exponía en el Auto de medidas provisionales por la Jugadora de primera instancia, el examen de la prueba documental aportada, especialmente la Vida laboral del actor, pone de manifiesto que su situación económica no es meramente transitoria, sino que viene manteniendo de forma prolongada en el tiempo, sin que exista dato alguno del que pueda deducirse una mejoría en un futuro próximo.

La circunstancia reconocida también en su interrogatorio por el demandado de que satisfacía 250 euros al mes por la adquisición de un vehículo nuevo contradice la alegada precariedad económica, por lo que debe desestimarse la petición de rebaja de la cuantía de la pensión alimenticia.

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Cristina Trascasa Blanco**

A la vista de la argumentación con que se sostiene el recurso para interesar una rebaja de la

pensión de alimentos, insistiendo en la precariedad de la situación económica del deman-

dado, oportuno parece recordar que la obligación alimenticia, como indica la STS de fecha 1 de marzo de 2001, tiene por base y sustento el principio de la solidaridad familiar siendo su fundamento constitucional el artículo 39.1 CE, presenta muy especiales características cuando son los padres quienes deben de cumplirla respecto a sus hijos menores de edad, ya que en abstracto debe de reputarse como incuestionable y por ello de ineludible cumplimiento salvo casos extremos de absoluta imposibilidad por parte de los padres, supuestos a los que, entre otras, alude la STS de fecha 5 de octubre de 1993 y siendo que, como tiene declarado también esta Sala, entre otras, en Sentencias de 23 de noviembre y 14 de diciembre de 2009, la fijación o determinación de su concreta cuantía, y aun partiendo en todo caso del concepto más amplio de la expresión alimentos a la que se refiere el artículo 142 del Código Civil, depende del doble parámetro al que alude claramente el artículo 146 del mismo texto legal, esto es, de las necesidades de quien los ha de recibir y del caudal o medios del alimentante, la acreditación de unas y otros es indispensable que se lleve a cabo en el proceso que tenga por objeto determinar la pertinencia de una obligación alimentaria y su cuantía, aplicando con flexibilidad, los criterios reguladores de la carga de prueba complementados con el de disponibilidad de los medios probatorios y valorando, por ello, también, y en su caso, la falta de cooperación del

alimentante a la práctica de pruebas conducentes a la acreditación de los hechos en que funden su falta de capacidad económica puesto que como declaran las SSTC 227/91 y 7/94 «cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (artículo 118 CE) conlleva a que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos para que el órgano judicial pueda descubrir la verdad».

En el caso que se revisa obra en los autos el contrato que acredita que el demandado trabaja como empleado a jornada completa en un supermercado como ayudante de carnicero, de cuyo empleo no aportó justificación de sus ingresos mensuales si bien admitió que con el mismo sus padres ya no tienen que ayudarlo a satisfacer la pensión de 200 euros/mes que se acordó en el auto de medidas provisionales, lo que asimismo resulta de la circunstancia reconocida también en su interrogatorio por el demandado de que satisfacía 250 euros al mes por la adquisición de un vehículo nuevo, inversión que ciertamente contradice la alegada precariedad económica y lleva a estimar acertada en este particular la sentencia apelada al mantener la expresada cuantía de alimentos, la que por otra parte, roza los límites de lo que viene considerándose como el «mínimo vital» para atender las necesidades a que alude el artículo 142 del Código Civil.

No es de recibo que se alegue, *grosso modo*, que el rendimiento económico de la actividad laboral del demandado ha disminuido considerablemente debido a la crisis económica que venimos padeciendo, pues de ser ello cierto no encontramos en la contestación a la demanda ninguna referencia a los mayores o menores ingresos líquidos que venga percibiendo, limitándose a aportar unas declaraciones de la renta que nada aclaran.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Jiménez Burkhardt

En el caso contemplado, la fijación de una pensión alimenticia de doscientos cincuenta euros mensuales por cada hijo, con ser algo superior a la suma que se viene señalando por esta Sala

como mínimo vital, se considera adecuada a su finalidad de sustento, habitación, educación y asistencia de los tres menores, sin cuya contribución paterna resultaría ilusorio pretender

que tales necesidades quedasen cubiertas en lo mínimamente indispensable, cuando no hay dato alguno de que la madre pueda asumir una parte proporcional de la carga, habida cuenta de que no hay constancia de haber desarrollado, ni desarrolla en la actualidad, actividad laboral alguna, cuando está plenamente reconocido que desde la celebración del matrimonio se ha dedicado exclusivamente al cuidado de la familia. Y no es de recibo que se alegue, *grosso modo*, que el rendimiento económico de la actividad laboral del demandado ha disminuido considerablemente debido a la crisis económica que venimos padeciendo, pues de ser ello cierto, no encontramos en la contestación a la demanda ningun-

na referencia a los mayores o menores ingresos líquidos que venga percibiendo el demandado, limitándose a aportar unas declaraciones de la renta que nada aclaran, cuando la potencialidad en la obtención de ingresos opacos resulta evidente habida cuenta del ejercicio libre de la profesión como autónomo, de tal modo que la indeterminación de los ingresos medios que mensualmente pueda llegar a percibir (indeterminación e incertidumbre plenamente imputables a su desleal silenciamiento) no es obstáculo para que en atención a los necesidades de los menores y a los nulos recursos económicos de la guardadora, se considere adecuada la cuantía de la pensión establecida en la sentencia.

Se considera gasto extraordinario el coste del permiso de conducir del hijo, resultando de la declaración de este último que comunicó al progenitor su intención de obtenerlo y éste no mostró oposición a ello, lo que supone manifestación tácita de consentimiento para que realizare la actividad y, en consecuencia, voluntad de asumir la mitad del coste.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Auto de 29 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Ana Delia Muñoz Jiménez**

Respecto del coste del permiso de conducir del hijo no se cuestiona que sea un gasto extraordinario, alegándose únicamente que no fue consensuado, por lo que no debe serle exigido el pago al recurrente, remitiéndose al convenio regulador que fue aprobado por la sentencia de divorcio de 12-2-2007, que exige que tales gastos, con algunas excepciones, sean comunicados, consultados y acordados por ambas partes.

Sin embargo, tal y como se indica en el auto recurrido y resulta de la grabación del acto del

juicio que recoge la declaración del hijo, éste comunicó al progenitor su intención de obtener el permiso de conducir y éste no mostró oposición a ello, lo que supone manifestación tácita de consentimiento para que realizare la actividad y, en consecuencia, voluntad de asumir la mitad del coste. En todo caso, se trata de un gasto extraordinario cuyo pago por el demandado procede dado que se acredita su abono, y la conveniencia para el hijo de la actividad que genera el gasto esta fuera de duda.

No poner en conocimiento del padre la existencia de un gasto extraordinario no le libera de la obligación de su participación en el pago, pues tras la demanda ejecutiva ha conocido de su existencia al presentarse la prescripción médica y facturación de tales dispendios. El ejecutado puede efectuar su protesta de la tardía notificación de los gastos, pues pudo haberlos satisfecho sin necesidad de acudir al proceso de ejecución, pero una vez conocidos pudo también mostrar su conformidad con ellos, solicitando la no imposición de costas en la ejecución.

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Auto de 29 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón**

Los gastos mencionados en la demanda ejecutiva de la sentencia de divorcio, relativos a la asistencia de la menor LAIA a un centro de psicopedagogía y los derivados del dentista, sin duda se engloban dentro del concepto de dispendios extraordinarios no cubiertos por la Seguridad Social, siendo susceptibles de ser reclamados al progenitor ejecutado, en un cincuenta por ciento, no obstante no constar previamente a la iniciación del proceso ejecutivo su puesta en conocimiento.

Es evidente que así pudo hacerlo la ejecutante, mas su no puesta en conocimiento del progenitor no le libera de la obligación de su participación en la satisfacción de los mismos, desde el momento que tras la demanda ejecutiva ha conocido la existencia de ellos, la prescripción médica y facturación de tales dispendios, como se deduce de las documentales aportadas en el proceso.

El ejecutado puede efectuar su protesta de la tardía notificación de los gastos, pues pudo haberlos satisfecho sin necesidad de acudir al proceso de ejecución, pero una vez conocidos pudo también mostrar su conformidad con los mismos, solicitando la no imposición de costas en la ejecución.

Lo que no puede hacer, ahora, es negarse al cumplimiento de la obligación de participar en los mismos, una vez conocidos y acreditada su existencia y facturación, con el formal argumento de su falta de previa notificación, queriendo que sea la progenitora quien atienda la totalidad de los dispendios, no obstante ser necesarios y estar destinados a su hija menor, que precisaba de las atenciones prestadas.

En su consecuencia procede que la ejecución siga adelante por tales conceptos.

PENSIÓN COMPENSATORIA

El estatus económico-laboral de la esposa le permite afrontar de modo autónomo sus propias necesidades, lo que, no obstante la superior capacidad económica del esposo, excluye la posible proyección al caso de las previsiones que, sobre compensación pecuniaria, recoge el artículo 97 del CC.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

No existiendo en el caso, al contrario de lo que se argumenta en la Sentencia apelada, consenso alguno acerca del reconocimiento, en pro de la esposa, del derecho al percibo de una pensión al amparo del artículo 97 del Código Civil, ha de examinarse si concurren los requisitos al efecto exigidos en dicho precepto en orden a la sanción judicial de la pretensión al efecto deducida por la demandante.

Este Tribunal, haciéndose eco de mayoritarias corrientes de opinión doctrinal y judicial, viene manteniendo que el citado derecho no

puede concebirse como un instrumento de indiscriminada nivelación o, al menos, aproximación de las dispares economías de los esposos que, latente durante el matrimonio, haya de activarse de modo automático y necesario al surgir la crisis convivencial sometida a regulación judicial.

En efecto, la finalidad fundamental de la figura analizada es la de ayudar al cónyuge beneficiario en tanto el mismo alcanza, si ello fuere viable, aquel grado de autonomía económica de que hubiere podido disfrutar de no haber mediado el matrimonio, en cuanto el mismo, por su

dedicación a la familia y a las tareas del hogar en general, le haya supuesto un impedimento, o rémora, en su incorporación al mercado de trabajo o progresión en el mismo.

En el supuesto analizado, y según el informe de vida laboral unido a las actuaciones, consta que la Sra. Carmela se encuentra incorporada al mercado de trabajo, en situación de alta en el sistema de la Seguridad Social, desde principios del año 2008, percibiendo, en dicho ejercicio anual, unas retribuciones brutas por tal concepto de 12.675,11 euros (folio 213). En el anterior ejercicio, y según su declaración de IRPF adjuntada a la demanda, sus ingresos alcanzaron la suma de 9.581,71 euros. Desde el 21 de mayo de 2009, y en virtud de contratos temporales que, sin embargo, le van siendo prorrogados a

su finalización, desempeña su actividad laboral al servicio de la entidad «Artevida Centros Residenciales SA» con unas retribuciones de 800 euros netos al mes, en catorce pagas al año, según se infiere de las nóminas unidas a los folios 216 y 217.

Tal status económico-laboral le permite afrontar de modo autónomo sus propias necesidades, lo que, no obstante la superior capacidad económica del esposo, y a tenor de lo anteriormente razonado, excluye la posible proyección al caso de las previsiones que, sobre compensación pecuniaria, recoge el precepto analizado, determinando, con acogimiento del último de los motivos del recurso, la revocación, en este apartado del debate, del pronunciamiento contenido en la Sentencia dictada por el Órgano *a quo*.

No se fija pensión compensatoria al no acreditarse que el esposo perciba salario o renta alguna, debiendo tenerse en cuenta que los activos familiares radican por una parte en bienes gananciales o en otra forma comunes pendientes de liquidar y por otro lado de los rendimientos de una sociedad limitada que ambos cónyuges participan al cincuenta por ciento y de la que son administradores solidarios.

AP Alicante, Sec. 4.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel Benigno Flórez Menéndez**

La sentencia de separación dictada en la instancia ha rechazado con acierto la petición de pensión compensatoria hecha por la esposa, cuyo recurso en este punto no puede prosperar:

A) Han de darse por reproducidas todas las consideraciones de la sentencia sobre los hechos alegados ante el Juzgado, de los cuales en modo alguno cabe deducir la existencia del desequilibrio que exige el art. 97 CC como presupuesto de la pensión. En efecto, no se acreditó que el esposo percibiera salario o renta alguna y la información que consta en las actuaciones sobre la situación económica de los litigantes los situaba en un estado de práctica igualdad, ya que los activos familiares radican por una parte en bienes gananciales o en otra forma comunes pendientes de liquidar y por otro lado en los afectos a una sociedad limitada que ambos cónyuges participan al cincuenta por ciento y de la que son admi-

nistradores solidarios. Será por tanto en el ámbito específico de la liquidación de la sociedad de gananciales y en su caso en las eventuales acciones derivadas de la condición de socio o administrador en la mercantil Grupo GIHER 2005 SL donde hayan de ventilarse la mayor parte de los hechos que alega el recurso sobre estos particulares, y lo que ahora puede descartarse con seguridad es que tales hechos puedan ser causa de derecho a pensión compensatoria por falta de los presupuestos exigidos por el precepto citado.

B) Y en relación con los hechos nuevos de otra naturaleza que el recurso alega, la circunstancia de que determinada renta que hasta ahora percibía íntegramente la esposa haya pasado a dividirse entre los cónyuges no entraña evidentemente desequilibrio, pues ya la sentencia decía con acierto que por dicha circunstancia la situación de la esposa era mejor que la del esposo, de

manera que lo que ha sucedido no ha sido más que la superación de un desequilibrio de signo inverso al pretendido por la recurrente. Por último, el otro extremo que se tuvo en consideración al admitir la prueba de segunda instancia

en el auto de esta Sala de 18 de abril de 2011 fue la supuesta percepción por el esposo de una pensión de jubilación, que en realidad no ha sido acreditada pues la prueba que entonces se acordó ha dado resultado negativo.

El acuerdo provisional al que llegaron las partes en medidas provisionales no puede interpretarse como una renuncia a la pensión compensatoria.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Federico Rodríguez Mira**

La sentencia de divorcio pronunciada en la instancia atribuyó a la esposa el uso de la vivienda familiar; estableció la obligación de ambos litigantes de abonar por mitad los préstamos contraídos constante matrimonio; y, por último, rechazó la pretensión de la actora de obtener una pensión compensatoria de 250 euros mensuales.

Apela ésta el fallo de instancia, tachando de errónea la conclusión del Juez *a quo*, que ha negado la existencia de desequilibrio económico en perjuicio de la misma, con motivo de la ruptura conyugal, apoyándose además en el acuerdo alcanzado por las partes en el auto de medidas provisionales, donde la esposa se comprometió a abonar al demandado la suma de 200 euros para el levantamiento de las cargas matrimoniales.

Es cierto, como invoca la apelante, que dicho acuerdo provisional nunca pudo interpretarse como una renuncia expresa de la misma a la pensión compensatoria objeto de posterior justificación, porque evidentemente no era ese el ámbito procesal en el que podía discutirse su procedencia, sino el de la sentencia definitiva, habida cuenta, además, que el proceso contencioso siguió sustanciándose entre las partes, sin llegar a un acuerdo sobre las medidas definitivas.

Por tanto, si como resultado de la prueba obrante en la tramitación del divorcio se ha podido constatar que el matrimonio ha durado 33 años, del que nacieron 3 hijos; y la esposa, de 52 años, además de dedicarse al cuidado de

la familia, ha trabajado de manera esporádica como limpiadora, percibiendo un salario medio de unos 480 euros mensuales; dependiendo lógicamente de los ingresos del esposo, el cual se jubiló en el año 2000 como trabajador en la minería del carbón, percibiendo una pensión actual de 1964,05 euros en catorce pagas; es evidente, conforme previene el artículo 97 del Código Civil, que la ruptura conyugal le ha producido a aquella un desequilibrio económico en relación con la posición del esposo, y la situación que mantenía en el matrimonio; hasta el punto de que difícilmente podría subsistir con la obligación que le ha sido impuesta en sentencia de hacer frente por mitad a los préstamos gananciales pendientes (de los cuales sólo el hipotecario existente sobre la vivienda requiere un pago mensual de 708,32 euros), cuya atención debe correr a cargo de los interesados.

En consecuencia, procede acoger en este particular el recurso de la demandante y, con revocación parcial del fallo de instancia, reconocer a la misma dicha pensión en cuantía de 250 euros mensuales, que se actualizará anualmente por aplicación del IPC y se devengará por meses anticipados dentro de los primeros cinco días de cada mes, debiendo ingresarla en la cuenta bancaria que la interesada designe; confirmando la sentencia en cuanto a sus demás pronunciamientos y sin hacer declaración sobre las costas de la alzada, según dispone el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El demandado fundó su pretensión de limitar la cuantía de la pensión a cinco años en que la actora podría disfrutar de una pensión no contributiva de jubilación de unos 400 euros cuando alcance los 65 años. Obviamente esta posibilidad no puede tomarse en consideración, tratándose de un suceso futuro e incierto y, además, no se ha acreditado la concurrencia de los requisitos para que la actora pueda acceder a tal prestación, por lo que no procede fijar una limitación temporal.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Ana Delia Muñoz Jiménez

Respecto de la pensión compensatoria, existió conformidad entre las partes sobre su procedencia, reconociendo el demandado que el divorcio causaba un desequilibrio económico a la esposa, ofreciendo 700 euros mensuales con una limitación temporal de cinco años.

La sentencia estableció la pensión de modo indefinido y en cuantía de 900 euros mensuales. No puede apreciarse falta de motivación pues, aun cuando se hace referencia expresa únicamente a la edad de la esposa y la duración del matrimonio, es claro que se tenían a la vista otros datos, que habían sido alegados en la demanda y no habían sido discutidos, como que las partes habían tenido cuatro hijos, habiendo nacido el primero en junio de 1972 y el último el 18 de marzo de 1980, que la esposa se había dedicado exclusivamente a las labores del hogar y cuidado de los hijos, su escasa preparación académica y profesional, la enfermedad que había padecido (cáncer de mama) y la ausencia de ingresos, así como la cuantía de la pensión del marido (que se dice de jubilación en la demanda) por 2.400 euros y el importe del préstamo hipotecario (que impone por mitad).

El demandado fundó su pretensión de limitar la cuantía de la pensión a cinco años en que la

actora podría disfrutar de una pensión no contributiva de jubilación de unos 400 euros cuando alcance los 65 años. Obviamente esta posibilidad no puede tomarse en consideración, tratándose de un suceso futuro e incierto y, Además, no se ha acreditado la concurrencia de los requisitos para que la actora pueda acceder a tal prestación.

Tomando en cuenta los anteriores datos es evidente que no procede fijar una limitación temporal para la pensión compensatoria y, por otra parte, la cuantía de la misma parece adecuada, teniendo en cuenta todos los elementos a los que se refiere el art. 97 LEC, como son la edad y estado de salud, cualificación y probabilidad de acceder a un empleo (prácticamente nulas), dedicación pasada a la familia, duración del matrimonio y de la convivencia y pérdida del derecho de pensión, pues no se discute que la demandante no tiene carencia que le permita acceder a una pensión contributiva de jubilación. Por otra parte, el préstamo hipotecario y los gastos derivados de la propiedad habrán de ser satisfechos por ambas partes por mitad, pronunciamiento que no se discute, siendo la carga hipotecaria de unos 500 euros mensuales, debiendo por todo ello desestimarse el recurso de apelación.

El cobro por la ex esposa de una pensión por jubilación de la Seguridad Social es causa suficiente para reducir la cuantía de la pensión compensatoria.

AP Huesca, Sec. 1.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Angos Ullate**

La demandada sigue manteniendo en su recurso que procede mantener la cuantía de la pensión compensatoria acordada en su día en convenio regulador (aprobado por sentencia de divorcio de 28 de julio de 1999) frente a la reducción declarada en la sentencia de primer grado.

Sin embargo, tras el examen de las actuaciones y el visionado de la grabación del juicio no apreciamos error alguno en las conclusiones a las que llega dicha resolución, cuyos argumentos ya hemos aceptado con anterioridad. Sin ninguna duda, el cobro de una pensión por jubilación de la Seguridad Social por parte de la demandada desde 2008 supone, dada su naturaleza, un cambio sustancial de fortuna, en los términos previstos en el artículo 100 del Código civil. Hemos de destacar al respecto que la Sra. Covadonga no desarrollaba actividad laboral alguna en el momento en que quedó fijada la pensión por desequilibrio económico que hubiera servido de cobertura al posterior cobro de la pensión de jubilación por el régimen general de la Seguridad Social.

El patrimonio inmobiliario perteneciente a la ahora apelante cuando se estableció la pensión a cargo del ex marido nada tiene que ver con el cobro sobrevenido de la pensión de la Seguridad Social. Además, la Sra. Covadonga no lo perdió, sino que todo da a entender que lo enajenó para adquirir una vivienda unifamiliar, lo que, desde luego, no es reprochable, pero, en cualquier caso, entendemos que no lo hizo para poder subsistir, máxime cuando ella misma reconoce que percibía 400 euros al mes por el cuidado de una niña. Por otro lado, la enajenación de las fincas supuso por decisión propia la pérdida de las rentas a las que aludía la sentencia de separación, de 17 de octubre de 1998 (45.000 pesetas —hemos de presumir que mensuales— por el alquiler de un piso y 120.000 pesetas anuales por el arrendamiento de varias parcelas).

También debemos destacar los ingresos de 2.000, 4.000 y 7.000 euros que aparecen en la cuenta bancaria de la demandada entre octubre de 2008 y octubre de 2010.

La situación laboral de la esposa se caracteriza por la inestabilidad laboral con contratos temporales y unos ingresos que oscilan entre los 500 y 700 euros mensuales, situación que contrasta con la solidez económica e ingresos del esposo, por lo que concurren los requisitos para fijar la pensión compensatoria.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés**

Para el análisis de la cuestión suscitada en torno a la pensión compensatoria hay que tener en cuenta que el artículo 97 del Código Civil no configura el derecho de pensión compensatoria con carácter automático e indiscriminado, sino sobre la base de la confluencia, imprescindible,

de una doble condición comparativa, afectante la primera a la inferioridad en que el cónyuge reclamante se encuentra, a consecuencia de la separación o el divorcio, en relación con su anterior situación en el matrimonio mientras que la segunda hace referencia a la menor capacidad

económica de dicho litigante en relación con el superior estatus de su consorte, y que la concesión de la pensión compensatoria no puede ser una medida automática, ni presumirse tampoco la concurrencia de tales requisitos, sino que los mismos han de quedar sometidos a la doctrina general que sobre el *onus probandi* dimana del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y ello sin atenuación ni privilegio procesal de clase alguna, habiendo añadido además esta Sala que la determinación de la cuantía de esta pensión está en consonancia con los ingresos del obligado y requiere una ponderación de las necesidades de la persona que tiene derecho a ella.

La situación laboral de la demandante se caracteriza por la inestabilidad laboral con contratos temporales y unos ingresos que oscilan entre los 500 y 700 euros mensuales. Así pues su situación contrasta con la solidez económica e ingresos del demandado y por lo tanto concurren los requisitos de la pensión compensatoria.

Y dada la duración del matrimonio que se celebró el 23 de agosto de 1998, la edad de la beneficiaria que nació el 2 de junio de 1967, su dedicación a la familia y la situación económica de ambos litigantes procede fijar una pensión compensatoria de 250 euros mensuales.

La ex esposa ha trabajado, constante el matrimonio, y ahora tras el cese de la convivencia conyugal, sin que conste de alta formal en la actividad laboral actual que desarrolla sin contrato, por lo que no se aprecia la existencia de desequilibrio económico como consecuencia del divorcio.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón**

En la demanda rectora de la relación jurídico-procesal, la accionante Doña Sabina adujo, como base o fundamento de la pretensión de la pensión compensatoria, que se encontraba en una situación de precariedad económica, a sus 48 años de edad, no obstante el patrimonio del que es titular, dado no obtener ingresos fijos mensuales y ser muy complicada su incorporación al mercado laboral por la actual coyuntura económica.

Sostenía que, el esposo era funcionario del cuerpo de bomberos, con ingresos del orden de 2.600 euros mensuales, más tres pagas extraordinarias.

La valoración en conjunto de las pruebas practicadas en la primera instancia permite deducir, unívocamente, que en el tiempo de la crisis o ruptura de la convivencia matrimonial, el demandado D. Alejandro se encontraba en situación de jubilación, desde mayo de 2009, con la percepción de una pensión de 2.119,19 euros mensuales, tal como se ha acreditado documentalmente en las actuaciones. En su consecuencia

sus ingresos se han visto reducidos, pues cuando prestaba su actividad como bombero obtenía emolumentos del orden de 2.587,72 euros mensuales más tres pagas extras.

En cuanto a la situación de la demandante no es tan precaria como la que se describe en la demanda que dio curso al proceso, pues desarrolla una actividad, sin la formalización de contrato, como monitora o profesora de baile en la Asociación Country Caravan, que le permite la obtención de ingresos de unos 1.200 euros mensuales.

La valoración conforme a la sana crítica del informe de detectives aportado en el proceso, y elaborado a instancia del demandado, que fue ratificado por su confeccionante en el acto de la vista del juicio en la primera instancia, y en donde se efectuó el seguimiento de la actora con abundante material gráfico, conduce a entender el desarrollo por parte de la investigada de actividad de monitora de baile en la Asociación Country Caravan.

La accionante ha trabajado, constante el matrimonio, y ahora tras el cese de la convivencia conyugal. La certificación de la vida laboral de la misma emitida por la Tesorería General de la Seguridad Social, revela su alta en el sistema de 3.356 días, desde el año 1976 al 2009, sin que conste de alta formal en su actividad laboral actual, que desarrolla sin contrato.

Además la actora ha venido obteniendo ingresos por cursos en el centro cívico GER y en la Associació Tres Tombs, si bien en forma esporádica y organizando determinadas fiestas, tales como la celebrada en la Massia d'En Frederic en septiembre de 2009, con la obtención de beneficios económicos, del orden de 400 euros.

La situación económica descrita, que no se corresponde con la ocultada en el relato del escrito de demanda y el hecho de que el demandado no podrá continuar en el uso de la vivienda familiar, de propiedad compartida entre las partes, por la disolución de la comunidad de bienes, que ha efectuado la sentencia, con liquidación de la misma en fase de ejecución de sentencia, determina que confirmemos el parecer jurisdiccional del órgano judicial de la primera instancia, en el sentido de no apreciar la concurrencia de desequilibrio económico que afecte a la esposa por consecuencia del divorcio, lo que determina la improcedencia de la constitución de la pensión compensatoria del artículo 84 del Código de Familia de Cataluña.

El ex esposo, con independencia de haberse dado de baja como autónomo, continúa desarrollando su actividad profesional como agente comercial realizando trabajos de mediación, es titular de un vehículo de la marca Jaguar, por lo que no entendemos que se haya producido un cambio de circunstancias para modificar la pensión compensatoria.

AP Sevilla, Sec. 2.^a, Sentencia de 29 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Andrés Palacios Martínez**

En lo que respecta a la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto referida a la pensión compensatoria mantenida en la resolución recurrida y cuya supresión o reducción con carácter subsidiario se interesa; lo cierto es, que habrá de analizarse en el caso de autos si realmente se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias que propiciaron en su día la fijación de la medida cuya modificación se pretende, requiriéndose que tal alteración además de sustancial sea objetiva, permanente, imprevisible e involuntaria (no buscada de propósito por quien insta el cambio al menos en cuanto el acto exceda del normal desarrollo y evolución de las circunstancias vitales de la persona). En este sentido, conviene precisar, con carácter previo, que el presupuesto fáctico para su nacimiento, tal como se recoge en el art. 97 de nuestro C. Civil, es el desequilibrio económico que para uno de los cónyuges puede significar la separación o divorcio en

relación a la posición de otro y que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, en cuanto que su fundamento descansa en el equilibrio que debe subsistir entre los cónyuges en los casos de ruptura matrimonial, de forma que ninguno de ellos se vea afectado, desde el punto de vista material, en el estatus que mantenía al tiempo de la convivencia; es decir, que dentro de lo posible cada uno de los cónyuges pueda seguir viviendo en un nivel equivalente al que tenía antes de la separación o divorcio, lo que conlleva la necesidad de compensar patrimonialmente la posición de los cónyuges a fin de evitar desequilibrios económicos. Para valorar ese posible desequilibrio habrá de sopesarse la posición del otro cónyuge, no sólo en la faceta económica, sino 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 viene a corroborar que la enumeración que efectúa el art. 97 del C. Civil no es exhaustiva pero sí de indudable importancia. Por tanto, la pensión compensatoria se determina sobre un doble elemento corporativo, por un lado de carácter temporal (empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio), y por otro, de índole subjetiva (estatus económico inferior al otro cónyuge), exigiéndose la combinación de estas condiciones comparativas para que pueda surgir o mantenerse con el consiguiente reconocimiento judicial. En cuanto al alcance o contenido del derecho a la misma, se configura como un derecho relativo, condicional y sobre todo, limitado en el tiempo. Relativo y circunstancial por cuanto depende de la situación personal, familiar, laboral y social del beneficiario; condicional, ya que una modificación de las concretas circunstancias concurrentes al momento de su concesión o mantenimiento puede determinar su modificación o suspensión (art. 100 y 101 C. Civil); y además limitada en cuanto al tiempo de duración ya que su legítima finalidad no es otra que paliar el desequilibrio económico producido a uno de los cónyuges por la ruptura matrimonial, no pudiéndose admitir con carácter general e indiscriminado la concepción de dicha pensión como una especie de pensión vitalicia, en virtud de la cual el beneficiario tendría un derecho de tal naturaleza frente al otro. Centrándonos en el caso de autos y tras el análisis de la prueba practicada y documental aportada se deduce, no solo que en virtud de sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 23 (Familia) de fecha 5 de octubre de 2005 (confirmada por esta Sección 2.ª de la Ilma. Audiencia Provincial en sentencia de 26 de mayo de 2006) se fijó a favor de la Sra. Fátima una pensión compensatoria ascendente a 600 euros mensuales (no olvidemos, que la misma, cuenta 53 años de edad, escasa cualificación aunque ha recibido un curso de auxiliar de enfermería en geriatría, se le practicó tiroidectomía por bocio, padece enfermedad de

Crohn y estuvo dedicada básicamente al marido, hijos y hogar durante los años previos de convivencia y posteriormente durante el matrimonio); sino que en ningún caso se aprecia que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en su día para la fijación de la precitada pensión (el Sr. Onésimo, con independencia de haberse dado de baja como autónomo en el Censo de Profesionales y Empresarios, continúa desarrollando su actividad profesional como agente comercial realizando trabajos de mediación, es titular de un vehículo de la marca Jaguar por el que abona una cuota de 500 euros mensuales más otros 150 euros de alquiler por una plaza de garaje, además de ser copropietario de un piso en la calle (...) n.º (...) de esta ciudad, determinante todo ello de una situación económica similar a la que se encontraba al dictarse la sentencia de divorcio a pesar de los ahora ingresos declarados). De ahí, que en atención a la situación personal y económica de ambas partes hoy litigantes (la precitada Sra. Fátima, si bien se encuentra en situación de desempleo, ha venido percibiendo una prestación por importe de 400 euros mensuales y abona una renta de alquiler de vivienda por importe de 650 euros), esta Sala entiende y reitera que no se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en la fijación de la medida cuya modificación se pretende, asumiendo el análisis valorativo llevado a cabo por la Juez «a quo» en la resolución recurrida, que responde a una valoración objetivamente razonada, correcta y aséptica de la prueba practicada y que no resulta ilógica ni contraria a las reglas de la sana crítica, llegando a idéntica conclusión que aquella; y ello sin perjuicio de la supresión o modificación de la precitada pensión si variasen las circunstancias o se produjera una alteración sustancial de la actual situación. De ahí, que sea procedente la desestimación de la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto y la confirmación de la sentencia en toda su integridad.

CONVENIO REGULADOR

Validez y eficacia de la cláusula pactada por los cónyuges en el convenio regulador de aumento automático de la pensión alimenticia en 400 euros para el caso de que la nueva unidad familiar formada por la madre y por sus hijos abandone la vivienda que habitan, por cualquier causa, cantidad a destinar, total o parcialmente, a la adquisición de la vivienda o al pago de la renta por arrendamiento.

AP Pontevedra, Sec. 1.^a, Sentencia de 29 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Menéndez Estébanez**

Pretende el apelante, quizás con más intensidad, que se suprima la obligación asumida en el convenio del incremento automático de la cantidad de 900 euros pactadas para alimentos de los hijos, en 400 euros para el caso de que la nueva unidad familiar formada por la madre y por sus hijos abandone la vivienda que habitan, por cualquier causa, cantidad a destinar, total o parcialmente, a la adquisición de la vivienda o al pago de la renta por arrendamiento.

Las nuevas circunstancias sobre las que el apelante pretende la eliminación de la cláusula son: una reducción importante de los ingresos económicos; el próximo nacimiento de un hijo; la existencia de una nueva relación sentimental de la madre; la propia interpretación de la cláusula y las necesidades de los menores, que ya están cubiertas con los 900 euros fijados en su día como alimentos.

Debe tenerse en cuenta igualmente que, el art. 93 del Código Civil establece que el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Y por su parte el artículo 146 del expresado Cuerpo Legal señala los parámetros a tener en cuenta: el caudal o medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe. Forzosamente debe ser reconocido tal derecho en la sentencia dados los imperativos términos del art. 93 CC, teniendo dicha prestación alimenticia a favor de los hijos naturaleza de orden público, pues constituye, al

operar en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, uno de los deberes fundamentales de la patria potestad.

No queda ninguna duda que el aumento automático de 400 euros a que se refiere el convenio regulador tiene una clara naturaleza alimenticia, como se desprende de su propia redacción literal, y del propio concepto y finalidad al que se dedican: vivienda, siendo la habitación uno de los conceptos esenciales integrante de los alimentos (art. 142 CC).

Moviéndonos así en este ámbito, deben rechazarse ya de plano tres de los argumentos esgrimidos por la parte apelante. El futuro nacimiento de un hijo por no haberse aún producido, por lo que las circunstancias no se han alterado aún, y cuando se produzca, si llega el caso, habrá que valorar las circunstancias que concurren y cómo afecta a la concreta situación.

Tampoco puede compartirse el argumento de que las necesidades de los menores están cubiertas con la pensión de 900 euros mensuales. En su momento se valoró por las partes la conveniencia del aumento de los alimentos para el caso de cambio de domicilio como el que nos ocupa, y por lo tanto obliga a las partes, no pudiendo ahora la parte apelante pretender su ineficacia con el mero argumento que los 900 euros mensuales son suficientes.

De igual modo se rechaza el argumento interpretativo de la cláusula. La misma ninguna mención hace a la intervención de nuevas parejas, ni puede deducirse de su literalidad y contexto, contemplando un supuesto claro como es

que la madre y los hijos abandonen la vivienda que habitan, y ello lo sea por cualquier causa, incluida la libre decisión de la madre, siendo el incremento automático. No puede ahora pretenderse una interpretación de la cláusula que ni se ajusta a su literalidad y contexto, ni beneficia a

los hijos menores, teniendo en cuenta que, al interpretar tales cláusulas, ha de estar siempre presente el superior interés de los menores, a los que no debe afectar el inicio o supresión de relaciones de pareja de sus padres, al menos en la forma interesada.

Partiendo de que incumbía a la parte actora acreditar los hechos base de su pretensión, de la prueba practicada en autos no se acreditaba que la esposa hubiere sido sometida a firmar un convenio regulador de manera dolosa ni fuere coaccionada. En cuanto a la renuncia que en el convenio regulador realizan los esposos a la pensión compensatoria, aun cuando hubiere existido un desequilibrio económico en las posiciones de las partes, ello no podría llevar consigo la anulación de la cláusula.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 26 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Ana Delia Muñoz Jiménez**

La sentencia que se recurre por la representación de Sra. Teodora desestimó la pretensión de que se declarase la nulidad del convenio regulador que las partes habían suscrito en fecha 14-9-2009 y que había sido homologado por la sentencia que había declarado el divorcio en procedimiento de mutuo acuerdo n.º 785/2009.

La demandante pretendía en su demanda la declaración de la nulidad parcial, con referencia a ciertas cláusulas, las relativas a la pensión compensatoria, cuantía de la pensión de alimentos establecida a cargo del esposo y a favor del hijo menor del matrimonio, la relativa a las visitas y atribución del uso de la vivienda, en cuanto se condicionaba éste y, por último, en cuanto a la liquidación del régimen económico, al indicar que no había nada que reclamar ni repartir.

La pretensión se basó, por una parte, en que había sido sometida a coacción y engaño al firmar el convenio regulador por lo que concurría vicio del consentimiento que debía llevar a la declaración de nulidad del convenio. Por otra, en que varias cláusulas de éste debían ser consideradas abusivas.

La sentencia desestimó la demanda. Partiendo de que incumbía a la parte actora acreditar los hechos base de su pretensión, consideró que la prueba practicada en autos no acreditaba que

la demandante hubiere sido sometida a firmar un convenio regulador de manera dolosa ni fuere coaccionada, por lo que no podía prosperar la acción, pues no se habían probado los vicios en el consentimiento. Respecto de las cláusulas que se alegaba abusiva relativa a la no convivencia en el hogar familiar de cualquier pareja que tuviere la actora, consideró acreditado que no había llegado a cumplirse y que el demandado estaba conforme en no aplicarla.

Respecto de los vicios del consentimiento, no acredita la demandante la coacción ni el engaño alegados, asumiendo la Sala enteramente las argumentaciones de la sentencia recurrida en cuanto a la necesidad de acreditar su concurrencia y la falta de prueba de la misma. El contenido del convenio regulador no implica coacción ni dolo por sí, como pretende la recurrente, y estos no han quedado probados.

En cuanto a la renuncia que en el convenio regulador realizan los esposos a la pensión compensatoria, declarando que no produce desequilibrio económico, se alega que este extremo es falso pues la demandante carecía de otros ingresos, aparte del salario que percibía del demandado. La renuncia de la demandante no puede tener, sin más, las consecuencias pretendidas. Se trata de un derecho libremente disponible y renunciabile, debiendo tal renuncia

producir los efectos jurídicos correspondientes por lo que, aun cuando hubiere existido un desequilibrio económico en las posiciones de las partes, ello no podría llevar consigo la anulación de la cláusula.

Respecto a la pensión alimenticia que se establece a cargo del progenitor en cuantía mensual de 250 euros, revisable anualmente en función del IPC general, estableciendo el abono por mitad por los cónyuges de los gastos extraordinario, no puede considerarse abusiva por sí. Si la demandante ha venido en conocimiento de que el progenitor dispone de medios económicos que hacen que tal contribución a los alimentos haya de considerarse insuficiente, habrá de plantear la correspondiente acción de modificación de medidas, a través del procedimiento adecuado, tal y como se indicó en la sentencia recurrida.

En cuanto a la liquidación del régimen económico, la demandante podrá ejercitar acciones tendentes a la inclusión de algún bien o derecho si estima que no se efectuó correctamente, lo que no ha quedado acreditado en este procedimiento pues no resulta del propio contenido de la cláusula que contiene el convenio como pretende la actora. En ella se dice, respecto de la liquidación del régimen económico, «En la actualidad nada tienen que reclamarse ni repartirse de los bienes y derechos que en su día conformaron el matrimonio, habida cuenta que tienen otorgadas capitulaciones».

La demandante reconoce en su demanda que las partes tenían firmadas capitulaciones matrimoniales, ha de entenderse que o bien pactaron ab initio el régimen de separación u otro o bien sustituyeron el de gananciales por alguno otro y liquidaron aquel. Lo probado en el presente

procedimiento no permite llegar a ninguna conclusión y nada apoya la pretensión de la demandante en este punto.

En el convenio se atribuyó a la esposa la guardia y custodia del menor, con patria potestad compartida, regulándose el régimen de visitas en favor del progenitor. La regulación del régimen de visitas en el convenio es ciertamente amplia, y se establecen unos límites imprecisos en los días laborables, al indicarse que el progenitor podrá estar con su hijo cuando quiera «respetando horario de tareas escolares y de comidas y siempre que no suponga un desequilibrio para el desarrollo normal del ambiente de crecimiento del mismo». Pero esta regulación por sí no puede estimarse abusiva ni debe anularse la cláusula, sin perjuicio de que puedan concretarse días u horas en el procedimiento de ejecución de sentencia, en atención a las circunstancias concurrentes (horario escolar y de actividades del hijo, horarios de comida, costumbres de la casa, etc.).

Respecto a la cláusula relativa al domicilio conyugal, se indica en el convenio regulador «Se atribuye a la esposa el uso del domicilio conyugal sito en ... así como todo el mobiliario y ajuar doméstico existente, hasta que el hijo Nicolás deje de estudiar o quede independizado del domicilio conyugal o en el caso y momento en que la misma mantenga una nueva relación afectiva sea o no regular». Si bien esta cláusula es inaceptable puesto que la atribución del uso del domicilio se realiza en atención al interés del menor, y es poco respetuosa de la privacidad de la demandante, sin embargo reconoció el demandado que la condición a que se subordinó dicha atribución del uso había quedado sin efecto con conformidad de ambas partes, por lo que ha de estimarse inexistente.

Las partes suscribieron el día 9 de septiembre de 2009 un «convenio y/o acuerdo de divorcio» por el cual, «D. Jerónimo se obliga a pagar hasta el 11 de agosto de 2008 a su esposa 3.000 euros mensuales por manutención de separación». Dicha obligación fue cumplida puntualmente por él a excepción de la suma final de 4.100 euros, coincidiendo con el momento de ser dictada la sentencia en Alemania. Por tanto, y no existiendo causa alguna acreditada ni probada por el recurrente que reste validez a lo pactado libremente entre las partes, procede dar plena validez a la reclamación efectuada con base en los propios pactos alcanzados por ello y que fueron cumplidos por el propio demandado.

AP Alicante, Sec. 4.^a, Sentencia de 8 de septiembre de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Paloma Sancho Mayo

Deben ser desestimadas las demás cuestiones sometidas a consideración en esta alzada con confirmación de la sentencia de la instancia. Las partes suscribieron el día 9 de septiembre de 2009 un «convenio y/o acuerdo de divorcio» por el cual «D. Jerónimo se obliga a pagar hasta el 11 de agosto de 2008 a su esposa 3.000 euros mensuales por manutención de separación». Dicha obligación fue cumplida puntualmente por el mismo a excepción de la suma final de 4.100 euros, coincidiendo con el momento de ser dictada la sentencia en Alemania. Por tanto y no existiendo cusa alguna acreditada ni probada por el recurrente que reste validez a lo pactado libremente entre las partes, procede dar plena validez a la reclamación efectuada con base en los propios pactos alcanzados por ello y que fueron cumplidos por el propio demandado. Como queda visto, y es suficientemente explicado por la Juez *a quo*, el Sr. Jerónimo asumió el pago de la referida suma y todas sus consecuencias, de tal suerte que no le es posible oponer ahora la falta de causa del devengo, ya que el pacto

contractual que legitima la reclamación queda bajo el amparo del *pacta sunt servanda* (art. 1258 Código Civil).

Igualmente no es admisible la alegación de que ha decaído el derecho de reclamación de la parte demandante con base en el art. 1579.7 del Código Civil alemán cuando hacer referencia a que la persona legitimada para reclamar una pensión derivada del matrimonio será denegada cuando sea claramente responsable de una ofensa manifiestamente grave contra la persona obligada, ya que a tenor del art 217 LEC nada ha probado el recurrente al respecto, mas allá del derecho que le asiste a la Sra. Adriana de ejercitar acciones civiles ante los Juzgados que consideró competentes para ello. Tampoco cabe apreciar indefensión al recurrente derivada de la estimación de la demanda, cuando mantiene que podría ser condenado nuevamente, si de estimarse el divorcio, se la obligaría en su caso a abonar nuevamente la citada cantidad, al tratarse de procedimientos distinto y tener en su caso ya cumplida dicha obligación.

Se acuerda el pago del impuesto de donaciones por parte del ejecutado, pues se pactó que «asumirá el coste de adquisición de una vivienda que constituirá la residencia familiar de las niñas, cuya propiedad se inscribirá a nombre de las dos hijas comunes en concepto de alimentos...», resultando clara la voluntad de ambas partes de que el padre asumiera todas las cargas fiscales derivadas de la operación con total indemnidad para la madre y las hijas comunes.

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Auto de 6 de septiembre de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Myriam Sambola Cabrer

El auto dictado en sede de ejecución de títulos judiciales cuya parte dispositiva consta transcrita en los antecedentes de hecho de la presente resolución ha sido objeto de recurso por el ejecutado quien afirma, en esencia, que la sentencia objeto ejecución no contiene obligación de pago del impuesto de donaciones por parte del ejecutado, Sr. Amadeo, quien ha cumplido todas las

obligaciones asumidas en el referido convenio aprobado judicialmente.

El título que se ejecuta es una sentencia de divorcio de fecha 21 de septiembre de 2007 que aprueba el convenio regulador suscrito por ambos cónyuges. En el pacto cuarto de este último se indica que el hoy recurrente «asumirá el coste de adquisición de una vivienda que consti-

tuirá la residencia familiar de las niñas, en la localidad de Sant Andreu de Llavaneras, cuya propiedad se inscribirá a nombre de las dos hijas comunes en concepto de alimentos.... Cuyo importe ascenderá a la cantidad total y máxima de ochocientos mil euros (800.000 euros). Dicha cantidad o aquella que finalmente resulte de la adquisición indicada deberá haber sido íntegramente abonada, de forma que no pese sobre la misma ningún tipo de carga, gravamen o cantidad pendiente de abonar (...). La esposa ha elegido la vivienda ubicada en Sant Andreu de Llavaneras, Avda Camí de la Esglesia (...) El Sr. Amadeo inicia de inmediato por si mismo las gestiones para la efectiva adquisición de la misma (...)».

Posteriormente, en cumplimiento voluntario de lo pactado, se otorgó escritura pública de compraventa del domicilio expresado en el convenio y en el expositivo III, al folio 13 de la escritura, se hace constar bajo el epígrafe «Gastos» que «todos los gastos notariales, registrales y los impuestos indirectos que se originen y devenguen como consecuencia de la presente transmisión y escritura serán satisfechos por la parte compradora, representada por ambos padres, pero en todo caso, a cargo exclusivo Don Amadeo (...). Se añade en el mismo expositivo y bajo la rúbrica «manifestación especial», que el Sr. Amadeo, en ejecución del pacto cuarto del convenio regulador suscrito por los padres de las compradoras, D. Amadeo y D.^a Zulima, asume íntegramente el importe de 490.000 euros, más el coste de los gastos e impuestos que se devenguen por esta compra, quien respecto al precio lo ha asumido frente a los vendedores y respecto a los gastos e impuestos se obliga a satisfacerlos, todo ello en pago de las anualidades que por ali-

mentos en concepto de habitación, se devenguen a favor de sus hijas en el presente año y durante los próximos años en los que corresponda dicha prestación (...)».

Afirma el recurrente haber cumplido todas las obligaciones contenidas en el título y niega que el pago del impuesto de donaciones encuentre cobertura en el título judicial, discrepa pues de la interpretación que efectúa la resolución recurrida. Del tenor del convenio aprobado judicialmente y de los actos inmediatamente posteriores a su firma, en especial de la escritura pública de compraventa de fecha 27 de octubre de 2007, resulta clara la voluntad de ambas partes de que el Sr. Amadeo asuma todas las cargas fiscales derivadas de la operación contemplada en el título IV del convenio, con total indemnidad para la parte hoy ejecutante y las hijas comunes (artículo 1281 CC). En consecuencia la obligación del ejecutado comprenderá también el pago de la obligación fiscal controvertida y causa de la demanda de ejecución, obligación que se encuentra en vía ejecutiva en la actualidad por lo que es líquida, vencida y exigible por la adversa, si bien de la documentación acompañada se desprende la suspensión provisional de la reclamación, con dispensa de garantías y a instancias del hoy recurrente en nombre de sus hijas, en el expediente económico-administrativo correspondiente en virtud de acuerdo adoptado el 24 de febrero de 2010 por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Catalunya. Por ello el abono de la cantidad que finalmente resulte por este concepto corresponderá al hoy recurrente en cumplimiento de lo previsto en el título que se ejecuta, cuando sea requerido para ello por la oficina liquidadora de la Agencia Tributaria.

CUESTIONES PROCESALES

Se desestima la recusación del médico forense y de los miembros del equipo técnico, pues tan sólo se hace referencia a una falta de objetividad y no se basa en ninguna de las causas de recusación previstas en el artículo 219 de la LOPJ.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

De conformidad con lo prevenido en el artículo 99-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la recusación de los Peritos sólo procederá cuando concurra alguna de las causas señaladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial para la abstención y recusación de Jueces y Magistrados. Y añaden los artículos 125 LEC y 223 LOPJ que en el escrito proponiendo la recusación se expresará concreta y claramente la causa legal de la misma y los motivos en que se funde.

Y es lo cierto que en el caso, sobre estar representado fuera del término habilitado legalmente el escrito que propone la recusación de la Médico Forense y de las integrantes del Equipo Psico-social adscrito al Órgano *a quo*, tal

pretensión no se basa en ninguna de las causas expresamente contempladas en el artículo 219 LOPJ, haciendo tan sólo referencia, a tal fin, a una supuesta falta de objetividad de dichas Peritos, la que tan sólo existe en la visión parcial y radicalmente subjetiva del recusante, al no ser favorables los informes emitidos por aquéllas al planteamiento que, sobre custodia de la hija común, había realizado dicha parte en su escrito de contestación a la demanda.

Por ello, tampoco dicho motivo, del que derivaba la realización de un nuevo dictamen pericial en esta alzada, lo que fue rechazado por la Sala mediante Autos de 28 de marzo y 3 de mayo del corriente año, puede ser acogido por el Tribunal.

Se desestima la petición de nulidad de actuaciones al solicitarse veinte días después de que tuvo conocimiento de la falta de audio en la grabación.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

Declara el Tribunal Supremo que la congruencia de las sentencias se mide por la adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que los litigantes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera que no puede la decisión otorgar más de lo pedido en la demanda, ni menos de lo admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente y no pretendida, habiendo de producirse la adecuación exigida por el artículo 218 LEC entre el fallo y los suplicios de los escrito rectores del procedi-

miento, y no en relación a los razonamientos o fundamentaciones que se hagan en los mismos (Ss.11-7-1983, 27-4-1984, 7-7-1988, 9-6-1989, 5-11-1992 y 30-3-1999, entre otras muchas).

Dicha doctrina, tratándose del recurso de apelación, resulta de aplicación extensiva a los escritos formalizadores del mismo, de modo tal que la respuesta del tribunal *ad quem* queda necesariamente condicionada por los suplicios contenidos en los mismos, en tal modo que deben excluirse de una congruente decisión ju-

dicial aquellas cuestiones que, introducidas por el apelante en los alegatos evacuando el trámite del artículo 458 LEC, no tienen reflejo alguno en las peticiones contenidas en el suplico de dicho escrito.

Tales consideraciones bastarían, en el caso, para rechazar la primera de las cuestiones a las que hace referencia la dirección Letrada del demandado en las alegaciones de su escrito de 10 de diciembre de 2010, habida cuenta que las mismas no tienen reflejo ni repercusión alguna en la final postulación que se realiza a través de su suplico.

Pero aunque pudiera prescindirse de tal obstáculo procesal, lo que se admite a los solos efectos de la pura especulación dialéctico-jurídica, el citado motivo impugnatorio estaría necesariamente abocado a su rechazo por la Sala.

En efecto, los artículos 228 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 441 de la Ley Orgánica del Poder Judicial exigen que el incidente de nulidad de actuaciones se pida en el plazo de veinte días desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, y en el caso que examinamos el ahora apelante sobrepasó, en su planteamiento ante el Juzgado, dicho término temporal, pues aun en la hipótesis de que no hubiera

tomado efectivo conocimiento de la falta de audio de la grabación de la comparecencia llevada a efecto en fecha 23 de diciembre de 2008 hasta que le fue notificado el Auto del Juzgado de 2 de julio de 2010, el que se hace referencia a dicho fallo técnico, es lo cierto que no presenta la pretensión anulatoria hasta el 15 de septiembre de 2010, esto es una vez superado dicho ineludible lapso temporal.

En último término, la postulada anulación, que afectaría a la pieza de medidas provisionales, que no a la litis principal, se revela ajena a los más elementales principios de eficacia y economía procesales, al resultar inviable la exacta reproducción de lo acaecido en dicha comparecencia, máxime cuando ello quedó reflejado en las consideraciones contenidas en el Auto de medidas provisionales, en cuanto premisas de su parte dispositiva, en relación con el régimen de custodia allí acordado, lo que ha de ser valorado conjuntamente con el resultado de la prueba practicada en el procedimiento principal.

En consecuencia, no encontramos motivos hábiles en derecho que aboquen a la solución sanadora que, carente de su imprescindible postulación formal, expone dicho litigante a nuestra valoración.

La retractación o manifestación de voluntad posterior de uno de los esposos, desdiciéndose de su declaración de voluntad en que prestó su conformidad a la petición de divorcio de mutuo acuerdo y al convenio regulador presentados, ratificándolos, no puede tener efectos, lo que se manifiesta como exigencia de seguridad jurídica y prohibición de ir contra los propios actos, debiendo considerarse una manifestación de voluntad irrevocable.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Ana Delia Muñoz Jiménez

La sentencia dictada en primera instancia decretó el divorcio de las partes y estableció las medidas correspondientes, que habían sido establecidas en convenio regulador presentado junto con la demanda común y que había sido ratificado en presencia judicial con asistencia del secretario judicial.

La ratificación de dicho convenio se efectuó en fecha 15 de noviembre de 2010, manifestando ambos esposos por separado que conocían el escrito de petición de divorcio de su matrimonio así como el convenio regulador que lo acompañaba mostrándose conforme con el contenido de dichos documentos, decisión que adoptaban

libremente, sin haber sido condicionados por ninguna clase de violencia o coacción.

Estando el procedimiento en trámite de pase de copia de autos para informe del Ministerio Fiscal, por existir una hija menor del matrimonio, en fecha 29 de noviembre de 2010 se presentó escrito suscrito por la representación del Sr. Doroteo, asistido de distinto Letrado del que había firmado la demanda de divorcio común, solicitando que se le tuviere por desistido del procedimiento, acordando el archivo del mismo, sin condena en costas. De dicho escrito se dio traslado a la parte contraria, que se opuso al mismo.

Habiéndose emitido informe por el Ministerio Fiscal en fecha 9 de diciembre de 2010 no oponiéndose a la aprobación del convenio regulador y en fecha 2 de febrero de 2011 oponiéndose a que se dieran efectos al desistimiento unilateral, se dictó sentencia que estimó la demanda de divorcio presentada por la representación de los esposos y declaró el divorcio, estimando la propuesta de convenio regulador, sin pronunciarse sobre las costas.

La sentencia es recurrida en apelación por la representación del Sr. Doroteo que muestra su disconformidad con lo resuelto en la misma en cuanto declara el divorcio y aprueba el convenio regulador, pretendiendo que se anule la misma y que se acepte su desistimiento del procedimiento.

La cuestión que se planea es, pues, si debe darse efectos al desistimiento del procedimiento planteado por el Sr. Doroteo después de que ambos cónyuges hubiesen ratificado el convenio regulador que habían acompañado a la demanda de divorcio presentada por ellos que, en este caso, fue informada positivamente por el Ministerio Fiscal en los extremos referentes a la hija menor común.

El recurrente alega que ha utilizado el derecho que compete a cualquier interviniente en un procedimiento judicial a desistir del procedimiento en cualquier fase del mismo, indicando que así lo recoge el art. 751.2 LEC referido a los procesos de familia, que debe ser aplicado al caso. Este precepto no se ocupa de la cuestión que se plantea en el presente procedimiento,

ni sirve para basar la pretensión del recurrente, puesto que contiene una regulación especial, refiriéndose a un aspecto determinado del desistimiento en los procedimientos dirigido a proteger el interés de personas determinadas (menores, incapacitados, ausentes, etc.) en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, exigiendo que el Ministerio Fiscal muestre su conformidad al desistimiento para que éste surta efecto, con algunas excepciones, entre ellas los procesos de separación y divorcio. Pero que la regulación legal no exija la conformidad del Ministerio Fiscal para que el desistimiento pueda surtir efectos es cuestión ajena a la que nos ocupa, que es si debe tener efectos el desistimiento unilateral, tras la ratificación del convenio regulador.

De conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, la retractación o manifestación de voluntad posterior de uno de los esposos, desdiciéndose de su declaración de voluntad en que prestó su conformidad a la petición de divorcio de mutuo acuerdo y al convenio regulador presentados, ratificándolos, no puede tener efectos, lo que se manifiesta como exigencia de seguridad jurídica y de la prohibición de ir contra los propios actos, debiendo considerarse una manifestación de voluntad irrevocable.

En este sentido se pronuncia también la sentencia de la AP Barcelona de 3-12-1999, Sección 12, n.º recurso 479/1999, en doctrina que esta Sala hace suya, sentencia en la que, partiendo de la irrevocabilidad de la declaración de voluntad ratificadora del convenio regulador, considera que no procede siquiera la admisión del recurso de apelación en supuestos como el presente, de aprobación por la sentencia del convenio regulador puesto que el art. 777.8 segundo párrafo LEC, respecto de los procedimientos regulados en el art. 777 LEC (separación o divorcio de mutuo acuerdo), dispone «la sentencia o el auto que apruebe en su totalidad la propuesta de convenio sólo podrán ser recurridos, en interés de los hijos menores o incapacitados, por el Ministerio Fiscal». En la indicada sentencia se dice:

«La Disposición Adicional 6.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio regula un procedimiento sumario y especial, con características propias de la jurisdicción voluntaria, en el que no existe

la confrontación entre los litigantes, que no intervienen en calidad de partes en el sentido procesal del término en los litigios contenciosos, sino en calidad de solicitantes de un derecho postulado de consuno. La norma legal prevé, en garantía del ciudadano, que la solicitud inicial sobre la separación matrimonial, sea ratificada personalmente por cada uno de los cónyuges por separado, y en presencia judicial. La pretensión contenida en la demanda, ratificada en la forma prevista en la ley, constituye un acto propio que no admite la validez de una ulterior declaración de voluntad en sentido contrario, por las exigencias del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9 de la Constitución, como derecho fundamental y por la eficacia de las declaraciones de voluntad recepticias derivada del artículo 1255 del Código Civil. En materia

de estado civil, de orden público, no es posible que las declaraciones de voluntad, tanto si son expresadas en un expediente matrimonial, como en un expediente de reconocimiento de paternidad o de opción de nacionalidad, puedan ser revocadas por la sola voluntad en sentido contrario de quien emitió su declaración de forma solemne, principio que es de plena aplicación en los procesos de separación y divorcio consensuados».

Dado que la sentencia solo pudo ser recurrida por el Ministerio Fiscal en interés de la hija menor, conforme al precepto indicado, la consecuencia es la falta de legitimación del Sr. Doroteo para interponer el recurso de apelación, que no debió ser admitido y, concurriendo causa de inadmisión, en esta fase procesal debe convertirse en causa de desestimación.

Ni la prejudicialidad penal, ni la falsificación de una carta suscrita por un pariente de la demandada, que pudo incidir en el acuerdo que sirvió de base al convenio regulador, inciden en el objeto del proceso principal, que es el divorcio de los litigantes.

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 29 de septiembre de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Pascual Ortuño Muñoz

En cuanto a las pretensiones de la parte demandada de que se declare la nulidad de la sentencia por la prejudicialidad penal, por una parte, y civil, por la otra, que impidían la prosecución del curso del proceso de divorcio, es de considerar que la primera es definida legalmente como la concurrencia de una causa impeditiva del enjuiciamiento por la necesidad de que sean enjuiciados previamente los hechos de carácter delictivo que afectaran directamente al objeto del litigio civil de tal manera que hicieran imposible un pronunciamiento en este ámbito. En cuanto a la prejudicialidad civil, se define como la necesidad de resolver previamente a lo que es objeto del litigio, una cuestión que sea objeto principal de otro proceso pendiente

en el orden civil, cuya acumulación no proceda (artículos 40 y 43 de la LEC).

A la vista de lo actuado, ni la falsificación de una carta suscrita por un pariente de la demandada, que pudo incidir en el acuerdo que sirvió de base al convenio regulador de la separación de 10-1-2002, aprobado por sentencia firme de 13-06-1992, ni la solicitud formulada por el hijo, cuando tenía 16 años, expresando su deseo de ser emancipado, inciden en el objeto del proceso principal, que es el divorcio de los litigantes. La determinación de la magistrada de primera instancia de rechazar de plano tales pretensiones, ejercitadas con evidente ánimo dilatorio, se ha de ratificar por la Sala.

Es pronunciamiento jurisprudencial reiterado el que sostiene la imposibilidad de impugnar un recurso de apelación por parte del apelante principal al oponerse a la apelación de la parte contraria, salvo que se tratase de que no hubiese apelado inicialmente la Sentencia.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

No podemos entrar, por último, en el análisis de la impugnación formulada por el demandado al recurso de apelación interpuesto por la actora, ya que es pronunciamiento jurisprudencial reiterado el que sostiene la imposibilidad de impugnar un recurso de apelación por parte del apelante principal al oponerse a la apelación de la parte contraria, salvo que se tratase de litigante contra la que no se hubiera dirigido la apelación. En este sentido, se expresa, entre otras, la STS de 21 de noviembre de 2010, cuando afirma: «lo cierto es que la doctrina de esta Sala,

fijada a partir de las sentencias dictadas por el Pleno de sus magistrados el 13 y el 18 de enero de 2010 (recursos n.º 865 y 869/09 respectivamente), excluye la posibilidad de que una parte ya apelante pueda ampliar su apelación aprovechando su oposición a la apelación de la parte contraria, y únicamente permite tal ampliación en el caso de pluralidad de partes contrarias y formulación de apelación por la parte contra la que no se hubiera dirigido en principio el recurso de apelación que luego se pretenda ampliar mediante impugnación añadida».

No existe vicio procesal en la celebración del juicio. La parte actora pretendió en el mismo día la urgente suspensión, primero alegando la existencia de conversaciones entre las partes para alcanzar un acuerdo, y al desestimarse judicialmente dicha pretensión claramente dilatoria se presentó un segundo escrito alegando una cita médica que le impedía su asistencia a dicho acto.

AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Saturnino Regidor Martínez

Es preciso comenzar por reconocer en la doctrina del TC dos tipos o categorías de indefensión: De un lado, la indefensión formal, que consiste en lo que denomina la STC 127/1992, de 28 de septiembre «incorrecciones procesales puramente formales», para cuya constatación se requiere simplemente una mera labor de comparación entre las exigencias establecidas en la norma y las realmente cumplimentadas por el órgano jurisdiccional actuante. Evidentemente, se trata de infracciones de procedimiento. Pero al TC no le basta con que se hayan producido para anularles el efecto de nulidad de pleno derecho, sino que exige valorar la incidencia material que la misma

tiene sobre el derecho de defensa de las partes, y así entiende que no toda irregularidad procesal ostenta relevancia en sede constitucional, de forma que sólo aquellos defectos procesales o formales que produzcan el efecto de indefensión material, revestirán trascendencia constitucional susceptible de ser protegida en vía de amparo (STC 10/1993, de 18 de enero). Por eso, podemos afirmar que esta otra categoría de indefensión, la material, supone un plus añadido sobre la meramente formal, y por cuya incidencia sobre el derecho de defensa del afectado sólo ella tiene relevancia constitucional y, por ende, capacidad para provocar la anulación del acto de que se trate.

La primera conclusión que puede deducirse de todo lo anterior es que el concepto jurídico-constitucional de indefensión que maneja el art. 24 CE no tiene por qué coincidir enteramente con su acepción jurídico-procesal. Como ha afirmado el TC en sentencia 146/1988, de 14 de julio, no toda infracción de normas procesales alcanza, por sí sola, el rango de vulneración constitucional, ni la indefensión constitucionalmente relevante tiene que coincidir necesariamente con la indefensión jurídico-procesal. Muy al contrario, según ha declarado el TC, en el contexto del art. 24.1 CE, la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales (SSTC 116/1995, de 17 de julio y 237/2001, de 18 de diciembre, STC 59/2002, de 11 de marzo, Auto 159/2003, de 19 mayo, SSTC 43/1989, de 20 de febrero, 101/1990, de 4 de junio, 6/1992, de 16 de enero, 105/1995, de 3 de julio, 86/1997, de 22 de abril, 6/2003, de 20 de enero, 87/2003, de 19 de mayo), una mengua del derecho de intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto (STC 151/1996, de 30 de septiembre), o una negación de la posibilidad de interponer un recurso legalmente establecido sin justificación razonable (STC 145/1986, de 26 de noviembre). En definitiva, cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos o intereses legítimos (SSTC 48/1984, de 4 de abril, 70/1984; 155/1988, de 22 de julio, 58/1989, de 16 de marzo; 11 de junio y 153/1993, de 3 de mayo), o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (STC 48/1986, de 23 de abril).

Siendo esto así, no es de extrañar que el concepto de indefensión que ofrece el TC en su sentencia 145/1990, de 1 de octubre sólo abarque la vertiente material de la misma, y sólo,

por tanto, la que tiene alcance constitucional: «la indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y de demostrar en el proceso a los propios derechos, y en su manifestación más trascendente, es la situación en que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción» (STC 89/1986)».

Aplicando la anterior doctrina al caso de autos no podemos compartir el criterio de la apelante sobre la existencia de un vicio procesal en la celebración del juicio que conllevaría la nulidad del mismo. La parte actora pretendió el mismo día del juicio la urgente suspensión del mismo, primero alegando la existencia de conversaciones entre las partes para alcanzar un acuerdo, y al desestimarse judicialmente dicha pretensión claramente dilatoria, se presentó un segundo escrito alegando una cita médica que le impedía su asistencia a dicho acto.

La juez a quo, con acertado criterio, desestimó las pretensiones de suspensión y acordó la celebración del juicio, sin que tal decisión, que en modo alguno vulneró el art 188 de la IEC, ocasionase una indefensión injustificada para la hoy apelante, indefensión que en todo caso no estaría basada en ninguna infracción legal sino en la propia actitud negligente o dilatoria de dicha parte, dejando de asistir voluntariamente a un juicio con el deseo de lograr la suspensión del mismo.

En este sentido, tal y como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 03-03-2005, resulta incompatible la indefensión constitucionalmente relevante con la negligencia, pasividad o desinterés de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan. En la misma línea, la AP de Málaga, enseña en S. 07-10-2004 que «no puede pretender beneficiarse del planteamiento alegado quien ha demostrado una total pasividad y haber incurrido en una notoria falta de diligencia procesal y de colaboración con la Administración de Justicia, de lo que cabe extraer como exégesis en este apartado que si bien la Consti-

tución Española impone a Jueces y Tribunales el deber de promover la defensa, ello no les obliga a llevar indagaciones ajenas a su función, sobre todo cuando es manifiesto el nulo interés mostrado por la recurrente, siendo de perfecto alcance al caso el contenido de la sentencia 50/1991, de 11 de marzo de la Sala 2.^a del Tribunal Constitucional cuando en relación con el tema analizado afirma que «la indefensión derivada de la ausencia de contradicción y defensa de alguna de las partes en el proceso, que contradiga la actuación diligente exigible a las mismas, no puede encontrar protección en el artículo 24.1 de la Constitución Española cuando, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia constitucional, la parte que pudo defender sus derechos e intereses legítimos, a través de los medios que le ofrece el ordenamiento jurídico, no usó de ellos con

la pericia técnica suficiente, o cuando la parte que invoca la indefensión coopera con su conducta a su producción, ya que si la indefensión se debe a la inactividad o negligencia, por falta de diligencia exigible al lesionado, o se crea por la voluntaria actuación desacertada, equívoca o errónea de dicha parte, la indefensión resulta absolutamente irrelevante... porque al causante de ella le es imputable su presencia», doctrina ésta seguida en la misma línea por la Sala primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de Septiembre de 1992 afirmando que «no existe indefensión cuando la situación en la que pretende sustentarse ha sido provocada o permitida por quien la alega».

Por tales motivos el recurso planteado debe de ser desestimado.

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 reconversión.

AP Pontevedra, Sec. 3.^a, Sentencia de 22 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Romero Costas**

Se impugna la resolución de la instancia por la representación de la demandada suscitando la ausencia de respuesta en aquella a la petición aclaratoria de la contestación, planteada en la Vista, por la que se interesó y pidió que de acordarse la extinción de alguna de las pensiones alimenticias se procediera al incremento, en idéntica cuantía, de las pensiones alimenticias del resto de los hijos comunes. Ello supondría el incremento de las subsistentes, a favor de Doña Evangelina (menor de edad a quien no se le cuestionó su prestación) y D. Ezequiel (mayor de edad y convivente a quien se le mantuvo la reconocida en su momento que se pretendía extinguir), en la suma total de 90,15 euros, esto es en un 50% a cada uno de ellos. A tal pretensión se opuso la contraparte en el traslado conferido aduciendo inviabilidad procesal, por un lado, y, por otro, inexistencia de error valoratorio de la prueba o falta de respuesta en sentencia.

La cuestión de la viabilidad procesal de lo pretendido por la parte impugnante tiene distintos aspectos a analizar. Ha de recordarse que la demanda inicial se dirigió exclusivamente a la extinción de las pensiones alimenticias de los hijos mayores (Angélica y Ezequiel) no alcanzando a la menor (Evangelina), de este modo resulta llano que el objeto litigioso no se refería a cuestiones abordables de oficio o «ex lege», como lo serían los Alimentos de esa hija menor. No nos encontramos así ante lo prevenido en los arts. 91 y 93 del C. Civil, sino ante la petición de extinción del derecho alimenticio reconocido a los hijos Mayores (Angélica y Ezequiel), pedimento respecto del que rige el principio dispositivo o rogatorio, como se deriva de los términos de los arts. 748.4.º y 770.8.º de la LEC (SAP PO S. 6.^a 19-X-2006; AAP Madrid S. 22.^a 27-VII-09; ...), con lo que la consecuencia viene a ser que no cabe el pretender la introducción

de la pretensión aquí deducida por el cauce del art. 770.2 LEC/00. Dicho de otro modo, aunque pide la demandada el incremento del derecho de alimentos reconocido a su hija menor Evangelina, resulta que a ella no le alcanza al objeto de litis al serle ajena a la demanda inicial, por un lado, y, por otro, en cuanto a D. Ezequiel, siendo éste mayor de edad su derecho se rige por el principio dispositivo o de rogación de tal modo que aún otorgándosele legitimación a la madre, en razón de lo decidido antes (J. Separación de Mutuo Acuerdo n.º 293/01) y de lo prevenido en

el art. 93.2 C. Civil, lo que no resulta es un pronunciamiento de orden público o de oficio, haciéndose por ello necesaria una anterior petición expresa al respecto que habría de encauzarse por vía de reconvencción (arts. 406 y 770 LEC/00), al igual que en el caso de la pensión compensatoria, de tal modo que no habiéndose deducido ésta en su momento, expresa y separadamente al contestar, no resulta viable ni admisible su introducción ulterior en la vista, tal y como se hizo, excediendo de lo prevenido en los arts. 410, 412, y 426 LEC/00.

Se declara la nulidad de la sentencia al no haber motivado el juez de instancia la medida de atribución del uso de la vivienda familiar.

AP Alicante, Sec. 9.ª, Sentencia de 22 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Manuel Valero Díez**

La sentencia impugnada carece de un juicio de hecho suficiente que sirva de fundamento a la atribución del domicilio conyugal y ajuar doméstico, pues se limita a describir la situación en que se encuentran ambos litigantes, pero no extrae de ello ninguna consecuencia que justifique en este caso concreto cual es el interés más necesitado de protección, pues se limita a decir en su fundamento jurídico sexto: «Con todo lo expuesto solo queda por determinar quién de los dos es el interés más necesitado de protección de acuerdo con lo previsto en el artículo 96 del CC y haciendo constar que se atiende a dicho artículo y ello a pesar de que realmente la vivienda pertenecen en copropiedad a ambos cónyuges por lo que sin perjuicio de que en su día se liquide el régimen de gananciales y se acuerde en su caso la venta de la vivienda, en tanto ello no sucede se ha de determinar cuál de los dos ha de quedar con él uso de la mencionada vivienda sita en la ciudad de Elche, partida las Águilas, así como del ajuar doméstico».

La lectura de la resolución apelada no permite en absoluto conocer el proceso lógico-jurídico que condujo a la Juez de instancia a considerar que el interés familiar más necesitado de protección era el del demandado.

Resulta evidente que la simple remisión al precepto legal es, por sí sola, claramente insuficiente para servir de fundamento a la decisión adoptada. El precepto se limita a establecer las causas que pueden tenerse en cuenta para efectuar una determinada atribución del domicilio conyugal, pero esas causas deben probarse suficientemente por las partes, para que después, ya en la resolución definitiva y a la vista del material probatorio, el juzgador, reseñando expresamente las concretas circunstancias de hecho concurrentes en cada uno de los litigantes y haciendo constar el proceso lógico-jurídico de su decisión, determine en quien concurre ese interés más necesitado de protección. Lo contrario implica clara indefensión para la parte que no resulta favorecida por la decisión judicial, que ignora el motivo de la misma, viéndose imposibilitada para argumentar en condiciones mínimas su recurso en orden a impugnar un juicio de razonabilidad inexistente, debiendo, en el mejor de los casos, intentar adivinar el fundamento de la decisión y los hechos y las pruebas a los que el Juzgador dio preponderancia en detrimento de los demás.

La consecuencia que debe necesariamente derivarse de esa falta absoluta de motivación

es la nulidad de la sentencia y la reposición al momento anterior a dictarse, para que se resuelva la controversia con la motivación legalmente exigible.

Es cierto que el artículo 227 de la LEC impide decretar de oficio la nulidad de actuaciones como consecuencia de un recurso, pero este precepto, sobre el que por cierto pende una cuestión de inconstitucionalidad, ha sido interpretado por algunas audiencias considerando que cuando la nulidad es radical y proviene de un defecto que causa absoluta indefensión con directa vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, sí que es posible que el tribunal de apelación, que se ve imposibilitado de resolver con el imprescindible conocimiento de causa, cual aquí sucede dada la naturaleza de la vulneración de procesal que nos ocupa, pueda decretar la nulidad de actuaciones con reposición al momento de la vulneración. Otro caso paradigmático, aunque no se pida nulidad de actuaciones, es cuando la grabación videográfica no reúne los requisitos para su visionado en condiciones y la apelación depende de la revisión de las pruebas practicadas en la vista, al no tratarse de una cuestión puramente jurídica.

Por otra parte, en este caso sí que se denuncia en el primer motivo de recurso la falta de motivación de la sentencia apelada, con la consecuente infracción de normas procesales con infracción del 218.2 en relación con el artículo 459 de la LEC, y aunque formalmente no se pide la nulidad de actuaciones, hemos de entender que ello va implícito en la propia denuncia de ese primer motivo.

Otro escollo que podemos encontrar orden a declarar la nulidad de actuaciones es el

artículo 465.2 de la LEC, pero en estos casos de falta de motivación, ya la STS de 16 de diciembre de 2010 nos dice que «La estimación de los tres referidos motivos del recurso extraordinario por infracción procesal comporta la anulación de la sentencia recurrida, sin examinar ya el motivo restante ni el recurso de casación, y la reposición de las actuaciones para que el mismo tribunal vuelva a dictar sentencia, debidamente motivada, sobre el recurso de apelación de la demandada y quedando firme la desestimación del recurso de apelación de la parte actora por haberse aquietado ésta con la misma, ya que si bien la regla 7.ª de la D. Final 16.ª de la LEC parece imponer que sea esta Sala la que dicte nueva sentencia teniendo en cuenta lo alegado como fundamento del recurso de casación, sin embargo la total ausencia de consideraciones probatorias de la sentencia recurrida sobre la escritura pública de 22 de marzo de 2002 y sobre la actuación de D. Julián en las sociedades actora y demandada, omisión que tampoco puede suplirse suficientemente acudiendo a la sentencia de primera instancia por la poca relevancia que ésta atribuye a dicha actuación, aconsejan dicha reposición de actuaciones que cuenta en esta Sala con precedentes incluso en casos de sentencias debidamente motivadas pero que no entran en el fondo por apreciar prescripción o caducidad de la acción (así, SSTs 29-4-09 en rec. 325/06, del Pleno, y 7-10-09 en rec. 1207/05)».

En definitiva, la juzgadora de instancia en este caso no motiva su decisión de atribuir el domicilio conyugal y el ajuar doméstico al demandado, por lo que debe estimarse el recurso y declarar la nulidad de la sentencia apelada, para que dicte nueva sentencia debidamente motivada.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Se declara la nulidad de actuaciones por haberse despachado ejecución por impago del gasto extraordinario generado por la primera comunión de la hija, que no estaba incluido en el convenio regulador como tal.

AP Jaén, Sec. 3.ª, Auto de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús María Passolas Morales**

Interpone Recurso de Apelación el Sr. Procurador de los Tribunales D. José María Villanueva Fernández, en nombre y representación de D. Manuel, en sede a vulneración del art. 551.1 LEC, en relación con el art. 776.4.º de igual Ley, alegando nulidad conforme al art. 238 de la LOPJ, solicitando la revocación de la resolución recurrida con imposición de las costas a la parte ejecutante.

Por la Sra. Procuradora de los Tribunales D.ª Susana Prieto Meléndrez, actuando en nombre y representación de D.ª Marta, se formula oposición al recurso.

Pues bien, el art. 776 de la LEC en su redacción dada por Ley 13/2009, determina como especialidad 4.ª que «Cuando deban ser objeto de ejecución forzosa gastos extraordinarios, no expresamente previstos en las medidas definitivas o provisionales, deberá solicitarse previamente al despacho de ejecución la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario. Del escrito solicitando la declaración de gasto extraordinario se dará vista a la contraria y, en caso de oposición dentro de los cinco días siguientes, el Tribunal convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 440 y siguientes y que resolverá mediante auto».

En el caso que se examina la hoy apelada, con fecha 1 de julio de 2010, instó ante el Juzgado Decano de Linares, ejecución de Sentencia de Divorcio, concretada en reclamación de pensión alimenticia y gastos extraordinarios que afirma proceden de la Comunidad de la hija Lorena, no estando relacionado dicho gastos en la estipulación sexta del convenio regulador de sus relaciones futuras entre los que fueron cónyuges.

Con fecha 1 de septiembre de 2010, se dictó Auto por el Juzgado de Primera Instancia número tres de Linares, en cuya parte dispositiva se acordaba orden general de ejecución del título indicado a favor de la ejecutante Marta frente a Manuel, parte ejecutada, por las siguientes cantidades: 1.050 euros en concepto de pensiones debidas y actualizadas, correspondientes a los meses de marzo a junio de 2010 ambos incluidos, más 592 euros en concepto del 50% de los gastos extraordinarios relativos a la menor, más otros 234,54 euros presupuestados para intereses y costas.

El auto resolutorio de la oposición, estima parcialmente la oposición dejando sin efecto el auto de fecha 1 de septiembre de 2010 respecto de la cantidad de 592 euros y manteniendo su vigencia en cuanto al resto de la cantidad objeto de ejecución, dando traslado de la demanda ejecutiva al ejecutado para que en plazo de cinco días manifieste su conformidad o no de considerar como gastos extraordinarios los previstos en la demanda ejecutiva, quedando en suspenso la ejecución hasta el momento de la resolución sobre que ha de considerarse como gastos extraordinario.

Al respecto, en reiteradas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha declarado que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE comprende el derecho de acceso a la actividad jurisdiccional, y a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso, al tratarse de un derecho constitucional de configuración legal, su ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia

de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador, razón por la cual también se satisface el derecho a la tutela judicial efectiva cuando se obtiene una resolución que deja imprejuizada la acción o la pretensión ejercitada en el proceso, si está fundada en la falta de alguna requisito o presupuesto procesal legalmente establecido que impida entrar en el fondo del asunto (SSTC 69/1984, 6/1986, 100/1986, 55/1987, 57/1998, 124/1988, 42/1992, entre otras muchas).

Asimismo, puesto que el derecho a obtener una resolución de fondo que resuelva definitivamente el conflicto de interés que motiva el proceso, se erige en el contenido primordial del derecho a la tutela judicial efectiva, los órganos judiciales están constitucionalmente obligados a aplicar las normas que contienen los requisitos y presupuestos procesales teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos, evitando cualquier exceso formalista que los convierta en meros obstáculos procesales impeditivos de la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE, pero sin que, tampoco, el criterio antiformalista conduzca a prescindir de los requisitos establecidos por las leyes que ordenan el proceso y los recursos de garantía de los derechos de todas las partes (SSTC 17/1985, 157/1989, 64/1992).

Conforme con la anterior doctrina, el Tribunal Constitucional ha declarado también que los órganos judiciales deben llevar a cabo una adecuada ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes, guardando la debida proporcionalidad entre el defecto cometido y la sanción que debe acarrear, procurando siempre que sea posible la subsanación del defecto a fin de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial efectiva (arts. 11.3, 240.2, 242 y 243 LOPJ), (SSTC 163/1985, 117/1986, 140/1987, 5/1988, 39/1988, 57/1988, 164/1991). En dicha ponderación debe atender-

se a la entidad del defecto y a su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, y su trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, así como a la voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 41/1992, 64/1992, 331/1994, por todas). Además, debe tenerse en cuenta que el derecho de toda persona a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una primera decisión judicial, al ser un derecho que nace directamente de la Constitución y un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, la subsanación de los defectos o irregularidades procesales que eventualmente puedan presentarse en la demanda o en el procedimiento seguido en la instancia que puedan ser obstáculo de la decisión de fondo de la pretensión ejercitada en el proceso, debe estar presidida por el principio *pro actione* que debe actuar en esta fase con toda su intensidad (STC 37/1995, por todas).

En el caso que nos ocupa, no se cumplió en el art. 776.4 de la LEC, creándose efectiva indefensión, en cuanto se prescindió de las normas esenciales del procedimiento (art. 238.3.º LO 6/1985, de 1 de julio de 1985), despachándose ejecución sobre concepto no sometido a debate entre las partes, conforme a lo dispuesto en el art. 440 LEC, y sin que de otra parte pueda dividirse la causa en el sentido contrario a lo dispuesto por el legislador, despachándose ejecución sin la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales exigidos conforme al contenido del art. 551 LEC, lo que no es un mero formalismo cuyo incumplimiento puede ser amparado bajo el principio «*pro actione*» por afectar al fondo mismo del asunto, tanto en su naturaleza de gasto extraordinario o no, como a la posible cantidad por la que se despacha la ejecución, y de la que se deriva lo presupuestado para intereses y costas (art. 575 LEC). Por lo que habrá de estimarse el recurso.

Los gastos de comunidad extraordinarios, derramas, el impuesto de bienes inmuebles, el seguro de la vivienda y la tasa de basuras son conceptos que afectan a la propiedad del inmueble y, a falta de declaración expresa en la sentencia, se debe acudir a la fase de formación de inventario y liquidación de la sociedad legal de gananciales, por lo que quedan fuera de la ejecución de sentencia.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

La parte apelante, a través del escrito de interposición del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de instancia, y con revocación de la misma, ha solicitado que se despache ejecución por gastos de comunidad, impuestos de bienes inmuebles, seguro de vivienda y tasa de basura, en ejecución de la sentencia de separación de fecha 1 de julio de 2004.

La pretensión planteada por la parte apelante no puede tener favorable acogida por cuanto que no se ajusta a la ejecución de la sentencia dictada en su día, en sus propios términos, según determina el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues, en efecto, aun siendo cierto que la sentencia de separación establece que los gastos extraordinarios deben afrontarse al 50%, conviene recordar que no se ha hecho pronunciamiento alguno sobre gastos de comunidad, pues por otra parte, a mayor abundamiento, aquellos gastos de comunidad ordinarios son de cargo de quien usa y disfruta de la vivienda, ello en consonancia con la normativa que regula

el usufructo, sin posibilidad de reclamación, ni tan siquiera, en fase de liquidación de la sociedad legal de gananciales, y ello en aplicación de la reiterada doctrina y jurisprudencia de esta propia Sala.

Por lo demás, el resto de los conceptos tampoco se incluyen en el capítulo de gastos extraordinarios, pues los gastos de comunidad extraordinarios, derramas, el impuesto de bienes inmuebles, el seguro de la vivienda y la tasa de basuras son conceptos que afectan a la propiedad del inmueble, y a falta de declaración expresa en la sentencia, en orden al pago de las obligaciones que pesan sobre la propiedad, es lo cierto que se debe acudir a la fase de formación de inventario y liquidación de la sociedad legal de gananciales, en orden a la determinación de aquello que deba incluirse en la masa ganancial, como activo, pasivo, crédito, etc., de tal manera que, no ajustándose las peticiones planteadas a lo resuelto en la sentencia que se ejecuta, es lo procedente confirmar el auto hoy apelado.

Frente a la demanda ejecutiva interpuesta por la actora reclamando el pago de la pensión compensatoria opone el ejecutado tanto el impago de la pensión alimenticia, a que la misma viene obligada, como el de determinados gastos extraordinarios, pero no cabe la compensación entre estas pensiones al obedecer a conceptos totalmente distintos y percibidos por personas distintas.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Auto de 29 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España**

Además de lo ya manifestado en la resolución objeto del presente recurso cabe decir que frente

a la demanda ejecutiva interpuesta por la actora reclamando el pago de la pensión compensatoria

opone el ejecutado tanto el impago de la pensión alimenticia, a que la misma viene obligada, como el de determinados gastos extraordinarios, y, acerca de ello, debe decirse que, independientemente del confusionismo de la citada cláusula del convenio suscrito entre las partes, es lo cierto que jamás cabe la compensación entre la pensión alimenticia y la compensatoria, al obedecer a conceptos totalmente distintos, y

percibidos por personas distintas, lo que implica deban dilucidarse en procedimientos distintos y ejecutarse independientemente la una de la otra, sin mezcla ni confusión alguna, y menos aún con los llamados gastos extraordinarios, como pretende hacer el ejecutado hoy apelante, procediendo por ello la íntegra confirmación de la resolución de instancia con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

La expresión «una vez se obtenga el crédito hipotecario» debe ser interpretada en relación con el adverbio «inmediatamente» y no indica incertidumbre. El día del cumplimiento no está sometido pues a condición. La obligación contraída es una obligación a plazo pero se ha dejado la determinación del momento para su cumplimiento a la sola voluntad del deudor, lo que encuentra acomodo en el artículo 1128.2.º CC, por lo que procede fijar judicialmente la duración del plazo.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 29 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Myriam Sambola Cabrer**

El auto dictado en la instancia en sede de procedimiento de ejecución de título judicial es objeto de recurso por la parte ejecutada quien se opone reiterando en esta alzada y en primer lugar que la obligación contraída por el ejecutado es condicional, pues el pago de la cantidad convenida solo procederá cuando se obtenga el crédito hipotecario y al no haberse obtenido éste, la cantidad reclamada no está vencida ni es exigible por la adversa. En segundo lugar sostiene que el auto recurrido ha modificado la obligación homologada por la sentencia de 16 de diciembre de 2008 al establecer un plazo de cuatro meses para el cumplimiento de la obligación.

La sentencia de divorcio consensuado de fecha 16 de diciembre de 2008 aprueba la propuesta de convenio regulador de los efectos del divorcio acordada por las partes en fecha 30 de julio de 2008, y expresamente el pacto séptimo. En este y bajo la rúbrica «de la liquidación del régimen matrimonial», ambos cónyuges acuerdan extinguir el condominio sobre la vivienda familiar, adjudicándose el Sr. Teodulfo la plena titularidad de la vivienda y en compensación a esta adjudicación se obliga el Sr. Teodulfo a satisfacer la cantidad de 200.000 euros de la forma siguiente:

30.000 en el momento de la ratificación judicial del convenio y en cuanto a los 170.000 restantes «una vez se obtenga el crédito hipotecario, que se obliga a solicitar de inmediato y con posterioridad a la inscripción registral de la sentencia de divorcio en el Registro de la Propiedad».

El expresado pacto de 30 de julio de 2008 recoge el reconocimiento claro e inequívoco del Sr. Teodulfo de la existencia de una deuda previamente constituida, de modo que éste y desde ese momento se reconoce deudor, por lo que queda obligado a cumplir la obligación cuya deuda ha reconocido. La inscripción registral de la sentencia de divorcio en el Registro de la Propiedad al efecto de hacer efectiva la adjudicación de la vivienda familiar al ejecutado se verificó el 30 de abril de 2009 y a partir de ese momento el Sr. Teodulfo debía proceder a la obtención del crédito hipotecario en los términos convenidos. Como la resolución recurrida razona, constan documentadas tres solicitudes de préstamos por parte del ejecutado, pero no se acredita cual fue la documentación requerida por las entidades financieras para la viabilidad de la hipoteca y las acompañadas por el Sr. Teodulfo para su obtención. En consecuencia se

ignora cuáles fueron las concretas razones que explican la no obtención del crédito hasta la fecha, cuando la vivienda en cuestión, según obra en la documentación aportada al rollo, está valorada en más de un millón de euros. La expresión «una vez se obtenga el crédito hipotecario» debe ser interpretada en relación con el adverbio «inmediatamente» y no indica incertidumbre, pues el día de su cumplimiento necesariamente ha de venir, por la propia naturaleza y circunstancias de la obligación contraída y consistente en el pago a la Sra. Dulce de las cantidades expresadas por mor de la adjudicación de la vivienda familiar al Sr. Teodulfo. El día del cumplimiento no está sometido pues a condición.

La obligación contraída es una obligación a plazo pero se ha dejado la determinación del momento para su cumplimiento a la sola voluntad del deudor, lo que encuentra acomodo en el artículo 1128.2.º CC, por lo que procede fijar la duración del plazo al haber quedado éste a voluntad del deudor. Ello es así porque, como la resolución recurrida señala no puede quedar

el cumplimiento de la obligación al arbitrio de ninguna de las partes. Y en este caso la propia expresión «inmediatamente» unida al tiempo transcurrido desde la asunción de la deuda (30 de julio de 2008) y la fecha de la demanda de ejecución (3 de noviembre de 2009) llevan a entender extinguido el plazo para su cumplimiento y a declarar la existencia de una deuda líquida, vencida y exigible desde la fecha de la interposición de la demanda de ejecución por el acreedor, si bien y dado que el auto apelado ha fijado un plazo de cuatro meses, no recurrido por la ejecutante, deberá este respetarse.

El segundo motivo de recurso debe también decaer. El plazo de cuatro meses establecido en el auto apelado no supone una modificación del título que se ejecuta sino una integración de éste como ya ha quedado expuesto por lo que se da cumplimiento al fallo en sus propios términos y, en cualquier caso, resulta ser un pronunciamiento expresamente favorable al ejecutado por lo que éste carece de legitimación para recurrirlo. (artículos 18.2.º LOPJ y 456.1.º LEC).

Es aplicable el instituto del abuso de derecho del artículo 7.2 del Código Civil como forma de evitar la vía ejecutiva para reclamar pensiones compensatorias por quien manifiestamente convive maritalmente con tercera persona. Si tal circunstancia se aprecia en el proceso de ejecución, es factible el rechazo de que la vía ejecutiva siga adelante.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 27 de septiembre de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

La causa extintiva de la pensión compensatoria por desequilibrio económico, relativa a la convivencia marital de la beneficiaria de la prestación con tercera persona, contenida en el artículo 86.1.b) del Código de Familia de Cataluña, ha de ser esgrimida y apreciada o no en el cauce del proceso de modificación de medidas del artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Si bien ello es así es de considerar, tal como ha sentado doctrinalmente este Tribunal, que cabe en el proceso de ejecución de las sentencias matrimoniales de separación y divorcio, deducir el instituto del abuso de derecho del artículo 7.2 del Código Civil, como forma de

evitar la vía ejecutiva para reclamar pensiones compensatorias por quien manifiestamente convive maritalmente con tercera persona. Si tal circunstancia se aprecia en el proceso de ejecución, es factible el rechazo de que la vía ejecutiva siga adelante por el impago de las pensiones compensatorias, al deducirse la pretensión con manifiesto abuso de derecho, si bien dejando para el posterior proceso de modificación de medidas la declaración formal de la concurrencia de la causa extintiva de la pensión compensatoria, cuya declaración puede tener efecto retroactivo desde el momento de objetivarse la misma.

Al entenderlo así acertadamente la resolución apelada, que ha apreciado la concurrencia de una convivencia «more uxorio» de la ejecutada, semejante al matrimonio, tras la valoración

acertada de las pruebas practicadas, procede confirmar tal apreciación jurisdiccional con el efecto declarado.

Una modificación puntual del régimen de visitas a causa de la programación de un viaje no tiene su cauce adecuado por vía de ejecución de sentencia sino acudiendo a los trámites de la jurisdicción voluntaria.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 27 de septiembre de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Pascual Ortuño Muñoz

Se interpone el recurso por la representación del señor Amador con el único objeto de que se revoque el pronunciamiento del auto de 23.12.2009 por el que, estimando la oposición a la ejecución, se impusieron las costas a la parte ejecutante en aplicación de lo que establece el artículo 561 de la LEC.

La representación de la parte apelada y el Ministerio Fiscal solicitaron la confirmación de la resolución.

La pretensión revocatoria debe ser estimada. Es de destacar que el demandado en su escrito de 19-11-2009 no ejercitó ninguna pretensión susceptible de ser considerada ejecutiva. No pretendía la ejecución de ningún pronunciamiento del título judicial, sino que se limitó a solicitar del juzgado el cambio de unas fechas en el régimen de visitas por causa de la programación de un viaje en las fiestas de navidad del año 2009.

El auto de 3-12-2009 es ya nulo de pleno derecho, puesto que decreta una ejecución que nadie le ha solicitado. Evidentemente se incurrió en un error en la calificación jurídica de la pretensión del recurrente, puesto que si se hubiese analizado el título en virtud del cual se decía que se despachaba la ejecución hubiera quedado patente que no existía vinculación alguna entre lo solicitado y los pronunciamientos de la resolución que absurdamente se mandó ejecutar forzosamente.

La controversia que se presenta ante esta Sala se deriva de una serie de irregularidades en el tratamiento procesal del escrito del recurrente.

En consecuencia con lo anterior es de apreciar un defecto que acarrea la nulidad de todo lo actuado en el incidente de ejecución, y es de apreciar de oficio la concurrencia de la causa de nulidad de actuaciones del artículo 225.3.º de la LEC, por vulneración de las normas esenciales del procedimiento. Los efectos de la nulidad se extienden al incidente de oposición a la ejecución y, específicamente en cuanto constituye objeto de este recurso, a la condena en costas que establece el auto recurrido.

En el fondo de la cuestión subyace una laguna procesal, ya advertida por la doctrina desde los trabajos legislativos de la LEC 2000 y todavía no subsanada en el ámbito normativo, al no prever la ley un procedimiento específico para la resolución de estos conflictos derivados de puntuales diferencias o circunstancias imprevistas surgidas en la fase de ejecución de las sentencias de familia. Estas controversias puntuales y coyunturales en el ejercicio de la patria potestad y el desarrollo del régimen de visitas tienen el cauce procesal de la jurisdicción voluntaria, que prevé un procedimiento sucinto, flexible, dotado de la suficiente inmediatez para que realmente sea eficaz en cuanto al bien jurídico que se pretende. La Ley Orgánica 1/1996, de Protección del Menor, optó por este procedimiento ágil y flexible en el que los Tribunales han de velar porque queden garantizados los derechos del menor, junto con los de las partes a alegar, probar, y en su caso procurar un acuerdo conciliatorio puntual, manteniendo la regulación del artículo 1.827 de la LEC, cuya vigencia expresa-

mente establece la Disposición Final 18.^a de la LEC 1/2000. Los artículos 236-3, 236-11 y 236-13, del Libro II del Código Civil de Catalunya remiten la resolución de los desacuerdos a la autoridad judicial. Estos trámites se pueden seguir en proceso autónomo de jurisdicción voluntaria o en ejecución de sentencia, sin perjuicio de que las partes deban instar el correspon-

diente proceso modificatorio si los cambios en la regulación han de ser definitivos.

No procede retrotraer los efectos para que se prosiga el proceso por el cauce adecuado, puesto que la controversia a la que se refería el incidente, el cambio de unas fechas en el régimen de visitas de la navidad del año 2009, ya ha perdido su objeto.

La sentencia de divorcio únicamente contiene la declaración de extinción del matrimonio y no hace alusión a ninguna medida reguladora de los efectos, por lo que debe seguirse un incidente especial en ejecución para fijar las medidas reguladoras de los efectos que han de sustituir, tras el divorcio, a las que fueron adoptadas en la sentencia de separación.

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Auto de 21 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Pascual Ortuño Muñoz**

La cuestión que debe decidirse en la alzada, que ha sido introducida mediante el recurso de apelación contra el auto que ha decretado la nulidad del despacho de la ejecución por falta de competencia funcional del juzgado «a quo», tiene los siguientes antecedentes:

La representación de la parte actora en este proceso solicitó mediante escrito de 21 de septiembre de 2009 la ejecución forzosa de la sentencia dictada en el proceso de divorcio (autos 1.442/2005 del mismo juzgado), contrayendo su pretensión al impago de determinadas cantidades que alegó que le eran adeudadas por el demandado en concepto de alimentos y pensión compensatoria, así como la reivindicación del uso del que fuera domicilio familiar.

Mediante Auto de fecha 29-11-2009 el Juzgado despachó la ejecución en los mismos términos solicitados por la ejecutante.

La parte demandada se opuso a la ejecución demandada alegando que las medidas que han sido objeto de la ejecución acordada no se corresponden con ninguno de los pronunciamientos de la sentencia que se ejecuta. Sostiene que la sentencia de divorcio de 18.9.2006 únicamente contiene la declaración de divorcio, y no hace alusión a ninguna medida reguladora de los efectos. En el proceso en el que se dictó

la sentencia de divorcio la demandada (y hoy ejecutante), no compareció, a pesar de haber sido emplazada en legal forma y fue declarada en rebeldía procesal.

A la vista de lo alegado en el escrito de oposición a la ejecución, el Juzgado de primera instancia decretó la nulidad del auto que despachó la ejecución, al considerar que no era competente por haber sido acordadas las medidas por otro juzgado, en un proceso de separación anterior, y dejó sin efecto la ejecución.

SEGUNDO. Contra la resolución que puso fin al proceso en la instancia se alza la parte ejecutante. Alega que, aun cuando es cierto que la sentencia de divorcio no contiene expresamente medidas reguladoras de los efectos del pronunciamiento sobre el estado civil, implícitamente ha de entenderse que mantiene las mismas medidas que se establecieron en la sentencia anterior, de separación matrimonial, dictada por el juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Sabadell, que no se han modificado y que, por lo tanto, mantienen sus efectos tras el divorcio.

Sostiene que, toda vez que el artículo 91 del Código Civil impone al juez que en las sentencias de separación y divorcio determine las medidas reguladoras de los efectos que han de sustituir a las adoptadas anteriormente, el hecho de que no existiera pronunciamiento sobre las

mismas debe ser entendido en el sentido de que se ratificaron y mantuvieron las anteriores medidas, por ser materia de orden público.

En defensa de su tesis argumenta, además, que el propio demandado lo ha entendido así, puesto que con posterioridad a que fuese dictada la sentencia de divorcio ha seguido cumpliendo parcialmente las medidas que se acordaron en la separación y que, incluso, en una ejecución anterior despachada el 5 de junio de 2008 por este mismo juzgado, procedió a cumplir lo que se le ordenó sin formular oposición, como ha hecho en el presente incidente.

La controversia que se presenta ante esta Sala se deriva de una serie de irregularidades en el tracto procesal, sin cuya concurrencia no se hubiera podido producir una sentencia en un proceso de divorcio con hijas menores en el que no intervino el Ministerio Fiscal, en el que no se practicó la exploración de las hijas menores, y en cuya resolución no se adoptaron expresamente las medidas reguladoras de los efectos del divorcio.

La circunstancia de que la hoy actora y parte apelada, incumpliendo la obligación de defensa de los intereses de sus hijas menores, no compareciese en el proceso de divorcio y fuese declarada en rebeldía, no eximía al juzgado de realizar las actuaciones necesarias previstas en el artículo 774 LEC para poder establecer (ratificando o modificando las anteriores), las medidas definitivas reguladoras de los efectos que habrían de sustituir a las que fueron acordadas con la separación que, por ministerio de la ley, quedaban sin efecto con la declaración de divorcio.

Con este vacío de regulación se ha generado una problemática que se habría evitado si se hubiesen fijado las medidas definitivas en la

sentencia de divorcio o en ejecución de las mismas, como prevé el artículo 91 del Código Civil, que es norma de carácter general, por su carácter procesal, aplicable por tanto en Catalunya, con el contenido de la ley catalana.

En consecuencia con lo anterior es de apreciar un defecto que acarrea la anulabilidad de lo actuado en el incidente de ejecución, aun cuando tal declaración no puede extenderse a las anteriores actuaciones ni a la propia sentencia de divorcio, puesto que ninguna de las partes lo solicitó en término legal y debe regir la doctrina de la conservación de los actos que establece el artículo 230 LEC.

En este sentido este tribunal aprecia de oficio la concurrencia de la causa de nulidad de actuaciones del artículo 225.3.º de la LEC, y procede decretar la nulidad del auto despachando ejecución por vulneración de las normas esenciales del procedimiento, mas no en el sentido al que se refiere la resolución recurrida, sino retrotrayendo las actuaciones al momento del dictado del auto de ejecución, y disponiendo, en su lugar, la prosecución de un incidente especial en ejecución para fijar las medidas reguladoras de los efectos que han de sustituir, tras el divorcio, a las que fueron adoptadas en la sentencia de separación.

En efecto, no cabe la subsanación de oficio en la alzada, puesto que para fijar las medidas en el trámite de ejecución al que se refiere el artículo 91 del Código Civil, se ha de dar oportunidad a las partes de alegar las circunstancias que concurren y de probar las mismas, en caso de que no hubiera acuerdo, conforme a las reglas de las modificaciones de medidas y los trámites previstos en el artículo 770 de la LEC al que se remite el artículo 775.2 del referido texto procesal.

REGÍMENES ECONÓMICOS

El vehículo se adquirió con el dinero que percibió el esposo en concepto de indemnización por incapacidad temporal y secuelas, y por tanto tiene carácter privativo.

AP A Coruña, Sec. 3.^a, 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María Josefa Ruiz Tovar**

Excluido el vehículo Toyota del inventario por considerarlo la sentencia apelada privativo, se invoca por el demandado recurrente que en la diligencia de inventario no puede cambiarse la naturaleza jurídica del bien. Sin embargo partiéndose de la regulación establecida en la LEC, a la vista de los términos del art. 808 de la LEC, donde a la «solicitud» de inventario debe acompañarse una «propuesta», convocándose a las partes para la formación de inventario, cuyo sentido obvio no puede ser otro de que las partes lleguen a un acuerdo, la tesis del recurrente no se mantiene. En tal diligencia las partes pueden llegar a un acuerdo sobre todos los extremos debatidos, incluida la naturaleza jurídica de un bien como privativo o como ganancial. Es más, en puridad tal diligencia a fin de evitar confusio-nismo debería pormenorizar los puntos en que hay acuerdo, y en los que existe desacuerdo.

Por ello, si bien la propuesta de la actora sostenía la naturaleza ganancial de tal vehículo, a la vista de la propuesta de la demandada que sostenía también el carácter de ganancial del Toyota, pero a su vez incluía en el pasivo un crédito a favor del esposo actualizado por la cantidad de 26.724,80 euros de un juicio de faltas (indemnización concedida por incapacidad y secuelas) se sostuvo en contra del inicial criterio que el Toyota era privativo, pues el dinero de esa

indemnización sin duda privativa, se utilizó en comprar el Toyota.

La prueba articulada conduce a mantener la valoración probatoria de la Juez de instancia, a la primera pregunta formulada por la actora al demandado se respondió que el Toyota se compró «con el dinero de un accidente que tuve», solo a preguntas de su Letrado se contestó «e de más cartos que había na casa». Desde luego como la indemnización fue privativa (art. 1346,5 del CC), hubiera correspondido dada la proximidad de fechas y la admisión de tal hecho por el demandado, acreditar que parte se adquirió con dinero «da casa», en cuyo supuesto estaríamos ante el caso previsto en el art. 1344 del CC —parte ganancial y parte privativo, con un proindiviso de la sociedad legal de gananciales y del cónyuge que dio dinero privativo en la proporción correspondiente—.

No fueron estos los términos del debate, un cónyuge sostiene el carácter privativo y otro el carácter de ganancial, siendo intrascendente la titularidad administrativa probada la procedencia del dinero.

No estamos ante el supuesto del art. 1355 del CC, pues no existe acuerdo de atribuir la condición de ganancial al bien adquirido a título oneroso.

Acreditado que el inmueble se adquirió por contrato privado por el padre del esposo, la circunstancia de que se otorgase la escritura pública constante el matrimonio y a favor del esposo no convierte el bien en ganancial.

AP Granada, Sec. 5.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Maldonado Martínez**

En el presente litigio instado por la Sra. Rosa frente a quien fue su esposo Sr. Carmelo para la liquidación de la sociedad de gananciales que rigió entre los mismos desde el 25 de julio de 1992 hasta la sentencia de separación de 22 de septiembre de 1994, se suscitó contienda sobre el único bien del inventario efectuado por la actora en su demanda, finca urbana sita en calle (...) de Valderrubio perteneciente al municipio de Pinos Puente (Granada), finca que aparecía inscrita en el Registro de la Propiedad como ganancial por constar en la escritura pública de compraventa de 29 de octubre de 1992, otorgada entre el vendedor Sr. Porfirio y el demandado Sr. Carmelo, que éste la adquiría para su sociedad conyugal, lo que, según el demandado, no era cierto pues la realidad es que la finca fue adquirida en documento privado por su padre Sr. Pedro Jesús por precio de 5.500.000 pesetas el 3 de septiembre de 1992, pagando en efectivo la suma de dos millones de pesetas y concertando un préstamo con un tercero el 30 de noviembre de dicho año por la suma de cuatro millones de pesetas, para satisfacer el resto aplazado y los gastos de la transmisión, si bien la escritura pública se otorgó a favor del hijo, como ya se había hecho con sus otros hijos, por lo que entendía que tal finca tenía carácter privativo.

La sentencia de instancia consideró acreditado el carácter privativo de la finca en cuestión, por lo que rechazó la formación de inventario pretendida, pues no se habían acreditado que existieran bienes gananciales, decisión frente a la que se alza la parte actora quien insiste en el carácter ganancial de la referida finca.

Como señalaban las sentencias de esta Sala de 18 de mayo de 2007 y 22 de diciembre de 2010, al estar regido nuestro sistema procesal por el principio de libre apreciación y valoración de la prueba, el Juzgador puede acudir para esta-

blecer la base fáctica de su fallo a unos determinados medios de prueba con preferencia a otros sin que ello suponga infracción alguna, y así la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Mayo de 1.993, afirma que «la valoración probatoria del Tribunal *a quo* no está sujeta a exigencias normativas de tener que prestar ni mayor, ni menor, ni igual atención y consideración a determinados medios de prueba».

Señalaba esta Sala asimismo en sentencia de 24 de marzo de 2006 que ciertamente el documento público hace prueba «contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros», según dispone el artículo 1.218 párrafo segundo del código civil, pero de igual forma hay que indicar que la jurisprudencia tiene dicho reiteradamente que las declaraciones que hagan los contratantes en los documentos públicos tienen un mero valor presuntivo, pudiendo ser desvirtuadas mediante la prueba en contrario (STS de 13 de febrero de 1958, 15 de marzo de 1969, 8 de mayo de 1973, 10 de octubre de 1988 y 12 de febrero de 1991).

A la vista de lo expuesto no hay error en la apreciación conjunta de la prueba que ha hecho el Juzgador de instancia, cuando ha considerado que las pruebas documentales privadas y las testificales en unión de la prueba pericial caligráfica que acredita la certeza de las firmas que existen en dichos documentos privados, han desvirtuado la presunción derivada de la declaración efectuada por el demandado en escritura pública respecto a que la adquisición de la finca litigiosa se hacía para su sociedad de gananciales, de modo que, desvirtuada la presunción documental, queda asimismo desvirtuada la presunción de ganancialidad del art. 1361 del código civil.

Por lo demás, aunque los cónyuges pueden atribuir la condición de gananciales a bienes adquiridos a título oneroso por uno de ellos, cualquiera que fuese la procedencia del precio o contraprestación, según dispone el art. 1355 del código civil, no se ha acreditado que existiera pacto alguno entre los cónyuges atribuyéndole a dicho bien el carácter ganancial, ni al momento de adquirirlo —es significativo que al otorgamiento de la escritura no concurriera la esposa—, ni tampoco con posterioridad a virtud del principio de libertad de pactos que consagra el artículo 1323 del citado código.

En definitiva se trata de un supuesto que encaja en el art. 1361 del código civil, esto es, se trata de un bien «presuntivamente ganancial», porque el documento publico de adquisición se otorgó constante matrimonio, aunque dicha presunción legal, por ser de naturaleza «*iuris tantum*», puede ser destruida mediante la prueba en contrario, y si bien la jurisprudencia señala que es necesario una prueba cumplida, satisfactoria y convincente (Sentencia de 28 de octubre de 1965, 10 de noviembre de 1986 y 10 de marzo de 1997 y las que en esta se citan) de que se trata de un bien privativo, excluyéndose los meros indicios o las simples conjeturas (Sentencia de 20 de junio de 1995) y debiendo resolverse las situaciones dudosas a favor de la naturaleza ganancial de los bienes (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 1915, 15 de ju-

lio de 1935, y 24 de julio de 1996), existe prueba clara y convincente de que el bien se adquirió originariamente por el padre del hoy demandado y fue pagado por aquel, con la intención de transmitirlo a su hijo, lo que justifica el otorgamiento de la escritura publica de compraventa entre el vendedor y el hoy demandado, por lo que no tiene naturaleza ganancial, debiendo quedar excluido del inventario.

La naturaleza del negocio existente entre padre e hijo no necesariamente ha de considerarse como una donación del inmueble, pues no consta que se hubiere efectuado la entrega de la vivienda al concertarse la venta en documento privado —folio 36—, y cabe considerar también una posible cesión de contrato —asumida por el vendedor— con una simultánea donación al hijo del precio ya pagado y una asunción por el progenitor de la deuda pendiente, cuestión, por otra parte, indiferente a los efectos de este litigio, pues lo decisivo a efectos del pleito es determinar el carácter ganancial o privativo del bien en cuestión, lo que debe decidirse a favor del carácter privativo de dicho bien, no solo porque no se ha acreditado que se adquiriese con dinero ganancial, ni que hubiese voluntad concorde de los cónyuges de atribuirle tal carácter, sino porque consta prueba suficiente para desvirtuar la presunción de ganancialidad del art. 1361 del código civil, por lo que la sentencia debe ser confirmada y desestimado el recurso.

La liquidación del régimen económico matrimonial debe partir del inventario efectuado previamente, sin poder incluir ninguna partida nueva y sin perjuicio de que si se hubiere producido la omisión de algún bien o derecho pueda ser objeto de un complemento o adición a la partición siguiendo el mismo procedimiento, evitando así la indefensión.

AP Granada, Sec. 5.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Maldonado Martínez

La primera cuestión se refiere al IBI pagado por el actor Sr. Ginés por los años 2.001 y ss. incluidos en la cuenta partición, de lo que discrepa la apelante, dado que en el inventario practicado y declarado así por sentencia de 31 de mayo de 2007, únicamente se incluía en el inventario el

IBI del año 2.000, pero no los de los años posteriores, los cuales también han sido incluidos en la cuenta partición.

Esta argumentación debe ser acogida en la medida en que la liquidación del régimen económico matrimonial debe partir del inventario

efectuado previamente, sin poder incluir ninguna partida nueva y sin perjuicio de que si se hubiere producido la omisión de algún bien o derecho pueda ser objeto de un complemento o adición a la partición según dispone el art. 1.079

del código civil, bajo el mismo procedimiento evitando así la indefensión, y así se desprende del espíritu del art. 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Actualización de los créditos conforme al IPC, indicador que determina la inflación producida y la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, de modo que su aplicación equilibra el valor nominal, equiparando al tiempo de la actualización el poder adquisitivo.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Maldonado Martínez**

La segunda cuestión se refiere a la actualización de un crédito reconocido a favor de la recurrente, manifestando su discrepancia con la efectuada en el cuaderno particional, afirmando que no debe hacerse dicha actualización conforme al IPC, que es el criterio utilizado por el contador, sino conforme al interés legal del dinero. Esta argumentación sin embargo, no se adecua a lo dispuesto en el código civil, que regula tales actualizaciones en diversos preceptos —arts. 1358, 1373, 1397 y 1398— considerándose que tales partidas deben ser conside-

radas como una deuda de valor y cuyo criterio ya había sido recogido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la sentencia de 27 de febrero de 1945. Por tanto efectuada la actualización conforme al IPC, indicador que determina la inflación producida y la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, de modo que su aplicación equilibra el valor nominal equiparando al tiempo de la actualización el poder adquisitivo del nominal de la obligación, nada hay que corregir, debiendo estarse a lo señalado por el contador.

Se desestiman las demandas en las que los cónyuges se reclamaban entre sí cantidades por la disposición de bienes comunes, ya que estas cuestiones deben resolverse en el marco de la liquidación de la sociedad de gananciales.

AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jacinto José Pérez Benítez**

Es objeto de recurso la sentencia dictada en primera instancia que desestimó la demanda formulada por Don Felicísimo contra quien fue su esposa, Doña Estefanía y el hijo de ambos, Don Hipólito. Interesa reseñar con algún detalle los antecedentes de hecho del litigio, que —puede ya adelantarse—, resultaban discordantes con las pretensiones que se actuaban en el proceso.

En la tesis demandante los hechos relevantes comienzan el 19-5-2000, fecha en la que el actor abandonó el domicilio familiar por una fuerte disputa entre los cónyuges. Días después, el 22-5-2000, el Sr. Felicísimo presentó demanda de separación contra su esposa, quien hizo lo propio, siguiéndose el correspondiente proceso en los juzgados de Cambados.

Según el demandante, la sociedad de ganancias —todavía hoy sin liquidar, circunstancia que determinará el contenido de la presente resolución—, incluía en su activo dos fincas, sobre las que se hallaban construidas, según el actor, sendas edificaciones. Se trata de dos fincas inscritas en el Registro de la Propiedad de Cambados, denominadas ambas «...», una con una extensión de 4 áreas y 19 centiáreas, y la otra con una superficie escriturada de 2 áreas y 10 centiáreas.

Sucedió que el esposo, que realizaba por motivos profesionales frecuentes estancias en el extranjero, había otorgado a favor de la esposa, con fecha de 18-3-1991 un poder general que facultaba a ésta para realizar en su nombre actos de disposición y administración del patrimonio común. El poder fue revocado expresamente el 20-6-2000.

Utilizando el poder, la esposa vendió las fincas y sus edificaciones al hijo del matrimonio, el día 29-5-00 por el precio de 800.000 pesetas cada una de ellas.

En la tesis del demandante el contrato de compraventa de las fincas al hijo era un contrato simulado (afirmación que, como se verá, adolece de una gran dosis de imprecisión); seguidamente, el hijo vendió las fincas a la entidad COMPROCAEIRA, obteniendo como precio una suma de dinero y diversos inmuebles (un piso y dos apartamentos en una futura edificación), por un total de 32 millones de pesetas. Se añadía en la demanda que dicho piso «en realidad le pertenece a la acusada (sic) y forma parte de la simulación no poner a su nombre propiedad alguna sino a nombre del hijo...».

Con base en estos antecedentes, que hacían pensar en el ejercicio de una pretensión declarativa de la ineficacia de los contratos, la parte demandante solicitaba lo siguiente:

«1.º Indemnizar a mi mandante en 20.040,48 euros (la mitad del importe percibido en metálico por la venta) y sus intereses legales desde que se recibió dicho dinero (18-9-2001). Y se les condene a su abono.

2.º Se declare que mi mandante es propietario de la mitad indivisa de la vivienda sita en la calle (...), vivienda (...) (...), finca registral n.º

(...), de Sanxenxo, y sus anexos y en consecuencia se ordene la cancelación de las anotaciones registrales que contradigan lo anterior así como la entrega de la posesión de dicho inmueble.

3.º Indemnizar a mi mandante a razón de 150 euros mensuales desde la adquisición de la citada vivienda de la (...) hasta que se resuelva definitivamente en el presente proceso y se le entregue la posesión de la vivienda, ello en atención a los daños y perjuicios causados por la imposibilidad de uso de un bien de su pertenencia (la mitad del valor estimado medio que se obtendría por el alquiler de la vivienda), como por el lucro cesante del actor, y enriquecimiento injusto de los demandados durante todo este tiempo. Y se les condene a su abono.

4.º Se declare que el demandante es propietario de la mitad indivisa de los apartamentos y/o pisos (y en su caso cualquier otra clase de local), y sus anexos que se realizarán y entregarán a los demandados en la futura edificación a construir por Comprocaeira SL, u otra sociedad en la finca que en su día fue ganancial, y en consecuencia se ordene la cancelación de las anotaciones registrales que contradigan lo anterior así como la entrega de la posesión de dichos inmuebles.

Subsidiariamente, se les condene a indemnizar al demandante en el valor económico de tales propiedades en el supuesto de que se hubiera variado el contenido del acuerdo con la constructora o en el supuesto de que resulte imposible el cumplimiento de la entrega en especie por cualquier razón.

5.º Todo ello con imposición de las costas procesales a los demandados pues es de hacer en justicia.

Estas pretensiones se sustentaban, en derecho, en la cita del art. 1344 del Código Civil, en la aplicación «analógica» de las normas del mandato y en una referencia genérica a los preceptos sobre el cumplimiento de las obligaciones y al art. 1902 sustantivo.

Frente a la posición demandante, los demandados comenzaron su escrito de contestación rechazando la identificación de la cosa vendida. En la tesis demandada, las fincas vendidas al hijo no fueron las descritas en la de-

manda, sino dos fincas adquiridas por la esposa constante el matrimonio, el 3-12-1996, con la misma denominación pero de superficie diferente; las fincas eran colindantes y sobre ambas se erigía una única edificación. La demanda relataba que las fincas fueron vendidas al hijo por el precio cierto de 800.000 pesetas y que luego fueron revendidas por éste a COMPROCAEIRA, S.L., entidad que, posteriormente, compró otras fincas privativas de la demandada. A partir de este relato, los demandados se allanaron parcialmente a la entrega del cincuenta por ciento de la cantidad obtenida en concepto de precio y a su importe actualizado, justificando la falta de su entrega por el hecho de que todavía no se había llevado a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales.

Seguidamente y sobre ello, se articuló por los codemandados la pretensión reconvenzional, con base en la afirmación de que la Sra. Estefanía era titular de un crédito frente a la sociedad de gananciales por cantidades anticipadas por aquélla para la amortización de un préstamo ganancial, concedido por la entidad CAIXANO-VA, por importe de 9.114,48 euros.

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda y —en resolución separada—, también la reconvección. La sentencia parte de la consideración como hechos probados de los relativos a la venta de las fincas en las fechas a que se ha hecho mención, precisando —de conformidad con lo sostenido en el escrito de contestación— que las fincas vendidas por la codemandada a su hijo fueron las que dicho escrito menciona y que el resto se trataba de fincas propiedad privativa de Doña Estefanía. La sentencia parte de la declaración de eficacia del contrato de compraventa a favor del hijo, al haber sido celebrado vigente el poder de representación otorgado por el esposo y tras citar los arts. 1390 y 1391 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, considera probado que el contrato de compraventa fue celebrado por la esposa de forma fraudulenta (como lo prueba el hecho de haberse reconocido un precio sensiblemente inferior al valor real de las fincas) y afirma que, en consecuencia, debería incluirse en el activo ganancial el valor actualizado de las fincas; en este punto del razonamiento la sentencia considera que dicho pronunciamiento tan sólo puede alcanzarse

en el seno del proceso especial de división de la sociedad de gananciales, por lo que desestima la pretensión. Finalmente, la sentencia dedica su fundamento jurídico cuarto a desestimar la alegación del demandante relativa a la existencia de un negocio jurídico simulado.

La juez de primer grado complementó la sentencia con un auto en el que desestimaba la pretensión reconvenzional. Tras declarar probado el pago por la reconviniente de la suma de 9.114,48 euros, considera la juez que no quedó acreditado en el proceso que dicho pago lo fuera para extinguir el préstamo a que la reconvección se refiere, sin que constara tampoco que dicho préstamo supusiera la existencia de una deuda de la sociedad de gananciales.

Contra dicho pronunciamiento se alzan ambas partes litigantes. La representación del Sr. Felicísimo reitera los mismos hechos que sirvieron de base al escrito rector, a los que añade la afirmación de que el pronunciamiento que se pretende no puede alcanzarse en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, puesto que se exige la declaración de mala fe de la esposa y la llamada al proceso del codemandado, hijo de los litigantes, que nunca podría ser parte en el proceso de división del patrimonio común. El recurso insiste en el valor de los hechos declarados probados en el previo proceso penal en el que fueron absueltos los demandados; se rechaza la valoración de los bienes ofrecida por el perito.

El recurso de apelación deducido por los demandados interesa la revocación del pronunciamiento sobre costas alcanzado en la instancia, pues, pese a la desestimación íntegra de la demanda, no fueron impuestas al actor, así como del pronunciamiento que condenó a los reconvinientes a soportar las costas de la reconvección; del mismo modo, se interesa la estimación de ésta, imputando a la juez de primer grado haber errado en el proceso de valoración de la prueba.

Sobre la influencia del pronunciamiento alcanzado por la justicia penal.

Insisten ambas partes en fundamentar sus argumentos fácticos sobre la base de los hechos supuestamente declarados probados en la sentencia penal dictada en el procedimiento abre-

viado 115/2002, dictada el 26 de abril de 2005 por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de esta ciudad. Se dice «supuestamente» porque ambas partes extractan diversos razonamientos de evidente carácter obiter dicta que no se incluyen en la resultante probatoria de la sentencia penal.

Sobre la cuestión de la influencia del pronunciamiento penal absolutorio en el proceso civil hemos afirmado con anterioridad que con carácter general puede sostenerse que las sentencias penales absolutorias no vinculan al juez civil, a salvo del supuesto especial previsto en el art. 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando el juez penal declare la inexistencia del hecho, según viene repitiendo desde hace años el TS (cfr. sentencias de 15 de junio de 1981 y 13 de mayo y 19 de octubre de 1990, a las que pueden añadirse las más recientes de 20-2-2008, 30-10-2009, o la de 31-5-2011, la cual sostiene que:

«Sobre la vinculación de los órganos jurisdiccionales civiles a las sentencias recaídas en un proceso penal previo, existe consolidada jurisprudencia de esta Sala recogida, entre otras, en las SSTs de 16 de octubre de 2000, 27 de mayo 2003, 17 de mayo de 2004, 11 de septiembre de 2007 (RC n.º 3409/2000) y 13 de septiembre de 2007 (RC n.º 3814/2000), conforme a la cual, tratándose de sentencias penales absolutorias, no existe otra vinculación para el juez civil que la declaración de no haber existido el hecho de que la acción civil hubiera podido nacer, y fuera de este supuesto cabe plantear la demanda, cuya respuesta judicial mediante sentencia, debe fijar los hechos en relación al material probatorio obrante en el pleito. La inexistencia de conducta punible no excluye necesariamente la realidad de un ilícito civil, siempre que resulte demostrado, pues el artículo 116 LECrim (LA LEY 1/1882) se limita a establecer que si la sentencia penal resulta absolutoria por declarar que el hecho que fue objeto del enjuiciamiento criminal no existió, esta declaración, una vez que adquiere firmeza, vincula a los Tribunales civiles».

Criterio que ha asumido el TC en su sentencia 17/2008 de 31 de enero, cuando afirma que:

«Es decir, cuando la Sentencia penal, por haber sido absolutoria, no haya entrado a exa-

minar ni se haya pronunciado sobre las acciones civiles derivadas del hecho enjuiciado en el ámbito criminal, nunca podrá producir efectos de cosa juzgada en el posterior proceso civil, por la sencilla razón de que las acciones civiles quedaron imprejuzgadas. La citada regla sólo sufre una excepción en virtud de lo dispuesto en el art. 116 LECrim, según el cual si la Sentencia penal resultó absolutoria precisamente por declarar que no existió el hecho que fue objeto de enjuiciamiento en el ámbito criminal, este pronunciamiento vinculará positivamente al juez civil que no podrá ya fundar ninguna responsabilidad civil en la existencia del hecho que fue declarado inexistente por la jurisdicción penal».

Afirmaciones que, con mayor precisión, pueden resultar matizadas en el sentido de que, si bien es llano que las sentencias absolutorias no vinculan al juez civil, lo que no resulta admisible, desde la perspectiva constitucional, es que los órganos de la jurisdicción declaren que unos hechos existen y dejan de existir al mismo tiempo, o que ocurrieron de una forma y de la contraria. Sin embargo, la vinculación entre pronunciamientos de órganos jurisdiccionales diversos no puede ser total y absoluta, siendo posible que en el segundo proceso, que no se ve excluido por el anterior, accedan medios de prueba diversos o se tomen en consideración datos diferentes a los que tuvo en cuenta el juez que dictó el pronunciamiento penal. A ello puede añadirse, tanto más en el presente caso, que la existencia de simulación contractual es una cuestión de hecho, apreciable generalmente sobre la base de pruebas indiciarias por el natural empeño que impulsa a los intervinientes en el negocio simulado de ocultar su verdadera intención bajo el manto del negocio aparente. Pretender que la jurisdicción civil deba partir de los hechos o de los razonamientos jurídicos del pronunciamiento penal absolutorio supone, por tanto, desconocer la doctrina expuesta.

La Sala no comparte los argumentos de los recurrentes, lo que llevará, por las razones que a continuación se expresan, a confirmar la resolución recurrida.

Por de pronto, ya se ha dicho que lo que la parte actora pretende se fundamenta en la validez del contrato de compraventa otorgado en

su nombre por la esposa codemandada en uso del poder de representación otorgado por el demandante. No hay cuestión, por tanto, sobre la validez o subsistencia del poder, a lo que se añade la doble consideración de no haber quedado exactamente acreditada la fecha de interposición de la demanda de separación (lo que impide la aplicación del art. 102.2.º del Código Civil) y de haber de entenderse ratificado el negocio al pretenderse expresamente su eficacia. En consecuencia, la «utilización ilegítima del poder para formalizar la venta», a que hace referencia el escrito de demanda, no se corresponde con la pretensión de que se declare la eficacia de la compraventa y se reclame la mitad del precio que se dice realmente obtenido.

A ello hay que añadir, para despejar las dudas sobre el objeto de la venta, que ha de partirse de la escritura pública otorgada el día 29-5-2000 ante el notario Sr. Da Cunha Rivas (n.º 1259 de su protocolo, folios 372 y ss. de las actuaciones) en la que se documenta la venta de las fincas que habían sido adquiridas a Doña Azucena. En ella se describen las fincas que son vendidas al hijo de los litigantes, también codemandado, Don Hipólito, por el precio de 4.808 euros. Según la escritura de 18-9-2001 (n.º 2151 del mismo protocolo), las mismas fincas fueron vendidas por D. Hipólito a la entidad COMPROCAEIRA, S.L. obligándose la compradora a entregar, en concepto de precio, la suma de 18.000.000 pts. «para la adquisición del piso-vivienda denominado (...) - (...) de un edificio sito en esta villa de Sanxenxo...»; finalmente, por escritura de 18-9-2001 la Sra. Estefanía vendió a COMPROCAEIRA un conjunto de fincas que se reconocen privativas [descritas en el apartado g) del fundamento jurídico segundo de la resolución recurrida, que se da en este lugar por reproducido].

No existe prueba en el proceso de que, como sostiene la demanda, fuera la esposa la que recibió el precio de la compraventa. Como sostienen los demandados, la esposa vendió también, a la misma compradora, diversas fincas que afirmaba privativas, por las que obtuvo diversas cantidades de dinero.

La oscuridad argumentativa de la demanda impide conocer con claridad si lo que se imputa a la esposa es haber celebrado un contrato simulado con su hijo, de suerte que las fincas no habrían salido en realidad del patrimonio ganancial, o si el precio que se dice pagado por el hijo resultaba muy inferior al verdaderamente percibido por la esposa, que habría incorporado a su propio patrimonio el exceso sobre lo declarado en la escritura. La cuestión reviste importancia sustancial, pues en el primer caso se estaría ante una simulación absoluta determinante de la nulidad del negocio, mientras que en el segundo tan sólo se estaría ante la ocultación de parte del precio de la compraventa, generando un derecho a su íntegra percepción por parte del cónyuge cotitular del bien. La falta de precisión de la demanda impide semejante pronunciamiento, que contaría con el obstáculo insalvable del principio de congruencia.

Pero sin necesidad de avanzar en el razonamiento respecto de la existencia de simulación o fraude en los contratos, debe decirse, con la resolución combatida, que no resulta posible acceder a lo solicitado sin la previa liquidación del patrimonio ganancial. Los preceptos en los que se basa de forma preferente la demanda, referentes a la regulación de la sociedad de gananciales (se menciona expresamente el art. 1344 del Código Civil) y en particular la previsión del art. 1390, invocado en la sentencia objeto de recurso y en el que aparenta fundamentarse la súplica de la demanda, conducen a la proclamación de la existencia de una deuda del cónyuge infractor frente a la sociedad de gananciales que habría de ser incluida en el activo, pero nunca a la atribución de la mitad de un bien concreto al demandante, lo que resulta contrario a la naturaleza de esta singular forma de comunidad, como de sobra es conocido. Tampoco cabe solicitar la mitad del precio obtenido ni un pronunciamiento declarativo de la «mitad indivisa» del bien. Mucho menos de una indemnización por haber sido privado de un derecho a la restitución que no existe. Finalmente, el último de los pedidos de la demanda, por su carácter futuro e indeterminado, debe ser rechazado también expresamente.

Derecho de crédito del esposo frente a la sociedad de gananciales por la totalidad de las cuotas del préstamo hipotecario satisfechas, y ello por cuanto que reconocérsele solo el 50% supondría obtener resarcimiento de solo el 25% de lo abonado por cuenta de la esposa.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 28 de septiembre de 2011

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María Pilar Manzana Laguarda

Finalmente y en cuanto al punto segundo del activo debe ser rectificado para contener el derecho del crédito del esposo frente a la sociedad de gananciales por la totalidad de las cuotas del préstamo hipotecario satisfechas desde el 9 de diciembre de 2003. Y ello por cuanto recono-

cérsele sólo el 50% supondría obtener resarcimiento de solo el 25% de lo abonado por cuenta de la esposa, y siendo así que ha abonado su mitad y la de cuenta de la esposa debe contenerse en el pasivo de la sociedad la totalidad de lo abonado.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

No se pueden alargar indefinidamente los periodos para que los progenitores cambien su conducta o se modifiquen las circunstancias que fueron determinantes para dictar la resolución de desamparo, y por ello debe declararse que es preciso su asentimiento para acordar la adopción.

AP Sevilla, Sec. 2.^a, Sentencia 30 de septiembre de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos María Piñol Rodríguez

Para resolver de forma adecuada la pretensión de la apelante de que se revoque la sentencia de instancia en la que se declara que no es preciso su asentimiento para la adopción, hay que tener en cuenta que toda resolución debe estar presidida y debe estar encaminada a procurar lo mejor y más beneficioso para el menor, y que ello entre otras medidas, obliga a que se debe producir cuanto antes una situación de estabilidad familiar y social para aquel, que redunde en su beneficio, siendo perjudicial para la estabilidad emocional, los cambios de situaciones afectivas ya consolidadas y prolongadas en el tiempo; no se puede alargar indefinidamente los periodos para que los progenitores constaten un cambio en su conducta, o de circunstancias que fueron determinantes para dictar la resolución de desamparo, pues llega un momento en que la estabilidad emocional del menor obliga a consolidar una situación que se prolonga en el tiempo y que

además se constata le es muy beneficiosa; respecto a la cuestión procesal alegada por la apelante, hay que decir que cuando se constata, y nada se ha planteado de contrario que los menores llevan un largo periodo conviviendo con los acogedores, y se constata la capacidad para ser adoptantes, carece de sentido exigir con carácter previo el acogimiento preadoptivo, pues además lo importante para todos, incluso para quienes son acogedores, es de forma definitiva consolidar una situación que en este caso se retrotrae a 1998; respecto a la cuestión de fondo, es claro que debe confirmarse la sentencia pues en el año 1997 se declaró en desamparo a los menores lo que es consecuencia de la falta de la necesaria asistencia material y moral y ello ya conlleva que no sea preciso un asentimiento para la adopción, pues además del tiempo transcurrido desde que se constató la desatención grave a sus hijos que obligó a la intervención de la Entidad Pú-

blica, no consta que en un plazo razonable, esos defectos en el ejercicio de la patria potestad, se hubieran mejorado, y lo que no es posible, es mantener la situación de posible recuperación a periodos temporales tan amplios que van en grave perjuicio de los menores; pero es que además en el auto de 22 de noviembre de 2006 en el que se acuerda ratificar la resolución por la que quedaban suspendidas las visitas ante la situación que en aquel momento se acreditó; con independencia de ello el informe de 15 de junio de 2010

recoge las serias carencias en su desarrollo madurativo, que condicionan muy negativamente su aptitud e idoneidad parental, estimándose que no podría garantizar a sus hijos las atenciones y trato adecuados para el desarrollo de aquéllos; finalmente decir que se constata que la adopción es la medida adecuada para los menores, dado el tiempo transcurrido, y que ese bienestar de los menores es lo que debe siempre anteponerse por lo que procede confirmar la sentencia, sin hacer pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

No es causa para negar la idoneidad para la adopción internacional que tengan preferencia en el sexo y edad del adoptado y que manifestasen que el fin perseguido fue dar una hermana a la hija.

AP Jaén, Sec. 3.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Cáliz Covalada**

Frente a la sentencia de instancia, que, estimando la demanda formulada por D. José Augusto y D.ª Angélica deja sin efecto la declaración de inidoneidad para adopción internacional que contiene la resolución de 15 de abril de 2009 de la Delegación Provincial de Igualdad y Bienestar Social, se alza en apelación esta última por entender que por el juzgador de instancia no se ha efectuado una adecuada valoración del contenido del informe de 3 de febrero de 2009 de no actualización de la idoneidad que obra como documento n.º 4 del expediente administrativo remitido al Juzgado. Y ello porque «en este informe se toman en consideración manifestaciones vertidas por los actores, en base a los cuales se valora por los técnicos competentes la no idoneidad para la adopción internacional, dictándose, en consecuencia, por la administración resolución de extinción de la idoneidad con fecha 15 de abril de 2009, y añade que de una lectura de dicho informe se evidencian signos de rigidez en el sexo y la edad de la menor a adoptar y síntomas de que la motivación de la adopción no es el deseo de ser padres sino el de dar una hermana a su hija, que sea de su mismo sexo y menor que ella, pues en caso contrario los interesados rechazarían al menor asignado», y este cambio de circunstancias entiende la entidad pública ape-

lante que justifica adecuadamente la decisión de la Administración de no actualizar la idoneidad de los actores, solicitando que se revoque la sentencia de instancia y se estime el recurso en el sentido expuesto.

Por su parte los apelados se oponen al recurso y solicitan la confirmación de la sentencia de instancia con imposición de costas a la recurrente.

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción, en su capítulo III regula la idoneidad de los adoptantes recogiendo en su art. 10 una definición de idoneidad entendiendo por tal «la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la patria potestad atendiendo a las necesidades de los niños adoptados y para asumir las peculiaridades, consecuencia y responsabilidades que conlleva la adopción internacional». Dicha definición viene a recoger la exigencia de un plus de capacidad, de aptitud y de motivación que igualmente es recogida en las legislaciones de Cantabria, en el art. 34 del Decreto 58/2002, de 30 de mayo, y en legislación de Castilla La Mancha, en el art. 6 del Decreto 45/2005, de 19 de abril. El Decreto andaluz 282/2002, sobre Acogimiento, no define de forma auténtica el concepto de idoneidad, pero como señala la

resolución recurrida en el art. 16 establece criterios específicos para la valoración de la idoneidad.

Procede examinar por tanto, en el marco normativo antes expuesto y a la luz de los informes periciales obrantes en las actuaciones, si concurren en los solicitantes las circunstancias necesarias para asumir con un mínimo de garantías intrínsecas que hay que tener especialmente en cuenta al ser la adopción internacional un proceso de mayor complejidad que la filiación biológica con peculiaridades propias y dificultades intrínsecas que hay que tener especialmente en cuenta, como las necesidades y realidades de un menor adoptado.

Y para ello habremos de examinar el material probatorio aportado. Como señala el juzgador de instancia se han incorporado dos informes periciales de la propia Administración que se inclinan por considerar idóneos a los hoy apelados, junto con otros relativos al adecuado desarrollo de la menor, Sofía, ya adoptada previamente por los solicitantes. Y un tercer informe elaborado por la mercantil Eulen Servicios Sociosanitarios S.A., empresa con la que la Administración Autónoma tiene suscrito un convenio colaborador que es el único que concluye la falta de idoneidad de los hoy apelados, para ser adoptantes. Precisamente en base a este informe pretende la entidad recurrente modificar las conclusiones

que se recogían en los dos informes anteriores confeccionados por técnicos de la propia administración que han sido acogidos por el juzgador de instancia, junto con las conclusiones del Equipo Técnico de Familia, tras valorar también la evolución favorable de la menor, Sofía, ya previamente adoptada, por entender el juzgador de instancia que la resolución denegatoria de la apelante se basa fundamentalmente en unas manifestaciones de los adoptantes que expresan unos deseos que parecen condicionar la adopción a la edad y sexo del adoptado, y que desean dar una hermana a la pequeña Sofía —manifestaciones que el propio juez «a quo» considera poco afortunadas— pero que en realidad se trata de unas afirmaciones periféricas que no privan a los adoptantes de aptitud y capacidad para llevar a cabo la adopción, y sin que la explicación que la Junta da para su cambio de criterio sean suficientes para invalidar el resto de consideraciones emitidas por la propia administración en los dos informes anteriores que valoraban la idoneidad de los adoptantes no solo para la primera adopción sino también en el presente expediente, y sin que tampoco se hayan demostrado causas serias, objetivas, y graves que puedan justificar la declaración de idoneidad postulada por la recurrente; deviniendo, en su consecuencia, la confirmación de la resolución recurrida y la desestimación del recurso interpuesto frente a la misma.

Se acuerda el cese del acogimiento con la abuela y se constituye en las personas de sus tíos maternos, teniendo en consideración que ya son tres los años que se encuentra con sus tíos, que ellos son personas más jóvenes que la abuela, que cuentan con hijos y la han integrado en su familia y que no interfieren en la relación que puede seguir manteniendo tanto con su hermana como con su abuela.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 14 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Pilar Manzana Laguarda**

Por la dirección letrada de la parte recurrente que representa los intereses de Dolores, abuela materna de la pequeña Melisa, nacida el 2 de mayo de 1999, se interpone recurso de apelación contra la resolución de instancia que acuerda el

cese del acogimiento de ésta sobre su nieta. Fundamenta su recurso en una errada apreciación de la prueba practicada en las actuaciones, así como en infracción de ley por falta de audiencia de la menor.

En esta alzada se ha acordado la práctica de prueba consistente en informe del equipo sicosocial, en cuyo seno ha sido oída la menor, y un informe médico forense a los efectos de determinar la condición o no de dependencia alcohólica de la recurrente.

No puede desconocerse que el cese del acogimiento, conforme expresamente dispone el art. 172.4. *in fine*, precisa de resolución judicial de cesación cuando el acogimiento, como en el presente caso sucede, haya sido dispuesto por el Juez, y así lo fue en auto de fecha 26 de enero de 2004. Y tampoco puede desconocerse que la entidad pública dictó resolución en fecha 15 de enero de 2008 con un doble contenido: el primero acordando el cese del acogimiento de Melisa y el segundo, autorizando provisionalmente la estancia de la menor con sus tíos paternos en tanto en cuanto se formalizase el acogimiento familiar simple, que al parecer se obtuvo con el consentimiento del progenitor y por lo tanto extrajudicialmente, (tercera hoja *in fine* del informe sicosocial). Esta resolución de la administración fue objeto de impugnación por la abuela materna dando lugar al procedimiento de oposición núm. 398/08 de V-24 que recurrido fue confirmado por esta Sala en sentencia núm. 238-09 de fecha 8 de abril de 2009. Hoy se somete de nuevo a decisión judicial el cese de ese acogimiento que tuvo de hecho lugar el 15 de enero de 2002.

Para la resolución del recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado por el Juez *a quo* que cesa el acogimiento sobre su nieta Melisa debe previamente partirse del principio básico reconocido en el art. 39 de la Constitución Española, en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General Naciones Unidas, y en numerosos preceptos recogidos a lo largo del articulado del Código Civil, y de la Ley 1/96 de Protección del Menor, del derecho del que son titulares los menores a su propio desarrollo, educación y formación, lo que

se traduce en la materia que nos ocupa, en sede de relaciones paterno filiales, en que el conflicto surgido acerca de su acogimiento deba resolverse por prescripción legal, jurisprudencial y justas razones, atendiendo primordialmente al beneficio e interés del menor. Por ello la decisión de la Sala no ha de ceñirse a si concurría la causa alegada al cesar el acogimiento o si el cese de facto del mismo pudo tener lugar, sino si es beneficioso para la menor el que se mantenga la situación de acogimiento actual con sus tíos lo que pasa necesariamente por el cese del acogimiento con su abuela.

Y a este respecto basta ver la resolución que fuera dictada por esta Sala al conocer del recurso de apelación, así como las circunstancias actuales en que se desenvuelve la medida de protección acordada por la Administración para resolver acerca de que el interés de la pequeña pasa por el mantenimiento de la situación fáctica actual, de cese del acogimiento de su abuela, y de mantenimiento de la situación de acogimiento familiar en la persona de sus tíos maternos. Y ello por considerar que ya son tres los años que se encuentra con sus tíos, que ellos son personas más jóvenes que la recurrente, que cuentan con hijos y la han integrado en su familia y que no interfieren en la relación que puede seguir manteniendo tanto con su hermana Estefanía como con su abuela. En efecto, la resolución actual de acogimiento mantiene el vínculo familiar de la pequeña tanto ahora con sus tíos como se mantuvo cuando lo fue con su abuela, y no consta, que actualmente, se den los enfrentamientos existentes en el pasado respecto de la relación de la pequeña con su hermana Estefanía o con el resto de sus familiares.

En consecuencia procede la desestimación del recurso, sin perjuicio del mantenimiento o incluso ampliación que proceda, en interés de la menor, del régimen de visitas que tiene concedido la abuela y al que expresamente el Ministerio Fiscal no se opondría.

FILIACIÓN

Aunque se estima la acción de reclamación de filiación se desestima la petición de que se declare que es heredero, ya que si bien conforme al art. 807 del CC son herederos forzosos los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes, se desconoce la concurrencia de circunstancias que podrían desvirtuar tal precepto pues ninguna prueba se ha practicado al efecto.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Leonor Castro Calvo**

En la demanda rectora del procedimiento se ejercita una acción de filiación, más concretamente el actor D. Claudio, solicita que se declare que el padre de la demandada, D. Marino, es su padre biológico, con todos los pronunciamientos inherentes a tal pretensión.

La sentencia apelada tras valorar la prueba practicada, que quedó reducida a interrogatorios y testifical, puesto que no fue admitida la pericial biológica, desestima tal pretensión por considerar que no ha quedado acreditada la relación sexual entre la madre del demandante y el padre de los demandados.

Recurre en apelación el actor, alegando como único motivo error en la valoración de la prueba y solicitando la práctica en segunda instancia de la prueba biológica. Pretensión a la que accedió este tribunal con el resultado que obra en el rollo.

La sentencia de instancia alcanzó la solución desestimatoria de la demanda en base a la valoración de pruebas subjetivas. En esta segunda instancia se ha llevado a cabo por el Servicio de Genética Forense del Instituto de Medicina Legal un informe técnico de paternidad mediante la confrontación del material genético correspondiente al demandante/apelante y a las muestras extraídas del cadáver de D. Marino, con el

resultado de que en términos porcentuales, el valor de la probabilidad para la hipótesis de que el donante de los restos rotulados con el nombre de D. Marino sea el padre biológico del apelante es de 99,999999%.

Así pues, ante la contundencia del resultado de esta prueba científica y objetiva, que demuestra sin género de dudas la realidad genética del apelante, ha de ser estimado el recurso de apelación; declarando que el apelante es hijo biológico de D. Marino.

Además de la pretensión principal, en el suplico de la demanda se solicita que se declare que el actor es heredero de su padre biológico. Cuestión sobre la que no se argumenta, ni en los hechos, ni en la fundamentación jurídica de la demanda; sin que tampoco se haya desarrollado prueba alguna al respecto.

El art. 807 del Código Civil dispone que son herederos forzosos los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. No obstante, la pretensión deducida no puede ser estimada, puesto que se desconoce la concurrencia de circunstancias que podrían desvirtuar tal precepto.

Por tanto, siendo la carga de la prueba de la parte demandante, ha de desestimarse la pretensión.

No se hace imposición de costas dado que la postura procesal del padre no ha consistido en una oposición contumaz a la demanda presentada de contrario, sino en llegar al conocimiento de la realidad biológica, a través del resultado de las pruebas a practicar en el curso de la litis y que, según expone, no pudieron llevarse a efecto con anterioridad por la negativa de la madre, sometiéndose aquél a las mismas con absoluta lealtad procesal.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

Asumiendo todos los demás pronunciamientos de la Sentencia dictada por la Juzgadora *a quo*, impugna la parte demandada el que le condena al pago de las costas procesales, interesando de la Sala que se deje sin efecto el mismo.

En apoyo de tal *petitum* revocatorio y en el trámite del artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la dirección Letrada del recurrente que de su escrito de contestación a la demanda se deduce la predisposición de don Patricio a colaborar con la Administración de Justicia, no siendo su actividad procesal de enrocamiento frente a la acción presentada de contrario, sino de activa búsqueda de la verdad, interesando la práctica de una prueba biológica, no postulada por la actora, cuyo resultado determinó que dicho litigante, en el acto de la vista celebrado en la instancia, acabara por solicitar la estimación de la pretensión deducida por la parte demandante.

Tal planteamiento encuentra la frontal oposición de la contraparte y del Ministerio Fiscal, en súplica de íntegra confirmación de la resolución impugnada.

La problemática jurídica en tal modo suscitada ha de encontrar respuesta del Tribunal mediante la proyección al caso de la doctrina emanada del artículo 394-1 LEC, a cuyo tenor, en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

En el supuesto analizado, frente a la acción de reclamación de paternidad formulada de contrario, el hoy apelante, en su escrito de

contestación a la demanda, si bien en su suplico interesa formalmente la desestimación de aquella pretensión, es lo cierto que en los alegatos contenidos en dicho escrito se limita a exponer sus dudas respecto de la esgrimida realidad biológica, en cuanto, como se sigue refiriendo, la Sra. Verónica tenía novio y vivía con él, según le manifestó a D. Patricio, por lo que interesa, en dicho momento procesal, la práctica de la prueba pericial biológica, a cuya realización se había negado hasta entonces doña Verónica. Y aunque esta última aseveración no ha quedado cumplidamente acreditada en el curso del procedimiento, no deja de ser significativo, al respecto, que haya sido el demandado, y no la actora, quien propusiera la práctica de dicha pericia, que es aceptada por la demandante, si bien bajo la condición de que fuera el proponente quien asumiera el coste de dicha prueba.

Y una vez conocidos los resultados de la misma, el demandado, contra lo que afirma la apelada en el trámite del artículo 461 LEC, no insistió en aquella oposición, de carácter meramente formal según lo expuesto, a la acción formulada de contrario, mostrando, por el contrario, su plena conformidad con la declaración de paternidad, según se comprueba mediante el visionado de la grabación del acto de la vista celebrado en la instancia.

En definitiva, la postura procesal del hoy recurrente no ha consistido en una oposición contumaz a la demanda presentada de contrario, sino en llegar al conocimiento de la realidad biológica, a través del resultado de las pruebas a practicar en el curso de la litis y que, según expone, no pudieron llevarse a efecto con anterioridad por la negativa de doña Verónica, some-

tiéndose aquél a las mismas con absoluta lealtad procesal.

No puede, por ello, afirmarse que hayan sido desestimadas las pretensiones del demandado, en cuanto tendentes a la averiguación de una realidad biológica respecto de la que, con anterioridad, tenía fundadas dudas, que sólo quedan

desveladas en el curso del presente procedimiento, y mediante la prueba propuesta por el mismo.

Y en cuanto tampoco, a tenor de todo lo antedicho, podría sostenerse en modo alguno que dicha parte ha litigado con temeridad, procede acoger el motivo impugnatorio deducido, en aplicación de la referida normativa legal.

En el procedimiento de reclamación de paternidad no puede acordarse dejar sin efecto la declaración de desamparo.

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 15 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Cristina Trascasa Blanco**

En la demanda, presentada en fecha de 11 de febrero de 2011, se ejercitaba acción de declaración paterna y se solicitaba la concesión de la patria potestad y la atribución de la guarda y custodia, con las funciones y derechos inherentes a favor del actor, sobre menor que, por resolución de la Dirección Territorial de Bienestar Social de 22 de mayo de 2008, se encuentra en situación legal de desamparo y bajo la tutela de dicha entidad.

Declarada en la primera instancia, a la vista del resultado positivo de la prueba biológica, la filiación paterna solicitada, se desestima, en cambio, la demanda en la parte que solicitaba la adopción en este procedimiento de medidas sobre patria potestad y custodia de la menor, pronunciamiento que ahora se impugna, alegándose al efecto por el recurrente que dado que por la juzgadora «a quo» se razona que será en el expediente administrativo correspondiente donde debe valorarse la conveniencia y el modo de atribuir al padre dichos derechos y ello a través de estudios realizados por profesionales, y como quiera, además, que tal alternativa fue también interesada por el propio demandante en el trámite de conclusiones, es incongruente la sentencia al remitir para la adopción de dichas medidas al procedimiento administrativo y al no acordarlas en el presente, insistiendo el apelante en que se le otorgue la patria potestad y guarda y custodia de la menor, condicionando dicha concesión a la resolución de los infor-

mes de Servicios Sociales; impugnación que no puede ser acogida ni puede llevar a dictar una sentencia que introduzca corrección alguna en el acertado criterio del Magistrado «a quo» y dado que, amén de que con la misma se trata de formular peticiones nuevas y extemporáneamente planteadas, los alegatos del apelante no pueden desvirtuar la circunstancia insoslayable y que se erige en fundamento básico de la inviabilidad de su pretensión, cual es la de que cualquier modificación o incidencia en la situación de desamparo y en la tutela asumida sobre la menor por la Dirección Territorial del Bienestar Social, requiere la valoración por los Servicios Sociales de la idoneidad del recién declarado padre para el ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad y el seguimiento, en su caso, de un Plan de Intervención, de cuyo cumplimiento dependerá el retorno de la menor al domicilio familiar, cuyas actuaciones, obviamente estaban subordinados a la previa declaración de paternidad, no siendo procedente anticipar en el actual proceso decisiones que, amén de requerir la debida articulación y tramitación, van a depender del resultado de informes y de pruebas que solo pueden obtenerse en el correspondiente expediente administrativo. Por ello, y sin perjuicio de las acciones administrativas o civiles que puedan ser ejercitadas ahora y a través del procedimiento adecuado por el hoy recurrente y con fundamento en la filiación que se le ha reconocido, se está en el caso de confirmar

íntegramente la sentencia apelada. Sabido es que, como con reiteración viene proclamando la doctrina emanada del TC (SSTC entre otras muchas 19/1981, 115/1999, 11/2001) el derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el art. 24.1 de la CE comprende primordialmente el derecho de acceso a la Jurisdicción, es decir el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial, de forma que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a tutela judicial efectiva. Sin embargo también es cierto que esa misma

doctrina admite que tal derecho se satisface igualmente cuando se obtiene una resolución de inadmisión o desestimatoria sustentada en causa que la Ley prevea a tal fin de forma expresa, declarando, en particular, la STS de 16 de octubre de 1992 que «la tutela judicial efectiva se satisface cuando se obtiene en respuesta a la pretensión deducida una resolución fundada en derecho, que puede ser de inadmisión o de inadecuación del procedimiento, si así se actúa el ordenamiento jurídico, lo que en modo alguno implica indefensión, como tampoco el declarar que la pretensión puede emprenderse de nuevo, pues la absolución en la instancia o la inadecuación procedimental así lo permiten, una vez salvado el defecto».

Se accede a la petición de concesión de autorización judicial para obtener del Gobierno de Navarra la información que en sus archivos existiese relativos a sus datos de filiación biológica con ocasión de su nacimiento en la Maternidad Pública al haber sido abandonado por sus progenitores.

AP Navarra, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Julián Huarte Lázaro

La resolución de instancia accedió a la petición del solicitante Sr. Hipólito, y le concedió la autorización judicial para obtener del Gobierno de Navarra la información que en sus archivos existiese relativos a sus datos de filiación biológica con ocasión de su nacimiento en fecha 4 de abril de 1967 en la Maternidad Pública, al haber sido abandonado por sus progenitores.

En síntesis, el Juez *a quo* consideró ante el conflicto planteado entre el derecho del demandante a conocer su filiación y el derecho de la madre biológica a la ocultación de su identidad, qué debía prevalecer el de aquél, no estimando que la costumbre en el derecho foral navarro reconociese derecho a la ocultación de la identidad materna, ni tampoco que existiese un derecho a la ocultación de su identidad.

Frente a la indicada resolución se alza el recurso de apelación interpuesto por la Comunidad Foral de Navarra, interesando su revocación y que se dicte otra por la que se le deniegue dicha solicitud.

Considera que teniendo competencia exclusiva en materia de derecho civil foral la Comunidad resulta aplicable la Compilación y no el Código Civil, y siendo aplicable aquella, era costumbre (que debe ser aplicada para denegar la pretensión) la ocultación de la identidad materna, pues la preservación de la identidad de las madres cuando estas decidían dar a su hijo en adopción no sólo respondía a una norma vigente en la época sino que suponía la realización de uso repetido, conforme y generalizado, una costumbre que debe primar en la resolución del conflicto.

Asimismo considera que no es de aplicación al caso la doctrina contenida en la STS de fecha 21 de septiembre de 1999 que invoca el Juzgado a quo, pues en este proceso no se pretende establecer filiación alguna, ya que no se trata del ejercicio de una acción de reclamación de filiación sino sólo del acceso a unos datos que obran en poder de la Administración, y si bien el art. 39. 2 de la CE protege la acción de filiación

lo ahora pretendido es una acción distinta, la de conocer la identidad de los progenitores, que en modo alguno está garantizada por el indicado precepto constitucional, y concurriendo en el supuesto de autos un conflicto entre un derecho constitucional, el de madre a mantener oculta su identidad por estar protegido por el derecho al honor y derecho a la intimidad, de rango constitucional, frente al derecho a conocer la identidad de los progenitores, que es un derecho que no goza de rango constitucional, el mismo debe ser resuelto a favor de aquella, pues existe normativa que ampara el anonimato de la madre, anonimato que era una costumbre cuanto tuvo lugar el nacimiento, por lo que de permitir el acceso a la identidad de la madre biológica se violarían los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

El recurso debe ser desestimado y confirmada en su integridad la sentencia de instancia.

A) Si bien es cierto que la costumbre conforme a la ley 2 es fuente primigenia del derecho, y que la costumbre que no se oponga a la moral o al orden público aunque sea contraria a la ley prevalece sobre el derecho escrito, en modo alguno queda acreditado que sea costumbre en Navarra que frente al derecho que toda persona tiene a conocer su identidad biológica como un derecho de la persona (art. 10 de la CE) concurra un derecho derivado de la «costumbre», en que la madre biológica ostente un derecho a mantener frente al mismo en todo caso oculta su identidad, dejando en consecuencia sin contenido el derecho a conocer la identidad de la madre biológica.

Y es que la parte apelante «mezcla» dos cosas en el conflicto que se nos plantea. Uno es que con ocasión del nacimiento de un hijo, cuando la madre decidía dar en adopción a su hijo de manera anónima se mantuviese oculta la identidad de la madre que voluntariamente accedía a ello, incluso con amparo normativo de registro civil más que como costumbre y otra distinta que, a pesar de ello, surgiese amparado por el instituto de la «costumbre» un derecho de la madre a mantener frente a la pretensión del hijo de conocer la identidad de su madre biológica, oculta su identidad. De ello pese a las afirmaciones del recurrente no existe ninguna prueba, por lo que

no existiendo notoriedad de esa costumbre amparadora de un derecho oponible, ni prueba ante los tribunales de la misma (ley 6) debe rechazarse la alegación realizada.

B) Los principios contenidos en la STS de fecha de 21 de septiembre de 1999, aunque se refieran a una acción de reclamación de filiación son plenamente aplicables al supuesto de autos.

Cierto es que no se trata de un proceso en que se ejercite una acción de filiación o de declaración de filiación, pero no lo es menos, que si respecto de dichas acciones contradictorias el TS ha contemplado y analizado el alcance del derecho a conocer la identidad de la madre biológica, lógico sea aplicar los principios en ella contenidos, cuando en definitiva se analiza el mismo conflicto.

En la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 21-9-1999, n.º 776/1999, que acertadamente recoge el Juzgado *a quo*, se dispone: «2) Nos encontramos, por ello, ante una regulación normativa registral anterior a la Constitución, que posibilita la ocultación de la identidad de la madre biológica, por su propia decisión, confirmada por los desarrollos reglamentarios posteriores a 1978, ya que la redacción del artículo 120 del Código Civil se configura en términos genéricos, y no incluye un expreso reconocimiento de tan negativa restricción. Ya desde el inicio de la vigencia de dicha normativa registral, la doctrina expresó sus reservas a esta formulación del desconocimiento de la filiación, pues se entendía, frente al criterio de la Comisión de Reforma (el secreto profesional podría salvar la vida de niños recién nacidos, evitando así el aborto e infanticidio por parte de madres deseosas de evitar la divulgación de su maternidad extramatrimonial) que las graves razones de interés público en la determinación del vínculo de la filiación, cualquiera que fuere su clase, se oponían a esa ocultación; no posible, por otra parte, en cuanto a las entonces denominada “familia legítima”, en la que tal conducta podría rozar el ámbito punitivo. 3) Sin embargo, en la actualidad, y tras la vigencia de la Constitución de 1978 entendemos que tal limitación, elusiva de la constancia clínica de la identidad de la madre, ha quedado derogada por su manifiesta oposición a lo en ella establecido, y no debe ser aplicada por los Jue-

ces y Tribunales (artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), siendo nulos, por ende, los actos producidos bajo su cobertura. En concreto, el sistema diseñado en los artículos 167, 182 y concordantes del Reglamento del Registro Civil, y sus disposiciones de desarrollo pugnan con el principio de libre investigación de la paternidad (artículo 39-2 de la Constitución española), y con el de igualdad (artículo 14), además de erosionar gravemente el artículo 10 de la Constitución Española, al afectar a la misma dignidad de madre e hijo, a sus derechos inviolables inherentes a ella, y al libre desarrollo de su personalidad y al mismo artículo 24-1 en cuanto resulta proscriptivo de la indefensión. La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales. Esta es la base desde la que decae la regulación reglamentaria permisiva de tal ocultación. Y desde ella deben ser contrastados sus elementos restrictivos. En líneas generales la regulación reglamentaria del Registro Civil supone una contradicción con el principio constitucional de igualdad e investigación libre de la paternidad, al situar a la madre biológica en situación relevante frente al padre, e incluso frente al mismo hijo, ya que al padre se le puede imponer coactivamente la paternidad, en tanto que la madre, que puede determinar libremente si va a continuar la gestación o cortar por completo sus relaciones con la persona nacida, tiene el camino despejado para eludir sus obligaciones. El hijo biológico, además, pierde por completo el nexo que le permitiría, en su momento, conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes. Por último, el sistema encierra graves discordancias, no sólo con relación a los mismos padre e hijo biológicos, sino también frente a la unión matrimonial, en la que la madre no puede renunciar a su maternidad ni negar al hijo el hecho de su filiación, ni el padre deshacer por sí solo la presunción de su paternidad, lo que no resulta constitucionalmente congruente máxime, cuando las investigaciones científicas tienden, en la actualidad, a poner de relieve las interrelaciones biológicas que se desprenden de los antecedentes genéticos y su influencia, de manera que cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética. El sistema

recientemente acogido por la Instrucción de 15 de febrero de 1999 sobre constancia registral de la adopción, que posibilita la cancelación de la inscripción principal de nacimiento, abriéndose una nueva, con un régimen de publicidad limitada de la inicial, trasladable al ámbito en que nos encontramos, sí sería admisible y compatible con el respeto a los principios constitucionales que hoy quedan en entredicho. La Sala, por tanto, estima, de conformidad con el Ministerio Fiscal, que el artículo 47 I de la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957 (y sus concordantes) están derogados por inconstitucionalidad sobrevenida, en el particular, que permite interpretaciones reglamentarias que hagan depender de la voluntad de la madre, la circunstancia registral de la maternidad. En consecuencia se considerarán inaplicables, por derogación de la cobertura legal, en el mismo sentido, los artículos 167 y 187 del Reglamento».

En idéntico sentido se pronuncia la STS de 22-5-2000, n.º 516/2000, «El principio general del interés del menor es destacado por la fundada sentencia dictada en primera instancia... en los siguientes términos: El artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre, de 1990, proclama que el niño desde que nace tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, siendo misión de los Estados Partes respetar y velar para que sea efectiva la integración del menor en las relaciones familiares. Para hacer realidad, por consiguiente, ese derecho del niño, se hace preciso establecer su filiación. El derecho del hijo a conocer su origen biológico adquiere tal relevancia que, incluso, la propia Constitución Española exhorta al legislador a que se posibilite la investigación de la paternidad (artículo 39). Pero no solo eso, principio también rector de la actuación de los poderes públicos es asegurar la protección integral de los hijos. Concretamente, la Constitución establece que los hijos, con independencia de su filiación, son iguales ante la Ley y tienen derecho a ser asistidos por sus padres hayan nacido dentro o fuera del matrimonio. Y es que el derecho a conocer la propia filiación biológica, incluso con independencia de la jurídica, se erige como un derecho de la persona-

lidad que no puede ser negado a la persona sin quebrantar el derecho a la identidad personal y cuyo fundamento hay que buscar en la dignidad de la persona y en el desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución».

En definitiva y desde el prisma constitucional, como se recoge en el Auto de la Sección 12.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, A. 23-9-2002: «el principio de libre investigación de la paternidad se encuentra recogido en el artículo 39.2 de la Constitución, de modo que ese principio ha de inspirar la práctica judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 53,3 del propio texto constitucional, de acuerdo con las leyes que lo desarrollen».

C) La parte recurrente obvia en relación con la normativa aplicable, que en el supuesto de autos el demandante fue adoptado, y que por ende en relación con la posibilidad de conocer sus datos sobre su filiación biológica el prisma desde el que debe analizarse es también desde la propia normativa reguladora de ese estatus personal.

Pues bien en la ley 73 ninguna regulación se contiene relativa a ese derecho, por lo que de conformidad con lo dispuesto en la ley 74 debe regir como derecho supletorio el C. Civil y Leyes Especiales. Pues bien al margen de la resolución del conflicto desde principios constitucionales, lo cierto es que desde la ley 54/2.007 de fecha 28 de diciembre (de Adopción Internacional), que modificó el art. 180, añadiendo un nuevo apartado, el n.º 5, se reconoce por el derecho ordinario a las personas adoptadas, y por tanto también al actor, al margen de la fecha de la adopción, pues ninguna limitación establece la ley, «a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos». Dispone el indicado precepto, artículo 180.5 «Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes

biológicos. Las Entidades Públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho». Si ello es así es evidente que ningún motivo concurre para poder negar al actor el acceso a esos datos.

Cierto es que en el momento del nacimiento y declaración de filiación, la madre biológica optó por no declaración de la filiación biológica del niño en el ejercicio de un derecho, y conforme al mismo y al derecho a la intimidad de la misma, procedente es la protección del mismo, pero con un límite, que no es otro que el derecho preferente a conocer sus orígenes biológicos, el hijo, como un derecho fundamental de la persona, ínsito en la personalidad (art. 10 de la CE) y que además aparece expresamente reconocido como derecho civil del adoptado en el art. 180.5 del C. Civil. Frente a ello de toda relevancia carece el conjunto de normas relativas a la protección de datos de carácter personal, pues sin perjuicio de la misma y de la protección constitucional de la intimidad, esta debe ceder frente al derecho de la persona a conocer su identidad como elemento integrante de su propia personalidad.

La circunstancia de que en el momento de producirse el nacimiento del demandante se posibilite que pudiera permanecer oculta la identidad de la madre, en virtud de decisión de la misma, no determina que desde ese momento, por el principio de seguridad jurídica en todo momento posterior, se ampare que frente al hijo a este deba mantenerse oculta los datos que figuran sobre su origen biológico, ya no sólo el derecho a la personalidad integra ese conocimiento, como derecho constitucional, sino cuando además y aquí ocurre sin límite legal el derecho ordinario también ha contemplado dicha posibilidad, lo que determina la procedencia de la pretensión del actor.

UNIONES DE HECHO

Se desestima la demanda interpuesta por un conviviente de hecho reclamando el 50% de las cuotas que abonó del préstamo hipotecario suscrito por ambos para la compra de la vivienda común, dado que la conviviente asumió con sus ingresos los gastos de otros préstamos y los gastos familiares.

AP Alicante, Sec. 6.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María Cristina Trascasa Blanco**

En la demanda que interpuso en su día frente a D.^a Mariana, el hoy apelado, D. Pedro Francisco, tras alegar que había mantenido con la demandada una relación de convivencia durante la cual y en fecha de 2 de marzo de 2001, ambos adquirieron por mitad y en proindiviso una vivienda y sus elementos anejos, plaza de garaje y trastero, suscribiendo, al efecto, ambas partes un préstamo solidario con garantía hipotecaria, préstamo que con fecha 25 de abril de 2007 fue novado en cuanto al tipo de interés y al plazo de aportación, y con fundamento en el hecho de que desde la constitución de la hipoteca y hasta abril de 2008, en que la demandada comenzó a asumir el pago de la mitad de los pagos originados por el préstamo, había sido el actor quien había venido satisfaciendo todas las cuotas del mismo con cargo a una cuenta bancaria de su exclusiva titularidad, instaba la condena de la Sra. Mariana al abono de la mitad del importe de dichas cuotas.

En la contestación a la demanda y para oponerse a la misma, se alegaba por la demandada que la unión de hecho con el Sr. Pedro Francisco había durado aproximadamente catorce años, tiempo en el que las partes tuvieron una hija en común y que en defensa de los intereses de dicha menor al finalizar la relación se interpuso por aquella demanda para la adopción de medidas personales y patrimoniales, las que fueron acordadas en sentencia de 2 de junio de 2008 del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Alicante; que durante la convivencia existió entre el Sr. Pedro Francisco y la Sra. Mariana una voluntad de formar un patrimonio común, al que había contribuido la demandada con su trabajo en el hogar y con su aportación económica y en

virtud de un pacto tácito por el cual mientras el Sr. Pedro Francisco asumía el pago de algunas cuotas del préstamo hipotecario, la demandada satisfacía los restantes pagos derivados de la convivencia, cargándose en determinada cuenta de su titularidad exclusiva, entre otros, gastos comunes por los recibos de distintas compañías de teléfono, amortizaciones de préstamos personales contratados por ambos litigantes, recibos de la comunidad de propietarios, cargos de hipermercados, recibos del suministro de agua, de luz y del gas, recibos de determinada entidad médica y de una compañía de seguros, recibos del colegio de la niña y los cargos del IBI. Se aducía también la existencia de una cuenta de la que ambos eran cotitulares y en la que la demandada había ingresado determinada suma dineraria que había recibido al fallecimiento de una tía suya, y con el que la pareja adquirió 20 títulos valores, cuya venta generó en la cuenta común unos beneficios; que con cargo a la misma cuenta común se habían satisfecho también algunas cuotas del préstamo hipotecario que motiva la demanda, así como se habían adquirido por ambos otros títulos valores, pagado recibos de cursos de buceo particulares del Sr. Pedro Francisco, diversas compras familiares, impuestos, ingresos del INEM por desempleo y de la Agencia Tributaria en concepto de deducción anticipada por maternidad; que existía, además, como cuenta conjunta, la correspondiente al préstamo hipotecario en el que asimismo se hicieron cargos correspondientes a su amortización; que constante la convivencia el Sr. Pedro Francisco no había reclamado ninguna cantidad por motivo de los pagos que ahora motivan la demanda, considerando que ésta se había inter-

puesto como represalia por las molestias que le ocasionan las medidas fijadas en la referida sentencia que reguló las consecuencias de la ruptura de la convivencia.

La sentencia de primera instancia entendiendo que no ha sido probada la voluntad de las partes de confundir sus patrimonios y concluyendo que entre las mismas solo se formó una concreta comunidad sobre la vivienda que las partes adquirieron en proindiviso, estima la demanda en los términos interesados en su suplico.

La Sala, tras considerar las alegaciones en que se sustenta el recurso de apelación formulado por la demandante y después de revisar el material probatorio aportado por las partes en apoyo de sus respectivas pretensiones, debe discrepar, ciertamente, de la valoración probatoria que ha llevado a la Juzgadora de la primera instancia a dictar tal pronunciamiento condenatorio y toda vez que, se considera en esta instancia, resulta debida y suficientemente acreditado que entre los hoy litigantes y durante los catorce años que duró su relación de convivencia y en los que tuvieron una hija en común, se formó una comunidad de vida que trascendió de lo meramente personal y se instaló en lo estrictamente patrimonial, que es lo que suele ser ordinario y razonable cuando se trata de una relación de pareja estable y duradera (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.^a, de 31 de marzo de 2009).

Ya decíamos en nuestra Sentencia de 16 de septiembre de 2003, y puede aquí añadirse a la fundamentación doctrinal que se recoge en la resolución apelada, que entre los problemas que se suscitan en las relaciones «more uxorio» al disolverse la convivencia, adquiere especial importancia no solo el valor y significado jurídico de los servicios prestados por uno de los convivientes al otro, sino el destino final de las aportaciones de uno y otro a la familia o al hogar, así como la suerte de las adquisiciones o patrimonios a cuya constitución han cooperado ambos directa o indirectamente. Ciertamente la jurisprudencia es reiterada al señalar que no siempre toda comunidad de vida —convivencia «more uxorio» o incluso el matrimonio— lleva consigo necesariamente una comunidad de bienes del tipo que sea (de ganancias, universal o

particular), de manera que hay que estar, al respecto, a la voluntad de las partes manifestada de forma expresa o resultante de actos inequívocos y concluyentes. Pero enseña, en todo caso, que es posible que por la voluntad de las partes se cree un sistema de comunicación de bienes parecido a cualquiera de los admitidos para el matrimonio, o bien se utilicen otras fórmulas para hacer comunes todos o algunos de los bienes que se adquieran durante la convivencia (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2006, en la que se citan otras anteriores).

En el caso que se revisa la comunidad patrimonial querida por los litigantes se pone de manifiesto, en particular y en primer lugar, por el hecho de la adquisición conjunta y en régimen de proindiviso de un bien tan esencial en la economía personal y familiar como la vivienda que constituyó el lugar de su residencia habitual y el de su hija, constituyendo, además, otro indicio significativo que durante todo ese tiempo que se mantuvo la relación «more uxorio» el demandante no pretendiera de la actora ni le reclamara cuantos pagos venía satisfaciendo desde la cuenta de su exclusiva titularidad para la amortización del préstamo solidario que suscribieron para dicha compra y que la primera exigencia de reembolso de la mitad de lo por él satisfecho en tal concepto se haya producido tras el dictado de una sentencia que en adopción de las medidas personales y económicas instadas por la actora para la regulación de los efectos, con relación a la hija común, de la ruptura de la relación, ha acordado que el uso de la vivienda familiar corresponda a la niña y a la aquí demandada, estableciendo a cargo del Sr. Pedro Francisco el pago de una pensión alimenticia.

Es de significar, en segundo lugar, que contradice también la pretendida separación de patrimonios durante la convivencia, el hecho de que en la cuenta bancaria en la que percibía la Sra. Mariana los ingresos derivados de su actividad laboral, y para cuya disponibilidad estaba autorizado, además, el demandante, se viniera cargando sistemáticamente la práctica totalidad de los gastos domésticos que generaba la convivencia y el sostenimiento de la familia. Así, en efecto, se constata que a través de dicha cuenta, la número (...), se venía satisfaciendo, entre

otros, los recibos de las cuotas de la comunidad de propietarios, de agua, de electricidad, de gas, de los servicios de telefonía, de las compras en «Mercadona», del colegio de la hija, de la compañía aseguradora de gastos médicos, siendo que, además, y ello resulta igualmente relevante a fin de concluir la efectiva puesta en común de los ingresos que por la remuneración de su trabajo recibía cada uno de los convivientes, con dicha cuenta se fueron atendiendo también las cuotas de dos préstamos personales suscritos de forma conjunta y solidaria por ambos, y en acto asimismo revelador de su voluntad de compartir mientras duró la relación, y por norma, sus responsabilidades patrimoniales.

Abunda en la anterior conclusión de la creación por los litigantes de una comunidad de intereses económicos y que hace evidente el flagrante enriquecimiento injusto que se pretende a través de la reclamación planteada en la demanda, tanto más cuanto que por parte del actor no se ha probado participación concreta alguna en el sostenimiento de los gastos de la familia distintos del pago de la mitad de las cuotas del préstamo que la motivan, el hecho de que en una cuenta de titularidad conjunta, la (...), y cuya apertura en común no viene sino a incidir en la imposibilidad de deslindar la participación de cada una de las partes en las cargas y en los beneficios económicos habidos durante su relación, no solo se ingresaron determinadas percepciones por desempleo que el INEM satisfizo a la Sra. Mariana y se cargaron los gastos particulares del Sr. Pedro Francisco por cursos de buceo, sino que, además, se depositó una suma dineraria que, por importe de 12.000 euros, había recibido la demandada de un pariente y con la que se hicieron inversiones en títulos valores, cuyos beneficios, en su mayor parte, y como acreditan los movimientos que resultan de la certificación bancaria obrantes en autos, quedaron depositados en dicha cuenta en común.

En definitiva, este Tribunal no puede asumir las conclusiones probatorias de la Magistrado de la primera instancia y sustentadas, como están las mismas, básicamente, en la existencia en

una cuenta de titularidad individual a nombre de cada uno de los litigantes y en el hecho que en las mismas fueron ingresadas sus respectivas percepciones salariales, cuando, así se aprecia en la alzada, no se ha valorado el proceder individual y conjunto mantenido por las partes mientras duró la convivencia, en la asunción de responsabilidades familiares y económicas ni, en particular, el destino que dieron a dichos sus respectivos ingresos personales y cuando, en fin, el pretendido crédito actual del actor contradice la lógica, la equidad y la buena fe, si se considera que tras haber sido puestas dichas percepciones por ambas partes a disposición del levantamiento de dichas cargas y responsabilidades, y por pacto implícito que de ordinario fue mantenido, mientras el demandante asumió la mayor parte de las cuotas del préstamo hipotecario, la demandada hacía frente a cuantos pagos generaba, además de la amortización de otros dos préstamos personales conjuntos, la práctica totalidad de los gastos por consumos domésticos, cuotas de comunidad, sanitarios, escolares y demás anteriormente referenciados, contribución personal e individual a gastos familiares conjuntos que hubo de asumir, de hecho, la demandada hasta que en el aludido procedimiento civil se adoptaron las medidas económicas a cargo del Sr. Pedro Francisco, momento a partir del cual, ha sido también acreditado, la hoy apelante empezó a afrontar el pago del préstamo hipotecario.

En consecuencia, debe ser estimado el presente recurso y revocado el fallo de la sentencia apelada, tras haberse concluido que era inviable la acción de reembolso del importe que, en concepto de cuotas de amortización del préstamo suscrito para la adquisición de la vivienda familiar, se ha ejercitado en la demanda, la que por ello se desestima íntegramente con las consecuencias inherentes a dichos pronunciamientos en materia de costas, que no son otros que la de imponer al demandante las causadas en la primera instancia (artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y no hacer expresa declaración de condena respecto de las originadas en esta alzada (artículo 398.2 de la citada Ley).

SUCESIONES

La mera posesión de la vivienda, o tener un porcentaje de cuota superior, no habilita al heredero para obtener su adjudicación en la partición, pues si el bien es indivisible deberá procederse a la venta del bien y reparto del precio.

AP Orense, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de septiembre de 2011

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Fernando Alañón Olmedo**

La sentencia dictada por la Sra. Juez del Juzgado de 1.ª Instancia de Bande de 2 de junio de 2010 es recurrida en alzada por la representación procesal de la parte demandante, quien interesa se dicte nueva resolución por la que, al acoger la motivación contenida en su escrito de interposición del recurso, se rectifique el cuaderno particional presentado por el contador partidor D. Nicanor y en su virtud se atribuya a la apelante una proporción de participación en la «casa do zapateiro», en Os Bullos, que integra el haber hereditario de D.ª Rebeca, no inferior al 75%; esta declaración conllevará las debidas rectificaciones.

La base jurídica para la obtención del pronunciamiento anterior la residencia el apelante en el contenido del artículo 756 de la Ley de enjuiciamiento civil, de donde parte para instar la aplicación del artículo 1057 del Código Civil y así al comprenderse la vivienda en cuestión dentro del haber ganancial que integraba la sociedad conyugal formada por la acusante anteriormente citada y su esposo D. Ernesto, en atención a que éste legó a la recurrente la participación que pudiera ostentar en la referida casa, debe seguirse el deseo de D. Ernesto y en consecuencia procede rectificar el cuaderno particional. Otras alegaciones se concretan en la mala relación que existe entre los herederos, la posesión habitual de la casa por parte de la recurrente y la necesidad que establece el artículo 786 de la Ley de enjuiciamiento civil de procurar la indivisión de los bienes y la posibilidad de adjudicación de la vivienda a solo uno de los herederos tal y como se dispone en el artículo 1062 del Código Civil.

No cabe atender al primero de los argumentos ofrecidos por la recurrente sencillamente

porque la sucesión que se contempla no es la de D. Ernesto sino la de D.ª Rebeca y la vivienda en cuestión fue atribuida al haber propio de esta en la liquidación de la sociedad de gananciales que formaba con su esposo. Esta liquidación alcanzó firmeza al obtener tal condición el auto de 14 de octubre de 2008 (folio 410). La casa se adjudicó a D.ª Rebeca y por tanto su destino dominical es absolutamente ajeno a las disposiciones que sobre la misma hubiera podido realizar D. Ernesto. No se trata, por tanto, de quiebra alguna del artículo 786.1 de la Ley de enjuiciamiento civil —«El contador realizará las operaciones divisorias con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante; pero si el testador hubiere establecido reglas distintas para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, se atenderá a lo que resulte de ellas, siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos. Procurará, en todo caso, evitar la indivisión, así como la excesiva división de las fincas»— porque la sucesión que se contempla no es aquella que se rige por un testamento realizado por persona distinta, que es lo que parece pretender la recurrente. En consecuencia no cabe atender a infracción normativa alguna al basarse la argumentación de la recurrente en este punto en título distinto de aquel que rige la sucesión de D.ª Rebeca.

En cuanto a la infracción del contenido del artículo 1062 del Código Civil no se ha producido tal. Este precepto dispone la posibilidad de que la cosa indivisible sea adjudicada a uno de los coherederos, pero tal atribución tiene idealmente un momento posterior a la adjudicación de porcentajes a cada uno de los coherederos de ahí que se establezca la posibilidad de que

cualquiera de los coherederos inste la subasta del bien común con admisión de licitadores extraños, lo que no sería posible de admitirse la adjudicación inmediata en el cuaderno particional.

Asimismo hemos de detallar que no hay motivo alguno para adjudicar la casa en cuestión a la recurrente pues la mera posesión anterior a la partición no habilita para obtener tal adjudicación. Supone lo anterior la regularidad del cuaderno particional en este punto sin que la adjudicación de porcentajes de participación de la vivienda en cuestión suponga quebranto de precepto alguno. La situación de indivisibilidad del inmueble debe llevar a la extinción del con-

dominio con la venta del bien común y reparto del precio obtenido; esta es la solución que se deriva de la adjudicación verificada en el cuaderno particional que resulta por ello ajustada a derecho.

Finalmente y en lo que se refiere a las malas relaciones existentes entre los interesados, no es cuestión que jurídicamente pueda fundamentar la revocación del cuaderno particional y respecto a las mejoras y costes soportados por los recurrentes por la posesión previa de la casa litigiosa, será cuestión a liquidar de conformidad con la aplicación de las reglas de liquidación de los estados posesorios.

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

GUARDA Y CUSTODIA

La obsesión de la madre por las relaciones del padre con el menor, que ella insiste en calificar de abuso sexual, aunque han sido archivadas la dos denuncias que formuló, es calificada por el equipo psicosocial como una actitud que no beneficia en absoluto al menor, pudiendo llegar a degenerar en un elemento de pronóstico negativo en su adecuado desarrollo. Por ello se considera más adecuado cambiar la custodia en favor del padre.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Gijón, Sentencia de 24 de febrero de 2012

Magistrada-Juez Ilma. Sra. D.ª Ana López Pandiella

Dictada sentencia en juicio de divorcio en fecha 25 de febrero de 2009, en la que se establecía la atribución de la guarda y custodia del menor a la madre con régimen de visitas a favor del padre y la obligación de éste de abonar la cantidad de 120 euros al mes, se plantea demanda de modificación de medidas con el fin de que se atribuya la guarda y custodia al padre como principal pedimento. Funda la parte dicha pretensión en los continuos incumplimientos del régimen de visitas por parte de la madre y el hecho de que la madre haya denunciado hasta en dos ocasiones al padre por presuntos abusos sexuales al menor, denuncias que dieron lugar a la apertura de diligencias previas en distintos Juzgados de esta ciudad y que han sido archivadas, poniendo de relieve el perjuicio que para la salud psíquica del niño representa la manipulación en contra de su padre que la madre ejerce sobre el niño.

Pues bien, ha quedado acreditado que Dña. Rosa ha mostrado una voluntad reticente a que se lleven a cabo los encuentros entre padre e hijo,

poniendo continuas excusas y advirtiendo de peligros inexistentes en los encuentros entre padre e hijo, como lo demuestra el hecho de que la madre acuda de forma reiterada y compulsiva a los servicios de urgencias infantiles del Hospital de Cabueñes donde es conocida por todos los profesionales del mismo, exigiendo que al menor se le efectúen reconocimientos médicos completos antes y después de cada visita con el padre, que no debe olvidarse nunca ha sido condenado por abuso sexual hacia su hijo y sin que en ninguna de dichas exploraciones se haya advertido de la presencia de signos de abuso sexual en el menor. Queda constatado igualmente que tras la primera denuncia la madre logró la suspensión del régimen de visitas entre padre e hijo, pretensión que acompañó también a la interposición de la segunda denuncia, siendo obvio que esos lapsos de tiempo sin contacto paterno-filial afectan negativamente al menor, máxime teniendo en cuenta que los procedimientos surgidos tras las denuncias por abusos fueron archivados por to-

tal ausencia de pruebas. Igualmente se constata la obsesión de la madre por las relaciones del padre con el menor que ella insiste en calificar de abuso sexual, habiendo destacado el equipo psicossocial adscrito al Juzgado que dicha actitud de la madre no beneficia en absoluto al menor pudiendo llegar a degenerar en un elemento de pronóstico negativo en su adecuado desarrollo; conductas todas estas en las que la madre insiste como se comprueba a raíz del informe emitido por el personal del PEF en fase de diligencias finales.

Todos estos datos hacen que aparezca el padre como el progenitor más idóneo para asumir la guarda y custodia del menor, teniendo presente siempre que el interés a proteger es el del niño y estimando que permanecer con la madre supone para el niño un claro riesgo de desequilibrio emocional, riesgo elevado que hace que se prime ese cambio de guarda y custodia. El argumento esgrimido por el letrado de la madre acerca de que el niño no ha presentado ningún síntoma que evidencie que la conducta de la madre le ha afectado psicológicamente, no es aceptable ni mucho menos. Y ello porque todos los profesionales que han intervenido en esta problemática familiar (personal del PEF, miembros del equipo psicossocial, personal de urgencias pediátricas del Hospital de Cabueñes) han coincidido en alertar del riesgo para el niño no en este momento sino muy probablemente en su etapa adolescente en el caso de que se insista en someterlo, como hace a la madre, a revisiones continuas criminalizando de forma constante la relación del menor con su padre.

En esta materia, 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, 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 aquel interés, tales como la audiencia de los menores si tuvieran suficiente juicio (art. 92. CC, que señala que el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos, así como que en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda. 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.

Pues bien no puede obviarse, en este aspecto, la importancia de la prueba practicada en esta instancia, en especial la documental referida a los informes de seguimiento del menor. En esencia, el cambio de custodia es necesario para el desarrollo integral del menor, concluyendo esta Juzgadora que no es conveniente que la custodia se mantenga a favor de la madre y ello para evitar que el menor llegue a sufrir algún daño irreversible.

No puede obviarse, en este aspecto, la importancia de la prueba practicada en esta ins-

tancia, en especial la documental referida a los informes de seguimiento del menor y, decisivamente, por su contenido y contundencia, las manifestaciones de los peritos del equipo psicosocial adscrito a los Juzgados de Gijón, que permite ser apreciada con inmediatez por esta Juzgadora y sometida al principio de contradicción. En esencia, los mismos, que realizaron los informes de seguimiento entrevistándose con el padre, con la madre, y con el menor, acudiendo a los domicilios de éstos, se ratificaron en el acto de la vista en ellos, manifestaron que han hecho a lo largo de todo el proceso judicial seguido por esta familia varios informes de seguimiento y consideran que el cambio de custodia del menor, otorgándosele al padre en auto de medidas provisionales en noviembre de 2011, fue necesario para el desarrollo integral del mismo y, además, resultó muy positivo; asegurando además el vínculo con la madre. Añadieron que el cambio siguió un curso normal y nunca generó trastornos al menor, que se adaptó rápidamente a la variación de la custodia, normalizando su vida cotidiana en compañía de su padre y en otro centro educativo, obteniendo buen rendimiento escolar y relacionándose con normalidad con el padre; manifestaron los peritos que el cambio de custodia es necesario para el desarrollo integral del menor, concluyendo esta Juzgadora que no

es conveniente que la custodia se mantenga a favor de la madre, ya que el hijo es feliz en estos momentos.

Planteada por tanto la conveniencia de ese cambio de guarda y custodia, procede establecer el régimen de visitas a favor de la madre. Es obvio que dicho régimen debe consistir en fines de semana alternos sábados y domingos desde las 17 a las 20 horas, y efectuándose dichas visitas bajo supervisión del PEF. No procede tal y como pretendía la representación letrada de la madre que se articule, al menos en este momento, un régimen de visitas normalizado de fines de semana alternos con pernocta ante el informe emitido por el PEF de Gijón. En él se alerta del comportamiento que la madre presenta hacia el menor y en la insistencia de la misma sobre el supuesto abuso del padre hacia el niño, haciendo énfasis en que su hijo está en peligro y calificando al padre de «depravado». No obstante, considera esta Juzgadora que procede acordar que se lleven a cabo informes por parte del equipo psicosocial adscrito a los Juzgados con una periodicidad de seis meses al efecto de poder incrementar dichas visitas hasta que pueda fijarse un régimen normalizado, o bien mantener las mismas en el modo fijado en esta resolución o incluso restringirlas si así se estima oportuno.

GASTOS EXTRAORDINARIOS

Debe admitirse al ejecutado, en el trámite de oposición previsto en la regla 4.^a del artículo 776, no sólo la alegación de que el gasto extraordinario reclamado tiene la condición de gasto ordinario, sino también que, aun tratándose de un gasto extraordinario, la parte ejecutante no cumplió alguno de los requisitos de que depende el nacimiento de la obligación, según el propio título ejecutivo, como la consulta y previa obtención del consentimiento o, en su defecto, la subsidiaria autorización judicial.

Juzgado de 1.^a Instancia núm. 24 de Madrid, Auto de 18 de octubre de 2011

Magistrado-Juez Ilmo. Sr. D. Juan Pablo González del Pozo

El pronunciamiento de la resolución judicial dictada en los procesos de familia que impone a ambos progenitores la obligación de abonar por mitad (o en otra proporción) los gastos ex-

traordinarios que se produzcan en la vida de sus hijos, no constituye un título judicial de condena al pago de una cantidad líquida, y ni siquiera liquidable mediante simples operaciones arit-

méticas, sino un pronunciamiento de condena al pago de una obligación futura, genérica, de tracto sucesivo, condicional y de cuantía indeterminada, cuyo nacimiento está sujeto, además, al cumplimiento de determinados requisitos de índole subjetiva.

La exigibilidad de la obligación requiere, en primer lugar, la individualización o concreción de la obligación genérica, mediante una labor de calificación del gasto realizado por el progenitor custodio en el común descendiente, bien como gasto incardinable en el concepto de extraordinario, por concurrir en él las notas de excepcionalidad e imprevisibilidad, bien como mero dispendio, por resultar excesivo y/o innecesario o no conveniente.

Junto a ese presupuesto objetivo de exigibilidad, deben concurrir otros de naturaleza subjetiva, cual es la acreditación de haberse solicitado del ejecutado la prestación del oportuno consentimiento a la realización del gasto, salvo que éste tuviere carácter necesario y fuere urgente e inaplazable, consentimiento previo a la realización del gasto que opera como condición del nacimiento de la obligación

Siendo esto así, dada la naturaleza de la condena contenida en el título ejecutivo judicial en que se ha de sustentar el despacho de ejecución, puesto que la condena al pago de los gastos extraordinarios es una obligación futura, ilíquida, genérica y condicional, resulta palmaria la inadecuación de las causas de oposición establecidas en el artículo 556.1 LEC, previstas para condenas al pago de cantidad líquida, para canalizar los motivos de oposición del progenitor ejecutado a la reclamación de la deuda de gastos extraordinarios por el ejecutante, en cuanto la ejecución del pronunciamiento de la sentencia en sus propios términos, tal como ordena el artículo 18.2 de la LOPJ, obliga a admitir al ejecutado, como defensas frente al despacho de ejecución instado por el ejecutante, que el gasto reclamado no es extraordinario o que, siéndolo, el acreedor no cumplió los requisitos de que se hace depender el nacimiento de la obligación, cuales son la consulta y previa obtención del consentimiento a la realización del gasto o, en su defecto, la subsidiaria autorización judicial.

A solucionar (de modo parcial e incompleto) esa laguna legal ha subvenido la nueva regla cuarta del artículo 776 de la LEC, introducida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, que es del tenor literal siguiente:

«Artículo 776. Ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas.

Los pronunciamientos sobre medidas se ejecutarán con arreglo a lo dispuesto en el Libro III de esta ley, con las especialidades siguientes: (...)

4.^a Cuando deban ser objeto de ejecución forzosa gastos extraordinarios, no expresamente previstos en las medidas definitivas o provisionales, deberá solicitarse previamente al despacho de ejecución la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario. Del escrito solicitando la declaración de gastos extraordinario se dará vista a la contraria y, en caso de oposición dentro de los cinco días siguientes, se convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 440 y siguientes y que se resolverá mediante auto».

Esta nueva regla 4.^a del artículo 776 LEC configura legalmente el incidente declarativo regulado en la misma como una cuestión incidental de previo pronunciamiento respecto del proceso principal de ejecución forzosa en reclamación de gastos extraordinarios, al establecer que la iniciación y terminación de este incidente ha de ser previa al despacho de ejecución («... deberá solicitarse previamente al despacho de ejecución la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario...»).

Ello hace de aplicación a este incidente declarativo las disposiciones contenidas en los artículos 387 a 393 de la LEC, referidos a las cuestiones incidentales, en todos los aspectos no regulados en la propia regla 4.^a del artículo 776, si bien no puede dejar de señalarse que, en realidad, la tramitación del incidente establecida en el 776.4.^a LEC es idéntica a la prevista en el artículo 393.3 LEC para la sustanciación de las cuestiones incidentales que no tuvieran prevista en la LEC otra tramitación.

Una de las cuestiones que suscita este novedoso incidente es la determinación del objeto procesal del incidente declarativo mismo, esto es, el contenido de las cuestiones sustantivas que pueden debatirse y resolverse en él.

En principio, el objeto procesal de este incidente ha de constreñirse, según la literalidad del precepto, a la declaración de que la cantidad reclamada tiene o no la consideración de gasto extraordinario y, por tanto, la única cuestión litigiosa a dilucidar en el incidente habría de ser si la cantidad reclamada merece, según el título ejecutivo judicial, la consideración de gasto extraordinario u ordinario. Sin embargo, cabe plantearse si pueden ser objeto procesal de este incidente declarativo otras pretensiones, subordinadas y dependientes de la principal, relativas a la concurrencia en el caso concreto de los presupuestos o requisitos necesarios para que, según el propio título ejecutivo, nazca la obligación de pago de los gastos extraordinarios concretamente reclamados, como determinar si se ha consultado o no al ejecutado el gasto extraordinario proyectada solicitando del mismo la prestación del oportuno consentimiento; si el gasto se ha realizado sin el consentimiento del otro progenitor o sin la supletoria autorización judicial previa a la realización del gasto; si el gasto es necesario o conveniente para el menor o superfluo; o, por último, si era o no urgente e inaplazable y ello autorizaba a prescindir de recabar el previo consentimiento del otro progenitor.

Pues bien, a la vista de la manifiesta inadecuación e insuficiencia del artículo 556.1 de la LEC para canalizar y dar cobertura, como causas de oposición a la ejecución, a las alegaciones del ejecutado referidas al incumplimiento de esos requisitos necesarios para el nacimiento de la obligación de pago de gastos extraordinarios, parece que ha de entenderse, haciendo aplicación analógica de la regla 4.ª del artículo 776 de la LEC, que es viable habilitar y utilizar este incidente declarativo para resolver en él todas esas cuestiones sustantivas, conexas a la declaración del gasto como extraordinario, de cuya existencia depende el nacimiento de la obligación. En consecuencia, dado que el artículo 18.2 de la LOPJ obliga a ejecutar la sentencia en sus propios términos y el 556.1 no contempla ad-

mitir como causas de oposición a la ejecución las antes expresadas en relación con los gastos extraordinarios, deberá admitirse al ejecutado, en el trámite de oposición previsto en la regla 4.ª del artículo 776, no sólo la alegación de que el gasto extraordinario reclamado tiene la condición de gasto ordinario, sino también que, aun tratándose de un gasto extraordinario, la parte ejecutante no cumplió alguno de los requisitos de que depende el nacimiento de la obligación, según el propio título ejecutivo, como la consulta y previa obtención del consentimiento o, en su defecto, la subsidiaria autorización judicial.

La razón de ser que fundamenta la existencia del incidente regulado en la regla 4.ª del artículo 776, es, en definitiva, evitar, en virtud del principio de economía procesal, despachar ejecución por impago de unos gastos extraordinarios que, finalmente, puedan ser considerados ordinarios, convirtiendo en inútiles todas las actuaciones practicadas en el proceso de ejecución seguido hasta entonces. La misma identidad de razón existe para seguir el incidente cuando, aun reconociéndose el carácter extraordinario de los gastos reclamados, el ejecutado alega el incumplimiento de requisitos de los que depende el nacimiento y la exigibilidad de la obligación misma.

En otros términos, se trata de dar cabida en la regla 4.ª del artículo 776 a motivos de oposición a la ejecución de gastos extraordinarios que tienen fundamento en el propio título ejecutivo judicial y que no pueden invocarse en el trámite de oposición a la ejecución dados los taxativos términos del artículo 556.1 de la LEC.

Es cierto que, de no admitirse la alegación de tales motivos de oposición, en relación con los gastos extraordinarios, en el incidente del artículo 776.4.ª LEC cabría invocar por el ejecutado, en el trámite de oposición al despacho de ejecución, la nulidad radical del despacho de ejecución, conforme al artículo 559.1.3.ª, por no concurrir uno de los presupuestos objetivos cuya presencia íntegra y completa el título de ejecución en aquellos supuestos en que el gasto extraordinario no es exigible porque no se recabó su consentimiento a la realización del mismo, o porque, efectuada tal consulta sobre el gasto proyectado se denegó la aprobación por el ejecutado. Pero no lo es menos que carece

de sentido y es contrario al principio de economía procesal despachar ejecución por un gasto declarado extraordinario en el incidente del artículo 776.4.º de la LEC para después estimar la oposición a la ejecución basada en la nulidad del despacho de ejecución por la circunstancia de que el gasto extraordinario reclamado no es exigible al ejecutado por no haberse recabado al ejecutado la prestación de su previo consentimiento al mismo, expresamente impuesto en el título ejecutivo como requisito necesario para el nacimiento de la obligación. Ello convertiría en inútiles todas las diligencias de ejecución practicadas hasta entonces.

En el presente caso, la sentencia que constituye el título ejecutivo de que trae causa este incidente, establece en el apartado 6.º del fallo, en relación con el pago de gastos extraordinarios, el siguiente pronunciamiento:

«Igualmente deberá satisfacer (el padre) la mitad de los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de la hija menor, tales como intervenciones quirúrgicas, prótesis, largas enfermedades, etc., siempre que se acrediten suficientemente, sean consultados previamente con él (siempre que sea posible) o sean autorizados por el juzgado en caso de discrepancia entre los padres».

Aplicadas las consideraciones expuestas en los dos razonamientos que anteceden al presente caso ha de estimarse parcialmente la solicitud del actor ejecutante y declarar que tiene el carácter de gasto extraordinario el pago de la factura de la plantilla ortopédica de la hija menor de los litigantes, por importe de 171,36 euros, declaración con la que mostró su conformidad el demandado ejecutado en el acto de la vista.

En cuanto a los gastos odontológicos reclamados, por importe de 2.850 euros, si bien

tienen la condición de extraordinarios por ser excepcionales y de imposible previsión, tampoco son exigibles por no haberse acreditado haber llevado a cabo el desembolso de la cantidad que pretende reclamarse, al ser el documento presentado un mero presupuesto que no acredita que el gasto se haya realizado, sin perjuicio de la posible reclamación judicial si se acreditare la previa consulta y acuerdo o, en su defecto, la previa autorización judicial. La actora manifestó haber satisfecho ya la cantidad de 350 euros de dicho presupuesto, pero no aportó la factura correspondiente, y, en consecuencia, no puede estimarse acreditada la realización de gasto alguno por tal concepto.

Por lo que se refiere al gasto de 3.187,61 euros correspondiente a la estancia de la menor en Nueva York entre los días 1 y 28 del mes de julio de 2010, para realizar un curso de inglés, si bien tiene carácter de extraordinario, no es exigible al padre al haber sido decidida tal estancia de la menor en el extranjero de modo unilateral por la madre, sin consulta al progenitor paterno, tal como quedó de manifiesto en el interrogatorio de la actora, la cual vino a admitir no haber recabado el consentimiento paterno al decir que lo dio por supuesto dado que en el verano de 2009 el padre aceptó que la menor realizara un curso de inglés de similar duración en la ciudad de A Coruña. Argumento que no puede acogerse porque la prestación de consentimiento a la realización de un gasto extraordinario por parte del progenitor no custodio no implica la anuencia a posteriores gastos extraordinarios futuros, aunque sean de naturaleza similar a los precedentemente consentidos. En el caso, además, había notables diferencias entre uno y otro curso por el lugar de realización, uno en España y otro en los Estados Unidos de Norteamérica, y por el evidente coste superior del realizado en el extranjero.

Revista de

Derecho de Familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

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 29 de julio de 2011

1. En sentencia firme de divorcio, se aprueba el convenio regulador propuesto por los cónyuges, que contiene, entre otros extremos, la liquidación de la disuelta sociedad de gananciales. En dicho convenio se inventaría en el activo de la disuelta sociedad conyugal, la vivienda familiar que se dice perteneciente a la sociedad de gananciales por compra. Ese bien es adjudicado a la esposa, compensando ésta el exceso al que había sido su marido, mediante transferencia bancaria por importe de 41.987,45 euros, cantidad que viene a reflejar la mitad de la cantidad amortizada del préstamo hipotecario, que grava la vivienda, con cargo a la sociedad de gananciales (35.987,46 euros), incluidos intereses y gastos, más la que aportó el marido en metálico (6.000 euros) para la adquisición de vivienda. El registrador deniega la inscripción de la vivienda en el Registro por constar inscrita a nombre de ambos esposos por mitades indivisas con carácter privativo, por compra en estado de solteros.

2. Según la doctrina de este Centro Directivo (cfr. las Resoluciones citadas en los «Vis-tos» 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 considera 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, 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, 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 del registrador. 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 a través de toda la Ley Hipotecaria, así como de su Reglamento, salvo contadas excepciones que son ajenas al caso ahora debatido.

3. Ciertamente, según los artículos 1216 del Código Civil y 317.1 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, 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 aquéllos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse. Según este criterio 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).

4. Precisando más los límites de la citada doctrina, 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. En algunos casos se trata de 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 1397 y 1404 del Código Civil, y 18 de la Ley Hipotecaria).

5. En este sentido, es doctrina reiterada de esta Dirección General (vid., Resoluciones citadas en los «Vistos») que son válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges, y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial (vid. artículo 1223 del Código Civil), siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto (vid. artículo 609 del Código Civil), entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes, no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada con sus propios elementos y características. Estos desplazamientos patrimoniales se someterán al régimen jurídico determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (cfr. artículos 609, 1255 y 1274 del Código Civil) y subsidiariamente por la normativa del Código Civil. En todo caso, han de quedar debidamente exteriorizados y precisados en el título inscribible los elementos constitutivos del negocio de aportación por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial, y especialmente su causa, que no puede presumirse a efectos registrales (vid. artículos 1261.3 y 1274 y siguientes del Código Civil). La especificación de la causa es imprescindible para acceder a la registración de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinación registral, como

por ser presupuesto lógico necesario para que el registrador pueda cumplir con la función calificadora, y después practicar debidamente los asientos que procedan (vid. artículos 9 de la Ley Hipotecaria, y 51 y 193.2 de su Reglamento, y Resoluciones de 20 de febrero de 2003, 10 de marzo de 2004, 8 de junio de 2009, 29 y 31 de marzo de 2010 y 19 de enero de 2011).

6. En el presente caso no puede entenderse que el negocio jurídico celebrado tenga su adecuado reflejo documental. Se trata de un bien comprado por mitad y proindiviso en estado de solteros por quienes ahora firman el convenio regulador, incluyéndolo como integrante de la sociedad de gananciales que se disuelve, pero sin expresión del negocio jurídico por el que se produce tal ganancialidad. En consecuencia 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 divorcio (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.

7. 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 (adviértanse las diferencias entre la adquisición a título oneroso y las realizadas a título gratuito, así con relación a su protección —cfr. artículos 34 de la Ley Hipotecaria y 1297 del Código Civil— como a 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.

Siendo el inmueble privativo del esposo, y habiéndose notificado el embargo a la esposa al tratarse de la vivienda familiar, no puede denegarse su inscripción con base en la nacionalidad marroquí de los cónyuges y la no constancia del régimen económico matrimonial.

DGRN, Resolución de 22 de julio de 2011

1. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes:

Consta inscrita una finca a favor de don M. F., de nacionalidad marroquí, y casado en régimen de separación de bienes. Del Registro resulta que adquirió en primer lugar una mitad indivisa de la misma, siendo soltero, adquiriendo con posterioridad la otra mitad, como consecuencia de la disolución de la comunidad. En la fecha de la disolución ya estaba casado, compareciendo su esposa, quien declaró que estaban casados en régimen de separación de bienes y afirmando ambos cónyuges que el dinero empleado era de carácter privativo. En posterior inscripción de hipoteca se afirma que

la finca constituye la vivienda familiar, y la esposa dio su consentimiento a dicho gravamen. Por tanto resulta del Registro que la finca es propiedad exclusiva del marido y que constituye la vivienda familiar.

Se presenta mandamiento judicial en el que, en ejecución de títulos judiciales se embarga la finca referida, y se notifica el embargo a la esposa. La registradora suspende la inscripción por entender que debe acreditarse la legislación marroquí y seguirse lo que disponga, y, de no ser así, debe demandarse también a la esposa.

El recurrente considera, por el contrario, que basta la notificación al cónyuge del deudor, conforme a lo dispuesto en los artículos 541.2 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil y 144 del Reglamento Hipotecario.

2. En el caso de embargo de bienes de la comunidad conyugal de extranjeros este Centro Directivo en su Resolución de 21 de enero de 2011 ha concluido que el artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario permite la práctica del embargo de bienes gananciales en aquellos casos en los que, estando demandado uno de los cónyuges, el embargo haya sido notificado al otro. El precepto, sin embargo, somete la aplicación de esta regla a un requisito material previo: que el régimen económico del matrimonio sea el de gananciales o, por analogía, cualquier otro régimen de comunidad de bienes. En presencia de supuestos de tráfico externo como el presente, el criterio del artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario evidentemente se mantiene, en la medida en que se trata de una regla procesal y, en consecuencia, sometida al juego de la *lex fori*, pero la verificación del requisito material previo de aplicación de la regla, esto es, que el régimen económico del matrimonio sea uno de comunidad de bienes, únicamente podrá constatarse mediante la previa aplicación de la norma de conflicto contenidas en el artículo 9.2 del Código Civil. Por tanto, si como consecuencia del juego de las mencionadas normas de conflicto no se verifica tal requisito, el recurso a la solución prevista en el artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario quedaría descartado y el embargo únicamente podría anotarse si se hubiera emplazado a ambos cónyuges.

Resulta indudable, tal y como se señala en las Resoluciones citadas en los «Vistos», que desde un punto de vista estrictamente dogmático, el momento relevante para la acreditación del régimen económico debería ser el de la inscripción de la adquisición de un bien por extranjero casado, a fin de inscribir éste según la determinación de dicho régimen, tal y como preceptúa el artículo 51.9.a) del Reglamento Hipotecario. Sin embargo, teniendo en cuenta, por un lado, la problemática que plantea tal prueba, y, por otro, que lo determinante en el momento de la disposición del bien será el régimen aplicable en tal momento, y no el régimen vigente en la adquisición, este Centro Directivo primero y el artículo 92 del Reglamento Hipotecario tras la

reforma de 1982 después, asumieron que la solución más acertada consiste en aplazar tal prueba para el momento de la enajenación o gravamen posterior, inscribiéndose la adquisición con una referencia al régimen aplicable, y demorando la prueba para el momento de la enajenación.

Por otro lado, en el caso de que no se acredite el contenido del ordenamiento extranjero designado por el artículo 9.2, la solución debe ser la misma para aquellos casos en los que el régimen económico que se derive de la aplicación del mencionado precepto sea un régimen de separación de bienes, es decir, la denegación de la anotación del embargo. En supuestos de esta naturaleza no resulta posible acreditar la sumisión del matrimonio a un régimen de comunidad de bienes y, en consecuencia, tampoco podría acudir a la regla especial prevista en el artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario.

Con relación a esta última cuestión, esto es, la acreditación del ordenamiento extranjero, debe recordarse que este Centro Directivo ya ha afirmado de forma reiterada que, al igual que en el ámbito procesal el Derecho extranjero ha de ser objeto de prueba (cfr. artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo ha de ser también en el registral (vid., entre otras, Resoluciones de 17 de enero de 1955, 14 de julio de 1965, 27 de abril de 1999, 1 de marzo de 2005 y 20 de enero de 2011). Ahora bien, también se ha señalado en diversas ocasiones que la aplicación del Derecho extranjero por autoridad pública que desarrolla funciones no jurisdiccionales se sujeta a reglas especiales que se apartan de la solución general contemplada en el artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que se adaptan a las particularidades inherentes al ámbito extrajudicial. En consecuencia, los preceptos mencionados quedan como subsidiarios para el caso de que las normas especiales sobre aplicación extrajudicial del Derecho extranjero no proporcionen una solución. Pues bien, una de las consecuencias de este tratamiento especial es que si al registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del Derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender ésta, sin que pueda aplicar, tal y como sostiene la jurisprudencia mayoritaria para los procedimientos judiciales,

el ordenamiento sustantivo español. Por tanto, en el caso de que no se acrediten las normas aplicables y ante la imposibilidad de conocer el régimen económico del matrimonio, el único modo de evitar la indefensión del cónyuge no deudor consiste en dirigir la demanda contra ambos cónyuges.

Es cierto que esta Dirección General ha señalado en diferentes ocasiones que las autoridades públicas que desarrollan funciones no jurisdiccionales (cfr. artículos 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 168.4 del Reglamento Notarial y 36.2 de la Ley Hipotecaria) pueden realizar bajo su responsabilidad un juicio de suficiencia respecto de la alegación de la Ley extranjera aunque no resulte probada por las partes, siempre que posea conocimiento de la misma (vid. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero y 1 de marzo de 2005, y 20 de enero de 2011). Sin embargo, es necesario tener presente que la indagación sobre el contenido del ordenamiento

extranjero es una simple potestad del registrador, sin que tal tarea constituya en absoluto para él una obligación.

3. Sin embargo, en el presente supuesto debe llegarse a la solución contraria, ya que aquí se trata de un bien privativo del embargado que constituye la vivienda familiar: En este caso ha quedado acreditado que el bien tiene tal carácter y por tanto no será de aplicación el régimen propio de los bienes gananciales. También ha sido acreditado la condición del bien inmueble como vivienda habitual por lo que será de aplicación el artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario que establece una regla específica para la vivienda familiar, consistente en que si el régimen del matrimonio exige el consentimiento del cónyuge del embargado, basta con notificarle el embargo. Por tanto, aunque tal régimen exija el consentimiento, el precepto contenido en el artículo 144.5 establece que cuando la vivienda sea privativa del embargado, bastará la notificación al otro cónyuge.

Tras dictarse la sentencia de divorcio, los cónyuges liquidan la sociedad de gananciales mediante escritura pública que debe acceder al Registro de la Propiedad, sin que la registradora pueda negarse a la inscripción exigiendo la aportación del convenio regulador por si existe algo que contradiga lo establecido en el mismo.

DGRN, Resolución de 19 de julio de 2011

1. De los defectos señalados en la nota, se subsanó el relativo a la falta de inscripción en el Registro Civil, de la sentencia de divorcio la cuestión que se plantea en el presente recurso es si, ante la presentación en el Registro de una escritura en la que, como consecuencia de una sentencia de divorcio, se liquida la sociedad de gananciales, adjudicando el activo y pasivo —constituido por una vivienda y la hipoteca que la grava— a la esposa, la cual compensa económicamente del exceso, es necesaria la presentación del convenio regulador. Así lo exige la registradora, a fin de determinar si en la escritura ahora presentada existe algo que contradiga lo establecido en el convenio.

2. Como han afirmado el Tribunal Supremo y esta Dirección General (vid. Sentencias

y Resoluciones citadas en el «Vistos»), el derecho de uso de la vivienda familiar concedido mediante sentencia, no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquél que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección. No se establecen más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda.

3. Es cierto que la liquidación de los gananciales puede hacerse en el convenio regula-

dor, pero ello no quiere decir que deba hacerse necesariamente en el mismo, pues el artículo 90 del Código Civil no la impone con carácter obligatorio. En consecuencia, en el supuesto de que no se haga en el convenio, como ocurre en el presente caso, según afirmación de los cónyuges, el documento adecuado para practicarla es la escritura pública de liquidación.

4. Se plantea entonces la esencia del problema planteado y es si puede la registradora pedir tal convenio para examinar su concordancia con la escritura. Debe negarse tal posibilidad, pues, en una cuestión puramente patrimonial, los cónyuges no ven limitada su libertad contractual por el contenido de dicho convenio.

5. Ante la preocupación de la registradora por la vivienda habitual hay que decir que, como consecuencia de la naturaleza del derecho al uso de tal vivienda, que, como ha dicho este Centro Directivo (vid. Resoluciones citadas en el «Visitos»), no es un derecho real sino de carácter familiar, la defensa del mismo está encomendada siempre a uno solo de los cónyuges, el titular de tal derecho, y tal cónyuge puede hasta renunciar al mismo consintiendo la enajenación de la vivienda. En consecuencia, la atribución de la propiedad a uno solo de los cónyuges no puede contradecir nunca el derecho al uso, pues el mismo, si se atribuye al cónyuge titular, lo refuerza, y si se atribuye al otro, no impide que éste inscriba el derecho al uso.

SUCESIONES

Inscrito un bien en *pro indiviso* a nombre de ambos cónyuges que manifiestan estar en separación de bienes, fallecido el esposo, no puede la viuda inscribir una liquidación de la sociedad de gananciales alegando que hubo un error en la mención del régimen, sin acreditar al mismo tiempo de forma fehaciente las circunstancias de estar casados en régimen de gananciales.

DGRN, Resolución de 23 de agosto de 2011

1. Inscrito un inmueble por mitad y *pro indiviso* a favor de dos cónyuges en virtud de escritura de compraventa en la que manifestaron estar sujetos a régimen económico matrimonial catalán de separación de bienes, en la escritura ahora presentada de liquidación de gananciales y manifestación de herencia, la viuda, en su propio nombre y como heredera del premuerto, solicita la rectificación de los asientos registrales para hacer constar que en realidad estaban casados en régimen de gananciales. El registrador en su nota de calificación suspende la rectificación por entender que los asientos están bajo la salvaguardia de los tribunales y que sólo pueden rectificarse por consentimiento de los titulares registrales o por resolución judicial firme, sin que se haya tampoco acreditado fehacientemente la circunstancia de estar casados en régimen de gananciales, siendo insuficiente la manifes-

tación formulada por doña A.F.R. después del apartado «título» correspondiente a la finca de este número, de conformidad con lo establecido en el artículo 95.6 *in fine* del Reglamento Hipotecario. Tampoco considera suficiente la diligencia notarial posterior en el título presentado, en el que el cónyuge sobreviviente doña A.F.R. aclara que ella y su esposo en el momento de la compraventa previa, tenían la vecindad civil común, por no haber transcurrido diez años para adquirir la residencia catalana, y que a la fecha del matrimonio no habían otorgado capitulaciones matrimoniales, y que, por tanto, el régimen supletorio aplicable a su matrimonio y por ende a la compra era el común de gananciales.

2. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que es un principio básico en nuestro Derecho hipotecario (cfr. por todas, las Resoluciones de 2 de febrero de 2005 y 19 de diciembre de

2006) que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud. Por tanto, la rectificación de los mismos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya a algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho (cfr. artículo 40 de la Ley Hipotecaria).

No puede alterarse, por tanto, el contenido de los asientos sin dicho consentimiento o resolución judicial, o sin una acreditación fehaciente de lo manifestado que desvirtúe el contenido de la escritura pública de compraventa que motivó la inscripción vigente. Esta Dirección General ha declarado en diversas ocasiones (entre otras, las Resoluciones de 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980, 10 de septiembre de 2004 y 13 de septiembre de 2005) que cuando la rectificación se refiere a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes y auténticos, independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, no es precisa la aplicación del artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, pues bastará para llevar a cabo la subsanación tabular la mera petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren y acrediten el error padecido.

3. En el supuesto de hecho de este expediente no cabe duda de que el cónyuge sobreviviente, al reunir la condición de titular registral de una mitad indivisa y ser heredero del cónyuge premuerto, titular registral de la restante mitad indivisa, puede realizar la rectificación del asiento, al no existir otros titulares de derechos inscritos que puedan ser perjudicados, sin ser necesario por tanto acudir a medios supletorios de acreditación fehaciente de la inexactitud registral.

Ahora bien, aceptado lo anterior, lo que no cabe es una manifestación genérica del régimen económico matrimonial, sin especificar si es el legal supletorio o el convencional. Como ha manifestado este Centro Directivo (vid. Resolución de 15 de junio de 2009 y 5 de marzo de 2010) «el

régimen económico matrimonial de gananciales puede ser el régimen legal supletorio, en defecto de capítulos, cuando así lo determine la aplicación de las normas de Derecho interregional, o uno de los posibles regímenes convencionales. Y, si bien es cierto que en muchos casos no es tarea sencilla el determinar cuál es el régimen legal supletorio, es necesario que el notario, en cumplimiento de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autoriza, a la hora de redactar el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes —que deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico—, despliegue la mayor diligencia al reflejar en el documento autorizado cuál es el régimen económico matrimonial que rige entre los esposos. En tal sentido, establece el artículo 159 del Reglamento Notarial que si dicho régimen fuere el legal bastará la declaración del otorgante, lo cual ha de entenderse en el sentido de que el notario, tras haber informado y asesorado en Derecho a los otorgantes, y con base en las manifestaciones de éstos (que primordialmente versan sobre datos fácticos como su nacionalidad o vecindad civil al tiempo de contraer matrimonio, su lugar de celebración o el de la residencia habitual y la ausencia de capítulos —cfr. artículos 9.2 y 16.3 del Código Civil—), concluirá que su régimen económico matrimonial, en defecto de capítulos, será el legal supletorio que corresponda, debiendo por tanto hacer referencia expresa a tal circunstancia —el carácter legal de dicho régimen— al recoger la manifestación de los otorgantes en el instrumento público de que se trate».

4. Ahora bien, lo que no puede compartirse es que el artículo 95.6 del Reglamento Hipotecario, relativo a confesiones de privatividad posteriores a la inscripción, que no pueden ser variadas con posterioridad, impida la rectificación de un asiento inexacto. Consecuentemente con lo señalado, no basta una mera manifestación por el cónyuge sobreviviente heredero del premuerto y ni siquiera es suficiente una diligencia posterior de manifestación complementaria por éste, sino que en el propio título debe ser una conclusión a la que llegue el propio notario autorizante derivada de aquellas manifestaciones, lo que no consta en el título presentado, aun siendo de fácil subsanación.

Se deniega la inscripción de una escritura de manifestación de herencia de un ruso al no acreditarse el contenido y vigencia del derecho extranjero.

DGRN, Resolución de 28 de julio de 2011

1. El supuesto de hecho del presente recurso se refiere a una escritura mediante la que se formaliza la liquidación de una sociedad conyugal integrada por dos cónyuges de nacionalidad rusa y domiciliados en Rusia, previamente disuelta por fallecimiento del esposo, así como la aceptación y adjudicación de los bienes hereditarios dejados por el causante a favor de la viuda. A la escritura se incorporaron copias del certificado de defunción del citado causante, expedido por autoridad registral rusa, y un denominado «certificado de derecho a la herencia por ley», expedido por un notario ruso, en el que se certifica que «según lo establecido en el artículo 1142 del Código Civil de la Federación Rusa, la heredera de los bienes de don S.A.T., fallecido el 10 de abril del año 2010, sean en lo que consistieren y donde quiera que se encuentren, es su esposa doña I.A.T.». Se acompaña asimismo traducción de ambos documentos a idioma español —sin que conste autor ni fidelidad de la traducción—, y la correspondiente apostilla respecto del certificado de defunción del causante. No se acompaña certificado del Registro de Actos de Última Voluntad, ni ruso ni español.

Por otra parte, resultan igualmente relevantes en la resolución del presente recurso los siguientes hechos: no consta en la documentación calificada si el causante tenía hijos, descendientes o ascendientes y, en caso de haberlos, cuáles son los derechos que pudieran corresponderles en la herencia del causante conforme a la legislación rusa; no consta si el causante había otorgado testamento en Rusia o en España; en la escritura calificada tampoco consta manifestación del notario autorizante relativa a su conocimiento de la legislación rusa.

2. La registradora suspende la inscripción porque entiende que, conforme a lo dispuesto por los artículos 9.8 del Código Civil, 14 de la Ley Hipotecaria y 36 de su Reglamento, es preciso probar y acreditar el contenido del De-

recho extranjero, por alguno de los medios recogidos en este último artículo, respecto de los siguientes extremos: a) que el derecho aplicable a la sucesión de los bienes inmuebles del causante radicados en España es la legislación rusa; b) que el certificado aportado constituye título sucesorio conforme a la ley aplicable; y c) la naturaleza y régimen, conforme a la ley aplicable, de los eventuales derechos legitimarios que pudieran existir. El notario recurrente opone a ello que del certificado notarial incorporado a la escritura resulta claro que el derecho aplicable a la sucesión de los bienes inmuebles del causante radicados en España (o en cualquier otro lugar) es la legislación rusa; que de lo anterior resulta que el certificado notarial incorporado a la escritura constituye, junto al certificado de defunción también incorporado, título sucesorio; y que en cuanto a la naturaleza y régimen de eventuales derechos legitimarios, el repetido certificado no contiene reserva alguna al respecto.

3. En primer lugar, con carácter de cuestión procedimental previa, hay que recordar que, conforme ha declarado reiteradamente este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 13 de marzo de 2007, 22 de octubre, 3, 5 y 9 de diciembre de 2008 y 12 de febrero de 2010), el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria no contempla la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación, ceñida a los defectos esgrimidos por el registrador sustituido. Así resulta del párrafo segundo de la regla quinta del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria conforme al cual «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. Por tanto no procede examinar ni prejuzgar en este recurso, por no constituir objeto del mismo, los defectos añadidos por el registrador sustituto a la calificación inicial. Por otra parte, respecto de la revocación por el registrador sustituto del primer defecto, dado que tal revocación se formula con carácter condicional a la previa acreditación de la autenticidad del «certificado de derecho a la herencia por ley» y de la fidelidad de su traducción, extremos que no se han acreditado ni en el momento de la calificación inicial o sustitutoria ni en otro posterior, ha de entrarse en el análisis del referido defecto primero de la calificación recurrida.

4. En cuanto a la cuestión de fondo planteada, hay que recordar que conforme a reiterada doctrina de este Centro Directivo, la aplicación a un supuesto concreto de una determinada legislación extranjera queda sometida necesariamente a su acreditación ante el registrador ya que, como en el ámbito procesal, el Derecho extranjero ha de ser objeto de prueba (cfr. artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), también lo ha de ser en el notarial y registral (vid., entre otras, Resoluciones de 17 de enero de 1955, 14 de julio de 1965, 27 de abril de 1999, 1 de marzo de 2005 y 20 y 21 de enero de 2011). Es cierto, no obstante, que este Centro Directivo ya ha señalado en diversas ocasiones que la aplicación del Derecho extranjero por autoridad pública que desarrolla funciones no jurisdiccionales se sujeta a reglas especiales que se apartan de la solución general contemplada en el artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que se adaptan a las particularidades inherentes al ámbito extrajudicial. En consecuencia, los preceptos mencionados quedan como subsidiarios para el caso de que las normas especiales sobre aplicación extrajudicial del Derecho extranjero no proporcionen una solución. Una de las consecuencias de este tratamiento especial es que si al registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del Derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender ésta. No cabe, en consecuencia, someter la validez del

acto a lo dispuesto en el ordenamiento español, tal y como sucede en un proceso judicial.

La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, tal y como señala la Resolución de esta Dirección General de 1 de marzo de 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Según este precepto los medios de prueba del Derecho extranjero son «la aseveración o informe de un notario o cónsul español o de diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable». El precepto señala además que «por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles». La enumeración expuesta no contiene un *numerus clausus* de medios de prueba, como se desprende del hecho de que el precepto afirme que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse «entre otros medios» mediante estos mecanismos. Asimismo, en el caso concreto de los informes elaborados por Cónsules, Diplomáticos o funcionarios extranjeros, evidentemente deberán ser considerados como documentos extranjeros, si bien no se les serán exigibles inexcusablemente los requisitos de legalización y traducción impuestos por los artículos 4 de la Ley Hipotecaria y 36 del Reglamento Hipotecario para que el registrador pueda hacer uso de ellos en su calificación ya que tales preceptos se refieren únicamente a los documentos que hayan de ser inscritos. Cuestión distinta será el valor que confiera el registrador en su tarea calificadoria a los documentos que no cumplan tales requisitos.

Por otro lado, al igual que en sede judicial, se mantiene la exigencia contenida en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual no sólo es necesario acreditar el contenido del Derecho extranjero sino también su vigencia (vid., entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de

1990 y 25 de enero de 1999). Es decir, no basta la cita aislada de textos legales extranjeros sino que, por el contrario, debe probarse el sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del respectivo país. Asimismo, esta Dirección General ha señalado en diferentes ocasiones que las autoridades públicas que desarrollan funciones no jurisdiccionales (cfr. artículos 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 168.4 del Reglamento Notarial y 36.2 del Reglamento Hipotecario), pueden realizar bajo su responsabilidad un juicio de suficiencia respecto de la alegación de la ley extranjera aunque no resulte probada por las partes, siempre que posea conocimiento de la misma (vid., entre otras, Resoluciones de 14 de diciembre de 1981, 5 de febrero y 1 de marzo de 2005). La indagación sobre el contenido del ordenamiento extranjero no constituye en absoluto una obligación del registrador, o del resto de autoridades no judiciales ante las que se inste la aplicación de un ordenamiento extranjero, sino una mera facultad, que podrá ejercerse incluso aunque aquél no sea invocado por las partes. En consecuencia, el registrador, pese a que quien insta la inscripción no acredite el contenido del ordenamiento extranjero de acuerdo a los imperativos expuestos, podrá aplicar un Derecho extranjero si tiene conocimiento de él o indaga su contenido y vigencia. En caso contrario, deberá suspender la inscripción.

5. En el presente supuesto, la calificación negativa de la registradora se basa, en concreto, en la necesidad de acreditar el derecho extranjero en cuanto a tres extremos: que el derecho aplicable a la sucesión de los bienes inmuebles del causante radicados en España es la legislación rusa; que el certificado aportado constituye título sucesorio conforme a la ley aplicable; y la naturaleza y régimen, conforme a la ley aplicable, de los eventuales derechos legítimos que pudieran existir. Y en aplicación de la doctrina antes expuesta no puede confirmarse la calificación,

respecto al primero de los tres extremos señalados, pues la determinación de cuál haya de ser la ley material aplicable a un supuesto internacional corresponde a la autoridad del foro, en este caso al registrador, ya que no debe ser objeto de confusión la falta de obligatoriedad de conocer el Derecho extranjero con la obligatoriedad de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable, conforme al artículo 12.6 del Código Civil, norma que, como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 20 de enero de 2011, impone la aplicación de oficio de la norma de conflicto que resulte aplicable al supuesto, en este caso el artículo 9.8 del Código Civil.

En cuanto a los otros dos extremos, por el contrario, se ha de confirmar la calificación, pues sin la previa acreditación del contenido y vigencia del Derecho ruso no puede calificarse, en los términos exigidos por la legislación española (cfr. artículo 18 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes), la validez de los actos documentados, pues ni consta que el certificado notarial extranjero aportado sea el título sucesorio, en el sentido de título inscribible por ser aquel en el que funda inmediatamente su derecho la persona a favor de la cual se pide la inscripción (cfr. artículo 14 de la Ley Hipotecaria), ni los posibles derechos a la herencia de los eventuales legítimos o herederos forzosos del causante, en caso de haberlos. En definitiva, faltan elementos básicos del Derecho extranjero aplicable, sin que la ausencia de acreditación ante la registradora haya sido suplida ni por declaración de su conocimiento por el propio notario autorizante del documento, ni por ningún otro medio previsto por el ordenamiento jurídico español (cfr. artículos 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 36 del Reglamento Hipotecario). Tampoco, la registradora calificante ha dispensado de tal acreditación por tener conocimiento suficiente y directo del contenido y vigencia de tal legislación extranjera.

Revista de

Derecho de Familia

SECCIÓN PRÁCTICA

EFFECTOS RETROACTIVOS DE LA SENTENCIA DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS

Interponer una demanda de modificación de medidas y obtener una sentencia estimatoria implica reconocer que llegó un momento en el que las medidas adoptadas con anterioridad ya no respondían a las circunstancias que concurrieron entonces y precisamente por ello era necesario modificarlas o suprimirlas. Como es fácil intuir cuando se trata de medidas de carácter económico surge la cuestión de qué sucede con las pensiones que se devengaron desde la fecha en que se produjo el hecho modificativo o extintivo, o lo que es lo mismo desde cuándo puede tener efectos retroactivos la Sentencia que se dicta en el procedimiento de modificación de medidas.

No existe en la jurisprudencia un criterio uniforme en esta cuestión, y por ello vamos a analizar las distintas opciones que pueden presentarse:

1. EFECTOS RETROACTIVOS DESDE LA FECHA DEL HECHO QUE MODIFICA LAS CIRCUNSTANCIAS

La base jurídica de esta tesis está en evitar el abuso de Derecho y el enriquecimiento injusto, ya que si en un determinado momento el hijo es independiente económicamente o concurre causa de extinción de la pensión compensatoria, aunque la extinción de la pensión se haya decretado por una sentencia de modificación de medidas, sus efectos deben retrotraerse a la fecha en que desapareció aquella necesidad o el desequilibrio económico.

Hay que reconocer que es minoritaria la jurisprudencia que apoya esta tesis y hemos constatado que solo se aplica a aquellos supuestos en los que pueda constatarse de una manera objetiva que concurre la causa de extinción; piénsese, por ejemplo, cuando el hijo es contratado de forma indefinida por una empresa o adquiere la condición de funcionario público, o la ex esposa que contrae matrimonio o ha accedido a un empleo público. En cambio, no será de aplicación cuando exista una duda razonable en cuanto a si el hecho tiene o no entidad para modificar las medidas.

Ni que decir tiene que para que pueda concederse efectos retroactivos a esta extinción es requisito necesario e imprescindible que el actor solicite dichos efectos en el suplico de la demanda, ya que si falta petición de parte la extinción nunca tendrá efectos retroactivos.

«La sentencia dictada en el incidente de modificación de medidas que extingue la pensión alimenticia, en el presente caso, despliega sus efectos desde la fecha en que el hijo encontró su actual trabajo». AP León, Sec. 2.^a, S. 29-11-1999.

«La acreditación de la causa de extinción de alimentos en fase de ejecución permite declarar la no exigibilidad desde la fecha de la concurrencia de la misma». AP Madrid, Sec. 24.^a, A. 20-6-2002.

«Desestimación de la demanda de ejecución en la que la ex esposa reclamaba las cinco últimas anualidades de pensión compensatoria al haberse acreditado que desde que se fijaron las medidas han concurrido causas de extinción de la misma, causas que han sido reconocidas por la propia ejecutante». AP Granada, Sec. 3.^a, S. 29-6-2002.

«Debe retrotraerse el pronunciamiento extintivo al momento en que el hijo comience a disfrutar de recursos propios con los que cubrir sus propias atenciones». AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 26 de marzo de 2010.

En los casos en que se dicta Sentencia declarando extinguida la pensión, suele ejercitarse por quien abonaba la pensión una acción de reclamación de cantidad solicitando la devolución de las pensiones abonadas indebidamente al haberse producido un enriquecimiento injusto en el percceptor. Un ejemplo de ello es el caso analizado por la SAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 15 de octubre de 2010, que estima las pretensiones del actor reclamando la devolución de las pensiones alimenticias y compensatorias abonadas desde que tanto la hija como la ex esposa contrajeron nuevo matrimonio:

«No parece que en principio haya de discutirse tanto el carácter de consumible de los alimentos como el hecho de que las resoluciones por las que se establezcan, modifiquen o extingan las medidas derivadas de un procedimiento matrimonial tienen carácter constitutivo y no declarativo, de ahí que sus efectos se hayan de producir «ex nunc», y por tanto sin retroacción. Este es el criterio que en general se viene manteniendo en las Audiencias del territorio nacional, habiendo las recurrentes citado algunas de ellas así como otras varias de otros tribunales, a las que podríamos añadir a título de ejemplo las sentencias de 10-2-09 y 26-1-10 de la Audiencia Provincial de Barcelona, en los que se afirma el efecto no retroactivo habida cuenta del carácter consumible.

Por otro lado, este criterio general no está exento de posibles excepciones y no ya en los supuestos de abuso de derecho o mala fe, sino en otros que se han considerado en diversas resoluciones de la llamada jurisprudencia menor.

Así, podemos referirnos a la sentencia de 22-1-10 de la Audiencia Provincial de Cádiz, que resolviendo un asunto en el que se planteaba el efecto retroactivo de la extinción de una pensión compensatoria, tras aludir a la regla general del carácter constitutivo, diferenció claramente entre los supuestos en los que se requiere para acordar la extinción de la medida una actividad deductiva de valoración probatoria para resolver si se debe entender acreditada la circunstancia determinante al efecto (como podría ser una nueva convivencia o una mejora de fortuna), lo que impediría por su falta de fijeza y concreción previa la eficacia retroactiva, y aquellos otros supuestos en los que dicha circunstancia podría resultar indubitada (como el matrimonio o fallecimiento) y ello ya en relación a la pensión compensatoria o alimentos, en cuyo caso sí podría darse el efecto retroactivo.

En términos parecidos se pronunció la sentencia de 5-10-09 de la Audiencia Provincial de Pamplona, que consideró que cuando la extinción de las obligaciones alimenticias resultare procedente en base a la existencia en momento anterior de una circunstancia manifiesta e indiscutible se podría producir una excepción a la regla general de no retroacción.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Granada en su sentencia de 11-9-09 negó el efecto retroactivo más allá de la interpelación judicial en un supuesto en el que el obligado a pagar la pensión compensatoria lo habría seguido haciendo aún con conocimiento de la alteración sustancial.

Descartada la existencia de mala fe de las demandadas y ahora recurrentes, lo cierto es que existió una causa objetiva de extinción de las pensiones alimenticia y compensatoria, cual fue los matrimonios contraídos por ambas, siendo ésta una circunstancia que acreditada exime de cualquier valoración o elucubración, pues viene establecida expresamente en lo que a la pensión compensatoria se refiere en el art. 101 del Código Civil y en lo que respecta a los alimentos puede racionalmente inferirse del art. 152.3 de dicho cuerpo legal.

En este sentido, y analizando un caso similar, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 23-12-04, citada por el actor, señaló que la carencia de causa que justificare la pensión de alimentos determinó un cobro de lo indebido constitutivo de un enriquecimiento injusto, figura ésta respecto de lo cual nuestro Tribunal Supremo ha venido en algunas resoluciones recientes confiriendo a la ausencia de causa un sentido no meramente formal sino material, señalando como esencial la inexistente justificación de desplazamiento patrimonial producido, de tal manera que la causa se desvanece con el hecho de no obedecer el pago a una relación obligacional; así, no es necesario que exista mala fe o un acto ilícito por parte del demandado como supuestamente enriquecido, sino que es suficiente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, lo que es compatible con la buena fe (sentencia 14-12-94) o, como dice la sentencia de 18-11-05, ausencia de justificación en su origen por no haber razón legal o negocial que explique la desarmonía producida.

En suma, y sin desdeñar el criterio sentado en las resoluciones antes citadas, es a juicio de este Tribunal la vía del enriquecimiento injusto la más adecuada a los efectos de fundar el éxito de la pretensión.

Las recurrentes achacan al actor retraso desleal en orden al ejercicio de la acción, de manera que aún conociendo la nueva situación de su ex esposa e hija habría continuado abonando las pensiones de forma voluntaria, aserto que basan fundamentalmente en las declaraciones de Doña Almudena, quien supuestamente lo habría comunicado a su padre, lo que, como señaló el Sr. Juez de instancia y esta Sala comparte, no se ha de dar por probado, ya que ello no se compadece con la relación que se señala existía entre padre e hija, de ningún contacto e incluso de temor. Por otro lado, tampoco encaja bien que existiendo tan mala relación D. Luis, caso de conocer el hecho del matrimonio, hubiese continuado abonando las pensiones en lugar de reclamar de inmediato su cese».

2. EFECTOS RETROACTIVOS DESDE LA FECHA DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA

Teniendo en cuenta que los hechos en que se basa la petición de modificación o extinción ya se habían producido cuando se presentó la demanda, suele formar parte del suplico de la demanda que los efectos de la modificación o extinción se retrotraigan a la fecha de presentación de la demanda.

«Declarada la extinción de la pensión alimenticia en la sentencia de modificación de medidas, sus efectos deben retrotraerse a la fecha de interposición de la demanda». AP Granada, Sec. 4.ª, S. 19-3-2002.

«La extinción de la pensión alimenticia tiene efectos desde la firmeza de la sentencia que la declara, salvo —excepcionalmente—, que exista un previo requerimiento judicial o extrajudicial para la extinción y que así se pida en la demanda. En el presente caso no habiéndose producido dicho requerimiento sólo se concede efectos desde la fecha de presentación de la demanda, tal y como se pidió en la misma, puesto que se ha demostrado razonablemente que en ese momento ya concurría la causa de extinción». AP Álava, Sec. 1.ª, S. 9-9-2004.

«No cabe ahora retrotraer a la fecha de presentación de la demanda la nueva cuantía de la pensión alimenticia, cuando además no se observa ningún abuso del derecho por quien tenía derecho a percibir una cantidad conforme a una sentencia firme». AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de febrero de 2009.

«Extinción de las pensiones alimenticias de los hijos desde la fecha de presentación de la demanda». AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 21 de septiembre de 2009.

«A la fecha de interposición de la demanda consta plenamente acreditado que el hijo mayor estaba trabajando, plenamente incorporado a la actividad laboral percibiendo unos ingresos superiores a los 900 euros que le proporcionaba la capacidad económica para vivir independientemente, por lo que los efectos de la extinción deben retrotraerse a la fecha de interposición de la demanda». AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 14 de junio de 2010.

Sin embargo, también encontramos resoluciones que deniegan este efecto retroactivo y que se apoyan en que los efectos de la sentencia se producen *ex nunc*. La Sentencia de la Sec. 1.ª de la AP de Cáceres de 29 de mayo de 2011 entiende que ha de distinguirse entre las pensiones que se constituyen *ex novo* y aquellas que se constituyen modificando la previamente establecida, en virtud de recurso o de un procedimiento de modificación de medidas o de un divorcio precedido de un procedimiento de nulidad, separación o divorcio anterior. En las primeras, la fecha del devengo de las pensiones es el de la presentación de la demanda y en las segundas el de la sentencia: «Como se dice por el Juzgador de instancia, aunque es cierto que dicha cuestión ha sido objeto de controversia por las Audiencias Provinciales, existiendo tesis contrapuestas, es lo cierto, que el criterio mayoritario y el del Tribunal Supremo, es que el día inicial del devengo de la pensión alimenticia es desde la fecha de presentación de la demanda, concretamente, la STS de 30 de octubre de 2010 viene a zanjar la cuestión en el sentido expuesto. Dice la sentencia que ha de distinguirse entre las pensiones alimenticias que se constituyen *ex novo*, y aquellas que se constituyen modificando la previamente establecida, en virtud de recurso o de un procedimiento de modificación de medidas o de un divorcio precedido de un procedimiento de nulidad, separación o divorcio anterior. En las primeras, la fecha del devengo de las pensiones es el de la presentación de la demanda y en las segundas el de la sentencia, y ello porque considera de aplicación el Art. 148 C.C. a cuyo tenor los alimentos se abonarán desde la fecha en que se interponga la demanda».

3. EFECTOS DESDE LA FECHA DE LA SENTENCIA DEL JUZGADO

Las resoluciones que apoyan esta tesis entienden que al tratarse la Sentencia de modificación de una resolución declarativa, los efectos que produce son *ex nunc* y no *ex tunc*, es decir, desde el momento en que se estima por el órgano judicial en sentencia la realidad

de la variación sustancial de circunstancias que determinan que se declare el aumento o la reducción del *quantum* de la pensión o bien su extinción, y esto se produce a partir de la fecha de la resolución dictada en primera instancia.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de octubre de 2008, se pronunció sobre esta cuestión señalando que «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. Siguiendo esta tesis, la pretensión de devolución o pago por diferencias que solicita el recurrente es improcedente, en aras del principio de seguridad jurídica, ya que la resolución dictada despliega sus efectos desde que se dicta, no dándose la situación de injusticia que denuncia, en la medida que cuando se planteó la demanda de modificación de medidas pudo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 775.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, haber solicitado la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en el pleito anterior de divorcio, mecanismo procesal que no utilizó».

Como vemos en la anterior Sentencia nuestro alto tribunal precisa que el actor pudo pedir la modificación provisional de las medidas, lo que hubiese paliado, si es que es estimada su pretensión, los efectos perniciosos que produce la dilación de la sustanciación del procedimiento de modificación.

En una nueva Sentencia, en este caso de fecha 23 de noviembre de 2011, el Tribunal Supremo ha vuelto a analizar esta cuestión, ratificando que los efectos deben producirse desde la fecha de la Sentencia que acuerda la extinción, además la particularidad del caso es que la causa de extinción —convivencia de la ex esposa con un tercero— era conocida por el esposo durante mucho tiempo atrás y la consintió:

«El único motivo del recurso se centra en la infracción del Art. 101 CC en relación a la determinación del momento de la extinción de la pensión compensatoria. La sentencia recurrida sigue la corriente mayoritaria que entiende que la extinción opera desde la fecha de la sentencia, sin efecto retroactivo. Pero señala que existe una contradicción entre las Audiencias Provinciales y cita como favorables a la recurrida, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zamora, de 15 enero 1999, Córdoba, sección 2.ª de 12 abril 2000 y 25 abril 2002 y como sentencias contrarias, las de Barcelona, sección 18, de 16 febrero 2007 y Madrid, sección 24, de 11 diciembre 2001 y 12 marzo 2008, que sostienen la posibilidad de retrotraer los efectos de la extinción de la pensión al tiempo de la concurrencia de la causa.

En el recurso de casación, el recurrente se limita a pedir que se declare que la extinción de la pensión compensatoria se retrotraiga al momento en que se produjo la causa. Debe recordarse que ha quedado probado que el recurrente conocía la concurrencia de la causa en el momento de plantearse la sentencia de separación y a pesar de ello, no se opuso al reconocimiento de la pensión en aquel procedimiento, ni intentó una posterior modificación de las medidas. El principal argumento para afrontar la primera de las cuestiones planteadas es considerar que si bien, como regla general, los efectos de la separación se consolidan con el divorcio, no necesariamente debe ocurrir así, porque el divorcio es una situación nueva que puede dar lugar a unos efectos distintos a la separación, derivados de su propia naturaleza extintiva del matrimonio, tal como establece el art. 86 CC. El divorcio es distinto de la separación y por ello pueden replantearse todas las medidas tomadas en la primera, entre ellas, la de la pensión compensatoria. La ley ha previsto un procedimiento de modificación de medidas para los casos en que la situación de base que ha solucionado la crisis matrimonial haya cambiado; por ello, con mayor razón, puede plantearse una modificación en el procedimiento de divorcio, puesto que se trata de una nueva situación que exigirá nuevas soluciones. Por ello se va a exigir que se pida la ratificación de las anteriores medidas, ya que de otro modo, deberían plantearse de nuevo todas y cada una de ellas.

En conclusión, el divorcio constituye una nueva y distinta solución que será definitiva desde el momento de la firmeza de la sentencia, que en este aspecto, es constitutiva y por ello, todos sus efectos se van a producir desde la firmeza de la sentencia de divorcio (STS 106/2010, de 17 marzo y las allí citadas, entre otras).

La segunda de las cuestiones resulta más concreta y lleva a resolver el punto relativo a si el deudor de la pensión que ha consentido que se establezca, conociendo la concurrencia de la causa en el procedimiento de la separación, puede pedir que se extinga en el momento del divorcio. Si aplicáramos la teoría del consentimiento, esta Sala debería llegar a la misma solución que la sentencia dictada en primera instancia, por aplicación de la doctrina de los actos propios, derivada del principio de buena fe. Pero si consideramos, como esta Sala entiende, que el divorcio es una situación nueva en la que deben fijarse los efectos correspondientes, debemos concluir que, como ha efectuado la sentencia recurrida, es posible alegar la causa ya concurrente, por la característica constitutiva del divorcio. Pero esta nueva situación solo será efectiva desde la sentencia de divorcio y, por tanto, no puede ser retroactiva al momento de la demanda.

En el presente supuesto, no es posible estimar el recurso de casación en el que se pretende que la extinción de la pensión se produzca con efectos retroactivos al momento en que concurrió la causa, es decir, antes de la sentencia de separación, porque: 1.º El recurrente la conocía en el momento de la demanda de separación y a pesar de ello, la consintió y no planteó posteriormente un procedimiento de modificación de medidas, para pedir su extinción durante el periodo durante el que se mantuvo la separación. Por tanto, existió conformidad mientras se mantuvo la separación. 2.º La nueva situación creada por el divorcio permite la extinción de la pensión por concurrencia de una causa probada, pero ello no será efectivo desde el momento de la concurrencia de la causa como pretende el recurrente, sino desde la sentencia que acuerda el divorcio».

«La sentencia en la que se acuerda reducir la cuantía de la pensión compensatoria decretada en su día no puede tener efecto retroactivo ni puede acordar la devolución de la diferencia por pago indebido». AP Baleares, Sec. 4.ª, S. 8-1-2004.

«Los efectos de la extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital sólo se producen desde la fecha de la sentencia que así lo acuerda no pudiendo retrotraerse a una fecha anterior». AP Badajoz, Sec. 3.ª, S. 9-2-2004.

«No es jurídicamente admisible que la sentencia que se dicte en un procedimiento de modificación de medidas de retroactividad a la extinción de la pensión alimenticia desde el momento en que ocurre el hecho que determina esa modificación ya que las sentencias de separación y divorcio tienen efectos constitutivos “ex nunc”». AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 8 de junio de 2007.

«Los efectos de la extinción de la pensión alimenticia solo puede retrotraerse a la fecha de la sentencia de primera instancia, pues al tratarse de una resolución declarativa, estos son “ex nunc” y no “ex tunc”. Por tanto, nunca podrán concederse desde que el hijo comenzó a trabajar». AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 10 de septiembre de 2009.

«No procede conceder efectos retroactivos a la sentencia que modifica las medidas ya que no se trata de una reclamación *ex novo* de pensiones, sino de la extinción o reducción de las acordadas en un previo proceso de separación que subsisten hasta la firmeza de la sentencia de divorcio y sus nuevos efectos civiles». TSJ de Cataluña, Sentencia de 14 de octubre de 2009.

4. EFECTOS DESDE LA FECHA DE LA SENTENCIA DE APELACIÓN

Cuando la Sentencia de apelación confirma la de instancia que modificó o extinguió la pensión, el criterio casi unánime de la doctrina y jurisprudencia es que los efectos se retrotraigan a la fecha de la sentencia de primera instancia, ya que es ésta la que decretó la modificación o extinción de la pensión. Dilatar los efectos a la Sentencia de segunda instancia implicaría una situación de enriquecimiento injusto que no puede venir amparada por el Derecho.

Más dudas ofrece el supuesto en el que la Sentencia de primera instancia desestima la demanda de modificación y es la Sentencia de apelación la que modifica o extingue la pensión, sin embargo, el criterio mayoritario es conceder efectos retroactivos a la modificación o extinción desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

«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». TSJ de Cataluña, Sentencia de 26 de septiembre de 2011.

CASOS PRÁCTICOS

I. VIVIENDA FAMILIAR

Cuando surgió la crisis de la pareja, la esposa y el hijo abandonaron el domicilio familiar fijando su residencia en otro inmueble, dictándose posteriormente sentencia de separación que no hizo pronunciamiento alguno en relación al uso de la vivienda familiar. Cinco años después la madre insta un procedimiento de modificación de medidas y solicita que se le atribuya a ella y al hijo menor el uso del inmueble ¿Puede estimarse esta pretensión?

El criterio mayoritario entre los juzgados y tribunales es no efectuar atribución del uso de inmuebles que desde hace tiempo han dejado de constituir el domicilio familiar. Además, en este caso, se da la circunstancia de que la madre pudo solicitar en el procedimiento de separación que se le atribuyera tal uso y no lo hizo, por lo que cinco años después no puede ejercitar el derecho previsto en el art. 96 del CC.

II. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Constante la sociedad de gananciales, la hermana del esposo hizo tres transferencias a la cuenta corriente de la que eran titulares ambos cónyuges con la finalidad de regularizar el saldo negativo de la cuenta. En la propuesta de inventario el esposo pretende incluir en el pasivo el importe de dichas transferencias alegando que fueron préstamos, a lo que se opone

la esposa, que entiende que se trataba de devoluciones de un préstamo que hicieron los cónyuges a aquella por un dinero que le entregaron en mano.

La cuestión planteada es de valoración de la prueba, y frente a la afirmación de que el matrimonio prestó a la hermana del esposo una determinada cantidad, sin que conste rastro documental alguno, tenemos la prueba del ingreso de dinero en la cuenta de los cónyuges siendo la ordenante de las transferencias la hermana del esposo, por tanto, aplicando lo dispuesto en el art. 217 de la LEC, debe incluirse en el pasivo el importe de las transferencias al no haberse acreditado que existiese *animus donandi* por parte de la hermana del esposo. Igualmente coadyuva a la anterior conclusión que tras ingresarse el dinero en las cuentas, los cónyuges dispusieron rápidamente de él para regularizar el saldo negativo.

III. CUESTIONES PROCESALES

En la demanda de divorcio, el esposo solicita que no se atribuya el uso de la vivienda familiar a ninguno de los cónyuges y que, al ser propiedad de su madre, se acuerde la entrega de la posesión y el uso, previo desalojo por parte de la esposa de todos los muebles y enseres. ¿Puede accederse a lo solicitado?

No. Esta petición no puede ser abordada en un procedimiento matrimonial, en el que únicamente es posible pronunciarse sobre la atribución del uso de la vivienda

conyugal, de acuerdo con los parámetros que establecen los art. 96 y concordantes del Código Civil, estando en consecuencia totalmente vedado su atribución a quien no sea uno de los cónyuges. Lo cual no impide que su propietario pueda hacer uso de su derecho a través del procedimiento que estime adecuado

IV. PENSIÓN ALIMENTICIA

En el convenio regulador de la separación no se fijó pensión compensatoria a favor de la esposa, pero sí una pensión alimenticia a favor de las dos hijas menores de edad que seguían conviviendo con la madre. Ahora ésta se ha incorporado al mundo laboral realizando trabajos de limpieza a domicilio y el padre ha interpuesto una demanda de modificación de medidas solicitando la reducción de la pensión alimenticia al entender que la madre también debe contribuir a las necesidades de las hijas. ¿Podrá tener éxito la demanda de modificación?

Creemos que no, pues, teniendo en cuenta que en el convenio regulador no se estableció a favor de la esposa pensión compensatoria, ya se estaba previendo esa incorporación, al no ser posible atender sus necesidades sin realizar un trabajo remunerado. Por tanto, *stricto sensu* no puede considerarse que se haya producido un cambio sustancial de circunstancias.

V. RÉGIMEN DE VISITAS

El padre ha incumplido en el último mes tres de las cuatro visitas que debían desarrollarse en el Punto de Encuentro sin mediar preaviso ni justificación. ¿Es motivo suficiente para dejar sin efecto el régimen de visitas?

El derecho de visitas sólo ha de ceder ante los supuestos de presentarse peligro

concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor, que no puede asimilarse a incumplimientos más o menos puntuales del progenitor no custodio en la asistencia al Punto de Encuentro. Por tanto lo que procederá será una reducción de las visitas, pues tampoco pueden pasarse por alto los inconvenientes y problemas que para el menor supone acudir al Punto de Encuentro cuando finalmente el padre no se presentará a la visita.

VI. GASTOS EXTRAORDINARIOS

¿La obtención del carnet de conducir tiene carácter de gasto extraordinario?

Es un hecho admitido de forma mayoritaria que el carnet de conducir tiene carácter extraordinario y que, por tanto, ambos padres deben contribuir al pago de los gastos que haya conllevado su obtención en la proporción que en su día se fijase o en su defecto al 50%. Los problemas que se presentan respecto a esta reclamación se centran en dos aspectos, uno si es o no necesario el consentimiento del otro progenitor, y otro si es un gasto necesario. La jurisprudencia ha entendido que, tratándose de un gasto totalmente necesario en los tiempos actuales (SAP Valencia, Sec. 10.^a, de 28-02-11) no se requiere el consentimiento previo de ambos progenitores (AAP Cáceres, Sec. 1.^a, 27-9-11). Sin embargo, algunas resoluciones han entendido que a pesar de su carácter necesario para cualquier persona, no se ha justificado que sea precisa su obtención para la formación o adquisición de empleo por parte del hijo (AAP Vizcaya, Sec. 4.^a, 22-10-10 o AAP Madrid, Sec. 22.^a 4-10-07) y han desestimado la demanda de ejecución en la que se reclamaba al padre el 50%.

VII. CUESTIONES PROCESALES

Tras fallecer la madre, el padre pretende instar un procedimiento para la extinción

de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad por considerar que éste ha alcanzado independencia económica. ¿Podrá interponer una demanda de modificación de medidas o deberá acudir a un juicio verbal de alimentos solicitando su extinción?

Aunque en principio ambas vías pueden ser hábiles para sustanciar la acción de extinción de la pensión alimenticia, creemos que si la pensión alimenticia del hijo se fijó en un procedimiento de divorcio, la petición de extinción deberá tramitarse siguiendo las normas del procedimiento de modificación de medidas, debiendo dirigirse la demanda directamente contra el hijo, ya que después de todo, desde el punto de vista procesal, es el heredero de la madre y quien tendría la legitimación pasiva.

VIII. VIVIENDA FAMILIAR

Los cónyuges residieron durante un tiempo en una vivienda propiedad del padre del esposo, abandonándola posteriormente. Fallecido el propietario del inmueble y habiéndose adjudicado al esposo el inmueble en la partición de la herencia, la esposa solicita que se le atribuya el uso a ella por ser su interés el más necesitado de protección. ¿Puede prosperar la petición que realiza la esposa?

Entendemos que no, puesto que desde ese momento en que los cónyuges abandonaron la vivienda dejó de tener el carácter o la naturaleza de domicilio familiar a los efectos del art. 96 del CC, naturaleza que no puede retomarse ni devolverse con posterioridad, por lo que su pretensión es muy probable que sea desestimada.

IX. PATRIA POTESTAD

La persona que convive actualmente con la madre y con la hija es quien viene ejer-

ciendo *de facto* las funciones de padre. ¿Tiene esta circunstancia algún efecto en cuanto a la petición de la madre de que se prive al padre de la patria potestad?

No. La privación de la patria potestad solo procede, con carácter extraordinario, cuando un progenitor incumpla consciente y reiteradamente sus obligaciones frente al hijo, debiendo tenerse en cuenta, como ha señalado la jurisprudencia, las dificultades que la crisis de la pareja puede tener para el normal desarrollo de la relación paterno filial.

X. PENSIÓN ALIMENTICIA

Se opone el padre a la pretensión de la madre de que se fije una pensión alimenticia alegando que reconoció la filiación de la menor acordando en un documento privado con la madre que esta nunca le reclamaría cantidad alguna para la hija. ¿Qué validez tiene ese documento?

Estando determinada la filiación paterna, el padre debe asumir los deberes inherentes a la patria potestad, entre los que se encuentra el deber de alimentar a los hijos y procurarles una formación integral (art. 154 del CC), siendo este deber irrenunciable, por lo que en nada afecta el acuerdo al que pudiera llegar con la madre de la menor de no asumir responsabilidad económica alguna respecto de ella.

XI. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Unos cónyuges, casados bajo el régimen de separación de bienes, mientras que duró la relación de convivencia se instalaron en un inmueble propiedad de los padres de la esposa, llegando a realizar determinadas obras de mejora, como por ejemplo la instalación de la cocina. Tras el divorcio, el esposo quiere presentar una

demanda frente a su suegro reclamando el importe de la instalación de la cocina que manifiesta que abonó en su integridad con su dinero privativo. ¿Puede prosperar la acción?

Partiendo de la consideración de que la relación jurídica que ligaba a los cónyuges con los padres de la esposa era de precario, hay que entender que la instalación de la cocina no se trataba de una obra de carácter extraordinario para la conservación del inmueble y que se trata solamente de una mejora, por lo que el ex esposo carece de acción para reclamar su importe, pues aunque la cocina tendría el carácter de bien mueble, al incorporarse a la vivienda como elemento para su uso se trata de un elemento cuya remoción supone un deterioro de la vivienda.

XII. PENSIÓN COMPENSATORIA

Dos personas que ya se encontraban jubiladas contrajeron matrimonio y tres seis años de convivencia se produce el divorcio, solicitando la esposa la fijación de una pensión compensatoria, dado que su pensión solo alcanza los 800 euros, mientras que la que percibe el esposo es superior a los 2.500 euros. ¿Se dan los requisitos para el establecimiento de una pensión compensatoria?

Entendemos que no, dado que el desequilibrio no es consecuencia del divorcio sino de la diferencia existente entre las pensiones de jubilación, cuyos importes están en función de las bases de cotización durante la vida laboral, en la que no existía ningún vínculo entre los cónyuges.

XIII. PENSIÓN ALIMENTICIA

Al vivir la hija de forma independiente a sus padres y recibir ingresos procedentes de su trabajo, el padre solicitó la extinción de la pensión oponiéndose la madre

en base a que el padre, a pesar de conocer que gozaba de independencia económica, continuaba haciendo ingresos en la cuenta de la hija, por lo que no puede ir en contra de sus propios actos. ¿Suponen estos hechos un inconveniente para la extinción de la pensión?

No. Si concurre causa para la extinción de la pensión alimenticia debe acordarse así en la correspondiente sentencia, lo que no está en contradicción con el hecho de que el padre quiera realizar actos de liberalidad cuando tenga por conveniente a favor de las hijas.

XIV. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Los cónyuges adquirieron una deuda con una entidad financiera por la compra de un vehículo, y tras no abonar una serie de cuotas, tras la notificación de la deuda a los padres de la esposa, por ser fiadores solidarios de la operación, estos abonaron la deuda. La esposa pretende que ésta se incluya en el pasivo de la sociedad de gananciales, mientras que el esposo se opone a ello al entender que dicha deuda no ha sido reclamada judicial ni extrajudicialmente a los cónyuges. ¿Procederá o no su inclusión en el pasivo?

Siendo la deuda líquida, vencida y exigible es evidente que es totalmente procedente su inclusión en el pasivo de la sociedad, no siendo obstáculo para ello que antes de la comparecencia de inventario los padres de la esposa no hayan realizado ninguna gestión para el cobro.

XV. PENSIÓN ALIMENTICIA

La hija mayor de edad ha iniciado los estudios en la universidad y la madre ha presentado una demanda de modificación de medidas solicitando el incremento de la cuantía de la pensión alimenticia, a

lo que se opone el padre con el argumento de que aquella tiene concedida una beca que sufragará el incremento de los gastos que tenga la hija. ¿Puede prosperar la causa de oposición?

Intervienen numerosos matices en la cuestión, pues no es lo mismo que la universidad esté en la ciudad donde reside la hija o ésta tenga que trasladarse a residir a otra ciudad, o que se trate de universidad pública o privada. De todas formas, con carácter general, es evidente que se producirá un aumento en las necesidades de la hija que lógicamente habrá que cuantificar para comprobar si ese aumento de gastos puede atenderse con el importe de la beca. La AP de Málaga, Sec. 6.^a, en su Sentencia de 21 de septiembre de 2011, en un supuesto en el que a cuantía de la beca estaba próxima a los 3.000 euros no consideró que fuese necesario aumentar la cuantía de la pensión alimenticia.

XVI. PATRIA POTESTAD

Tras la separación, la madre abrió una cuenta a nombre de la hija e ingresó una determinada cantidad. Concedor el padre de la existencia de dicha cuenta hizo diversas disposiciones, tras lo cual la madre interpuso una demanda contra la entidad bancaria, quien se opuso a la reclamación alegando que el padre ejercía también la patria potestad y que no constaba que estuviese privado de ella. ¿Qué solución jurídica admite la cuestión?

Si bien es verdad que la patria potestad corresponde a ambos progenitores en aplicación de lo dispuesto en el art. 154 del CC, también es verdad que en este caso, en la cuenta, constaba la madre como única representante de la hija, y que fue quien abrió la cuenta, no apareciendo en ningún momento el padre como autorizado para realizar disposiciones. Por ello, entendemos que la demanda debe ser estimada, pues la enti-

dad bancaria permitió extracciones de dinero de la cuenta por persona no autorizada en virtud del contrato de cuenta corriente.

XVII. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Con los 60.000 euros percibidos durante el matrimonio por la esposa procedentes de una indemnización por despido laboral se adquirieron unas acciones. En el juicio del inventario se declaró que la indemnización tenía en parte carácter privativo, dado que la esposa llevaba trabajando bastantes años antes de contraer matrimonio, de tal forma que un 40% era ganancial y un 60% privativo, considerándose que las acciones tenían carácter privativo y ganancial en la misma proporción. El esposo pretende que se adjudiquen las acciones a la esposa y que en el activo figuren los 24.000 euros que es el equivalente al 40% de la indemnización. ¿Puede admitirse esta tesis?

No. Si las acciones se han considerado en un 40% de carácter ganancial, habrá que valorarlas e incluir en cuaderno particional su valor a fecha de liquidación, pues el aumento o descenso de su cotización afecta tanto a la parte ganancial como privativa.

XVIII. CUESTIONES PROCESALES

Tras presentarse el escrito de contestación a la demanda en la que el esposo no se oponía a que se decretase el divorcio pero sí a la adopción de algunas medidas, la esposa presenta un escrito de desistimiento. Después del oportuno traslado al demandado, éste se opone y solicita que continúe el procedimiento. Al no haber formulado reconvenición el demandado ¿debe dictarse decreto por el Secretario Judicial acordando el desistimiento o es procedente la

continuación del procedimiento hasta el dictado de una Sentencia?

La conformidad del demandado con la petición de divorcio es motivo suficiente para que continúe el procedimiento y se adopten las medidas que afectan a los hijos menores de edad que, en cualquier caso, deben acordarse de oficio. No habiéndose formulado reconvencción, como es lógico, desistida la parte demandada de su petición de esta clase de medidas, no formarán parte de los pronunciamientos de la sentencia.

XIX. PENSIÓN ALIMENTICIA

Teniendo en cuenta que no existía relación paterno-filial, siendo el hijo mayor de edad pero aún dependiente económicamente de los padres, en el procedimiento de divorcio el padre solicitó que, dentro de los pronunciamientos de la sentencia, se incluyese la obligación de la madre, que era el progenitor con quien convivía el hijo, de remitir al padre al finalizar cada curso universitario las calificaciones del hijo para de esta forma poder conocer si el rendimiento académico era adecuado. ¿Puede incluirse en la sentencia esta obligación?

Con la finalidad de evitar abusos, salvaguardando el legítimo derecho de lograr una buena formación, la Sentencia de la AP de A Coruña de 19 de mayo de 2011 acordó este pronunciamiento, a fin de que el padre pudiese valorar el rendimiento académico del hijo que se iba prolongando en el tiempo, permitiéndole en caso de falta del rendimiento adecuado instar la oportuna demanda de modificación de medidas.

XX. PENSIÓN COMPENSATORIA

El esposo se encuentra actualmente en desempleo, aunque consta su larga tra-

yectoria profesional. ¿Es motivo esta circunstancia para no fijar pensión compensatoria en el divorcio, cuando la esposa se ha dedicado durante todo el matrimonio a la atención de la familia y carece de ingresos?

Aunque se trata de una cuestión controvertida en la que podemos encontrar posiciones jurisprudenciales en ambos sentidos, parece que el criterio determinante está en función del tiempo durante el cual el esposo se encuentre en situación de desempleo y si percibe o no algún tipo de ayudas, pues la fijación de la pensión compensatoria debe atender también a las posibilidades que ambos cónyuges tienen en el futuro inmediato para obtener ingresos.

XXI. PENSIÓN ALIMENTICIA

El hijo mayor de edad, que cuenta actualmente con veintitrés años, ha finalizado sus estudios de enfermería, ante lo cual el padre insta una demanda de modificación de medidas solicitando la extinción de la pensión, alegando que ya se encuentra en disposición de poder acceder a un puesto de trabajo. ¿Puede estimarse la demanda?

Es sabido por todos la dificultad de los jóvenes para encontrar un primer empleo suficientemente remunerado para lograr su independencia económica o de abrirse camino en el mercado laboral, dada la situación económica de profunda crisis en que nos encontramos, por lo que la causa de la extinción de la pensión alimenticia debe atender a la realidad social, por lo que si no se acredita que el hijo se encuentre trabajando, la circunstancia de haber finalizado una carrera universitaria no es causa objetiva para extinguir la pensión.

Revista de

Derecho de Familia

TRIBUNA ABIERTA

INTERVALOS LÚCIDOS Y TESTAMENTO

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*

La capacidad de testar es uno de los temas que plantea, sin duda, más problemas en el complejo marco del Derecho de Sucesiones.

La regla general, como sabemos, es la presunción de capacidad. Esto quiere decir que, en principio, toda persona puede hacer testamento válido, ya que la ausencia de capacidad es la excepción a la regla general y, en todo caso, ha de ser probado que la persona que desea hacer testamento no puede hacerlo por encontrarse en estado de «enajenación mental», tal como podemos comprobar con la lectura de los artículos 662 a 664 de nuestro Código Civil.

La persona que, de forma habitual, o accidental, no se hallare en su «cabal juicio» está, en principio, incapacitada para testar. Para el legislador, hallarse una persona en su cabal juicio quiere decir hallarse con la capacidad bastante, exigida por el Ordenamiento Jurídico, para hacer testamento con plena validez y eficacia. La capacidad del testador hay que apreciarla, tal como preceptúa el artículo 666 del Código Civil, en el momento del otorgamiento del testamento.

Ahora bien; los preceptos mencionados de nuestro corpus legislativo encierran muchas dudas, problemas e incertidumbres, que han de ser despejadas. ¿Qué sucede con los denominados «intervalos lúcidos»? Sabemos que hay enfermedades, patologías, en las que pueden producirse remisiones, naturales o inducidas por fármacos, de la sintomatología. ¿Pueden testar estas personas en estas circunstancias especiales? Éste es el tema que abordamos a continuación.

Cuando hablamos de «intervalo lúcido» estamos conexionando o relacionando la Ciencia Jurídica con la Ciencia Médica y, en concreto, con la Psiquiatría (y la Psicología). En este sentido, cabe afirmar que las dificultades para la concreción del concepto se hacen más arduas, más delicadas.

En nuestro país, un sector doctrinal civilista ha intentado elaborar un concepto de «intervalo lúcido». Así lo ha hecho, por ejemplo, Beltrán de Heredia y Onís⁽¹⁾, expresando que es aquel estado en el que la persona enferma mental recobra transitoria y completamente sus facultades mentales, bien sea por una remisión natural en la evolución de su patología, bien por el empleo de un tratamiento médico adecuado, es decir, de forma induci-

(1) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: «Incapacidad de testar del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, marzo de 1966.

da. Esta tesis no es del todo completa y presenta una objeción importante: si una persona, anteriormente enferma mental, recobra completamente sus facultades mentales —aunque el autor citado dice «transitoriamente»—, no es que se haya producido un intervalo lúcido, sino que su trastorno o dolencia se ha curado, ha remitido de manera completa. Ya no estaríamos, en consecuencia, ante un intervalo lúcido, sino ante la completa curación o sanación de la enfermedad mental que la persona padeciera en su día. Por tanto, hay que distinguir, a mi juicio, entre «intervalo lúcido» y remisión de los síntomas de la patología mental o psíquica del causante, ya que no son sinónimos, no pueden identificarse y su tratamiento legal no debe ser el mismo, ya que el legislador no estaba presuponiendo la curación del testador.

Según José Luis LACRUZ BERDEJO y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA⁽²⁾, no cabe hacer caso omiso del sentido literal del artículo 663.2 del Código Civil —que establece que está incapacitado para testar el que habitual o accidentalmente no se encuentra en su cabal juicio—, y liberar de toda vigilancia médica al testador no incapacitado que «habitualmente no se hallare en su cabal juicio», aunque tenga intervalos lúcidos. Precisamente, desde mi punto de vista, una persona puede encontrarse accidentalmente en un estado que la incapacite para testar con plena validez jurídica y eficacia, pero ese estado puede, efectivamente, ser meramente accidental —pensemos en una fuerte impresión por la circunstancia de presenciar un accidente grave, o el supuesto de las personas alcohólicas, cuando se hallan en estado de embriaguez—. En cambio, cuando se trata de una enfermedad mental grave, que precisa de un tratamiento médico intensivo, la problemática del intervalo lúcido se complica mucho más, ya que existen patologías que difícilmente admiten una remisión de los síntomas, como la esquizofrenia, por ejemplo. En cualquier caso, siempre que exista duda, y esta duda provenga del fedatario que ha de autorizar el testamento, sobre la capacidad del testador en el momento del otorgamiento, deberá el Notario reclamar la intervención de dos facultativos, para que puedan, con fundamento, solventar esas dudas y emitir un dictamen pericial sobre si la persona se encuentra en un intervalo lúcido, o no. En relación con esta cuestión, hay que resaltar que la intervención de los facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por persona que no se halla judicialmente incapacitada, lo que no implica, en ningún caso, que no puedan éstos intervenir, especialmente si el Notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante. A mi juicio, la intervención de los facultativos se va a hacer precisa cuando el fedatario tenga dudas sobre la capacidad mental del testador, pero, también, en aquellos supuestos en los que, sin estar el otorgante incapacitado judicialmente, padezca un trastorno mental más o menos incapacitante y se halle, en el momento del otorgamiento del testamento, en un intervalo lúcido.

La Sentencia de 18 de marzo de 1988 abordó el complejo tema de los intervalos lúcidos, apoyándose en la doctrina, consolidada en nuestro país, que afirmaba que el intervalo lúcido tiene más de ilusión que de realidad y censurando las normas civiles como infundadas desde el punto de vista psiquiátrico. En cualquier caso, nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil, a diferencia del italiano o del francés, permite al declarado incapaz por enfermedad

(2) LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, tomo V, Bosch, Barcelona, 1982.

mental otorgar testamento en un intervalo lúcido. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS expresaba que la principal diferencia entre la persona enferma mental que ha sido declarada judicialmente incapaz y la que, sin haber sido declarada como tal, padece una enfermedad mental, sea permanente o con carácter transitorio, es la siguiente: en el primer supuesto, hay una presunción de incapacidad desde que se pronunció la resolución judicial, y contra esta presunción no se admite más prueba en contrario que la de haber otorgado testamento en un intervalo lúcido. Aquí, el principio general es la incapacidad, y la excepción es la capacidad. La incapacidad, en este supuesto, se presume, al paso que la capacidad habría que probarla.

En el segundo supuesto, en cambio, rigen principios distintos y contrapuestos: la persona que no ha sido declarada judicialmente incapaz se presume que goza de una mente sana y no se admite más prueba en contrario que la de haber otorgado el testamento en un momento en el que no tenía cabal juicio. El principio general, aquí, es la capacidad, al paso que la excepción es la incapacidad. La capacidad se presume, mientras que la incapacidad hay que probarla⁽³⁾.

No obstante, la persona declarada judicialmente incapaz —e incapacitada, por Sentencia judicial, para otorgar testamento, es decir, para la testamentifacción activa— puede tener un intervalo lúcido y, en consecuencia, mientras goce de esa lucidez transitoria, podrá otorgar testamento válido, previo reconocimiento de dos facultativos.

La presencia de los facultativos en el otorgamiento del testamento de la persona con trastorno mental no sólo es necesaria como medio de prueba, sino más bien como requisito o solemnidad necesaria exigida por el legislador civil. El carácter con que concurren los facultativos a un testamento hecho en estas condiciones de intervalo lúcido es el mismo con el que concurren el Notario y los testigos, en su caso antes de la Reforma del año 1991 —en los testamentos abierto y cerrado—, o sea, se trata de una formalidad exigida por el Ordenamiento Jurídico-Civil para la validez del acto. Tengamos en cuenta que el testamento es un acto personalísimo, de una enorme trascendencia jurídica y en el que la voluntad soberana del testador ha de discurrir por los cauces de la «normalidad», entendiéndolo por tal «normalidad» que el testamento ha de ser la expresión libre, voluntaria y solemne, de la voluntad del que lo otorga. Si esta voluntad no está en condiciones normales, porque el testador no sabe lo que quiere, es evidente que los esquemas que han de regir las formalidades esenciales del testamento se vienen abajo. De ahí la importancia del tema que estoy tratando.

Si, a juicio del fedatario, por aplicación del artículo 685 del Código Civil, la persona judicialmente declarada incapaz gozara de un intervalo lúcido, el testamento no sería válido si no hubieren concurrido a su otorgamiento los facultativos. Dado el carácter con que concurren los Médicos al otorgamiento del testamento en estas condiciones, hay que entender, y afirmar rotundamente, que concurrirían a ese otorgamiento con este carácter de requisito de solemnidad, y no de prueba o de elemento probatorio, cuando se tenga la certeza de que el otorgante va a testar en un intervalo lúcido. Por el contrario, la persona que no haya sido declarada judicialmente incapaz por Sentencia tiene a su favor la

(3) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: «Incapacidad de testar...», artículo citado en nota 1.

presunción de capacidad de testamentifacción activa, siempre y cuando esta presunción no se destruya con pruebas evidentes y convincentes y, desde luego, la persona en esta situación va a poder otorgar testamento en cualquier forma y sin la presencia de los dos facultativos.

No obstante, puede suceder —y, de hecho, es relativamente frecuente— que, en el momento del otorgamiento del testamento, el Notario se aperciba de que el otorgante no tiene la capacidad requerida para otorgarlo con plena validez y eficacia jurídica. En este supuesto, y por imperativo del artículo 685 del Código Civil, y a efectos de eludir las responsabilidades que prevé el artículo 705 del citado corpus legal, deberá el fedatario asegurarse de que el testador tiene capacidad legal suficiente como para otorgar el acto testamentario. El medio más racional, y seguro, del que dispone en este sentido para adquirir esa seguridad consiste en el reconocimiento de los facultativos. En este supuesto, tal como estimaba BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS⁽⁴⁾, los facultativos concurrirán al acto por aplicación del artículo 685 del Código Civil.

Un sector de la doctrina española, de marcado carácter conservador⁽⁵⁾, estimaba que dos sistemas se imponían al testador: a) suponer que la persona con una patología mental hacía siempre el testamento en estado de «locura», mientras no se probase que éste se hubiera otorgado en un intervalo lúcido, o b) estimar otorgado el testamento, en todo caso y por el solo hecho del otorgamiento, en estado de lucidez mientras no se probase lo contrario.

El sistema adoptado por nuestro legislador civil es entender que el intervalo lúcido, en el marco de una patología mental o alteración psíquica, es lo excepcional, lo accidental, lo transitorio y fugaz y, en cambio, lo general sería el estado de perturbación mental que, lógicamente, impide a la persona afectada otorgar testamento. Con palabras gráficas, podríamos decir que lo «normal» —o general— es que la persona que desea otorgar testamento esté «normal». Si no lo está, pero goza de un intervalo lúcido, hay que probar fehacientemente, si estuviere incapacitada judicialmente, que, en ese momento preciso de otorgar testamento, se encontraba en su cabal juicio.

Incardinar conceptos médicos —y psiquiátricos, en concreto— en el marco de la Ciencia Jurídica —y, en definitiva, del derecho— no es labor fácil. Fue ZACHIAS uno de los primeros psiquiatras que analizó el marco de los «lúcida intervalla» desde el punto de vista médico-legal. Otro autor, el canciller D'AGESSEAU, lo refirió al Derecho Sucesorio, sentando la tesis de que el testamento otorgado por una persona enajenada —el concepto de «enajenación» ha caído en franco desuso— no era válido más que con la condición de haber sido hecho durante un intervalo lúcido perfecto, de duración suficiente para poder ser reputado verdadero, definiendo el intervalo lúcido de la siguiente manera: «Es una entera suspensión de la locura —de nuevo, el concepto de “locura” está obsoleto en la actualidad—, verdadera tregua del furor que no difiere de la paz más que porque su efecto permanece sólo un cierto tiempo. Su naturaleza es una calma real, no aparente»⁽⁶⁾.

(4) Idem: *ibídem*.

(5) Autores citados por Juan Antonio VALLEJO NÁGERA en *Introducción a la Psiquiatría*, Madrid, 1990.

(6) Autores citados por Juan Antonio VALLEJO NÁGERA en *Introducción a la Psiquiatría*, Madrid, 1990.

No queda definitivamente aclarado el concepto de intervalo lúcido con estas apreciaciones y valoraciones de autores ya lejanos en el tiempo. Hay que plantearse si «intervalo lúcido» equivale a disminución de la enfermedad o trastorno mental que se padezca. También habría que considerar si la doctrina interpreta el intervalo lúcido como una curación pasajera, transitoria, fugaz de la enfermedad o trastorno. Y de estas cuestiones habría que hacer derivar otras interrogantes, como, por ejemplo, si el intervalo lúcido equivale a un estado de plena salud mental, pero con carácter transitorio, sin visos de permanencia ni de estabilidad desde el punto de vista cronológico. Por último, cabe cuestionarse si los intervalos lúcidos suponen —implican o conllevan— una curación total y absoluta de la sintomatología padecida en su día.

Se trata de interrogantes y cuestiones que requieren de respuesta por parte de nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil, y hay que tener en cuenta que se trata de problemas bastante complejos y delicados, ya que hemos de desenvolvemos en el ámbito de la Psiquiatría.

En cualquier caso, el intervalo lúcido, y su propio concepto, hace referencia, siempre, a una transitoriedad, a la no permanencia, a la no estabilidad cronológica. De ahí que será un espacio de tiempo, más o menos breve —aunque siempre tendente a la brevedad— y, por supuesto, nunca será una remisión completa, total, de los síntomas que el otorgante padezca, ya que, si el enfermo mental recobrarla la sanidad, es decir, su lucidez mental, con las consiguientes capacidad de entender y de querer —elementos intelectual y volitivo—, dejaría de estar incapacitado para otorgar testamento, pero la Sentencia habría de revocarse y se le reintegraría la plena capacidad de testamentifacción activa, pudiendo, en consecuencia, testar válidamente.

La cuestión —con la consiguiente problemática —de si el otorgante enfermo se encuentra, o no, en un intervalo lúcido que le permita hacer testamento con plena eficacia jurídica es, necesariamente —y desde el punto de vista estrictamente lógico— una cuestión eminentemente médica, pero que, como ya he apuntado con anterioridad, se incardina en el seno de lo jurídico. De ahí las enormes dificultades con las que, a veces, los juristas se encuentran a la hora de valorar si una persona está, en el momento del otorgamiento de su testamento, en un intervalo lúcido, o no lo está. Es, por tanto, un tema problemático y difícil.

Son los facultativos los que han de determinar, efectivamente, si la persona afectada por una enfermedad mental, o un trastorno psíquico importante, ha recobrado la lucidez y esa lucidez —añado yo— le permite testar, en cuanto implique o conlleve la existencia de un intervalo lúcido. Nuestro Código Civil no especifica a qué especialización médica deben pertenecer los facultativos que verifiquen el reconocimiento, pero lo más conveniente y oportuno es que sea un Psiquiatra el Médico que dictamine, en compañía de otro Psiquiatra, si la persona se encuentra en un intervalo lúcido, porque, en cualquier caso, la mente humana es compleja y no resulta fácil para un Médico de otra especialización que no sea la Psiquiatría establecer, con certeza, un diagnóstico preciso, acertado y completo y, sobre todo, fiable al cien por cien.

Sí prevé el Código Civil, en cambio, que sean dos los facultativos que lleven a cabo el reconocimiento. En este sentido, cabe plantearse si es factible que intervengan más de dos facultativos, al objeto, sobre todo, de dictaminar, y dirimir, la posible falta de acuerdo de

los mismos en relación con el estado mental del paciente y, por lo que al tema respecta, en relación con su intervalo lúcido.

El fedatario deberá designar dos Médicos, y serán ambos los que certifiquen sobre la lucidez de la persona afectada.

Cabría plantearse, a este respecto, si sería factible que al otorgante le examinaran más facultativos, o incluso que los que fueran a emitir un dictamen sobre su estado de salud mental consultaran con un compañero —otro colega— de su especialización. Desde mi punto de vista, estimo que no habría ningún inconveniente u obstáculo legal para ello, sino que redundaría en una mayor seguridad y certeza acerca del estado mental del otorgante.

Hay que preguntarse cuándo es el momento idóneo para que los facultativos lleven a cabo este reconocimiento. Estimo que el reconocimiento ha de ser hecho inmediatamente antes del otorgamiento del testamento, no debiéndose permitir un intervalo amplio de tiempo entre el dictamen de los Médicos y el acto testamentario posterior propiamente dicho.

Es importante resaltar que nuestro Código Civil no contiene ninguna norma ni disposición específica en relación con posibles incapacidades de los facultativos que hayan de reconocer al otorgante cuando éste pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido. La doctrina ha intentado llenar este vacío legal recurriendo a la analogía con el artículo 681 de nuestro Código Civil, referido a las incapacidades para ser testigos en testamento. En función de ello, podría ser de aplicación el artículo 681.3.º del Código Civil, ya que el reconocimiento médico, cuando se trata de enfermos mentales, consiste, al menos en la mayoría de las ocasiones, en el interrogatorio del paciente, y mal podrá interrogar un facultativo que no comprenda el idioma del testador. En este sentido, sí cabría hablar de una incapacidad del facultativo.

Tampoco podrá examinar a paciente su cónyuge ni los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante, ni tampoco las personas que tengan una relación laboral con éste.

A pesar de todas estas cautelas enumeradas, hay que resaltar que, cuando el Juzgado o Tribunal lo estime oportuno, podrá declarar que el testamento no era válido y que el otorgante no se encontraba en un momento de intervalo lúcido. Esto es así porque la declaración que, en sentido revisorio, hicieron los Juzgados y Tribunales no ha de pugnar con el juicio, equivocado, en su caso, que, de buena fe, pudieran hacer tanto el Notario cuanto los propios facultativos, si bien la carga probatoria recaerá, lógicamente, sobre la persona que intente demostrar que el otorgante no se encontraba en un intervalo lúcido en el momento de la testamentifacción activa. En este sentido, son interesantes las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1995 y 22 de junio de 1992, que sentaron esta doctrina e hicieron hincapié en la posibilidad de declarar la incapacidad del testador, aunque éste hubiera otorgado el testamento en un intervalo que fuera considerado por los facultativos como «lúcido».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1981, así como la de 11 de diciembre de 1962, adujo que, sin desconocer la gran importancia del dictamen psiquiátrico, la Ley no ha de circunscribir a esa sola prueba la fundamentación de la incapacidad.

ALBALADEJO y también GORDILLO CAÑAS lamentaban que el Código Civil hiciera prevalecer el dato de la declaración de incapacidad sobre el de la capacidad «real

actu», limitando, de este modo, inexplicablemente, a juicio de estos juristas⁽⁷⁾, a casos singulares la relevancia del intervalo lúcido. No estoy de acuerdo con estos autores en su apreciación, ya que el testamento es, en todo caso, un acto personalísimo, de singular importancia y trascendencia jurídica, y no debe dejarse el dato, relevante a todos los efectos, de la capacidad limitado al momento del otorgamiento y sin entrar en otras consideraciones, como lo son, por ejemplo, la capacidad del otorgante antes de dicho otorgamiento y la declaración de incapacidad, a virtud de Sentencia judicial firme, que, en su día, se dictara.

PUIG PEÑA, a este respecto⁽⁸⁾, manifestaba que si una persona había sido declarada en estado de incapacidad, caía en la absoluta inhabilidad para testar, excepto en los casos, especialísimos, de los intervalos lúcidos, o bien cuando llega a conseguir que se levante la situación de incapacidad, es decir, que se dicte una Sentencia en la que se reintegre al, hasta ese momento, incapaz, en persona capaz. Esta situación de inhabilidad testamentaria plena se produce desde el momento de la declaración judicial de incapacidad. Más adelante, sin embargo, este mismo jurista, de forma contradictoria con lo expuesto, señalaba que los problemas relativos a la capacidad de testar debían ser resueltos atendiendo al momento exacto del otorgamiento, de modo que sería válido, a su juicio, el testamento hecho antes de ser declarada judicialmente la incapacidad por esta causa. También opinaba este jurista que una persona, aunque esté declarada incapaz, podría hacer testamento en determinadas circunstancias, por lo que hay que deducir que dicha persona, a pesar de la Sentencia de incapacitación, no caería en una absoluta inhabilidad.

Sobre esta última teoría, lo que más llama la atención, a mi juicio, es la inseguridad jurídica que, llevada a su práctica, generaría. Si una persona ha sido declarada judicialmente incapaz —y no puede, por ende, gozar de la capacidad de testamentifacción activa—, ¿cómo se la puede considerar hábil en determinadas circunstancias? Habría que preguntarse quién va a dictaminar que esa persona, a pesar de la Sentencia de incapacitación, puede hacer testamento, porque esté en su sano juicio —o cabal juicio, según la dicción de nuestro Código Civil—. Bien es verdad —y justo es reconocerlo— que hay personas que, aun inmersas en una enfermedad mental, gozan de intervalos lúcidos. Pero, en cualquier caso, esas «determinadas circunstancias», que yo interpreto como remisiones transitorias de la patología mental, han de ser probadas fehacientemente. De lo contrario, un testamento hecho en esas condiciones sería nulo.

GORDILLO CAÑAS afirmaba que el hecho de contar con la existencia de un intervalo lúcido, como posibilidad de emergencia momentánea de una capacidad habitualmente no existente, significaba consagrar, de manera inequívoca, la relevancia de la capacidad natural⁽⁹⁾.

(7) ALBALADEJO, Manuel: «Los cambios introducidos en el artículo 665 del Código Civil por la Ley de modificación del Código Civil en materia de testamentos», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, septiembre de 1992; GORDILLO CAÑAS, Antonio: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1988», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Madrid, 1988.

(8) PUIG PEÑA, Federico: *Compendio de Derecho Civil español, Familia y Sucesiones*, volumen 2, Ediciones Nauta, 1966.

(9) GORDILLO CAÑAS, Antonio: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.

Para Lucía GARCÍA GARCÍA⁽¹⁰⁾, los momentos de lucidez, aun de forma implícita, siguen teniendo relevancia, y la cuestión se reduce a constatar si, en el instante mismo de testar, la persona posee, o no, la aptitud psíquica requerida legalmente para actuar, es decir, para la testamentifacción activa.

En la actualidad, a pesar del avance en los medios científicos y en medicamentos, y con el consiguiente uso de nuevos fármacos, cabe afirmar que no existen intervalos lúcidos en determinadas patologías severas de carácter progresivo e irreversible, o de aquellas alteraciones, graves, que se encuentran en estado avanzado, ya que en la mayor parte de las anomalías psíquicas importantes —como la esquizofrenia o la paranoia en grado profundo— los intervalos de lucidez que suelen alcanzarse son mínimos y no relevantes y la práctica normalidad es inexistente.

Nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil ha consagrado, no obstante, la validez del testamento otorgado en un intervalo lúcido. Pero insisto en los peligros y riesgos, ineludibles, que conlleva la testamentifacción activa en estos períodos, más o menos breves, de tiempo, fugaces a veces, en los que el testador puede encontrarse, sin que se haya producido una remisión, total y absoluta, plena, de la sintomatología, de su alteración mental.

Hay que distinguir —y diferenciar cuidadosamente en esta materia tan compleja— que una cosa es el intervalo lúcido propiamente dicho y otra cosa, bien distinta, es la curación total de la persona que, en su día, padeció una enfermedad mental o psíquica. En este último supuesto, estaríamos hablando de una persona sana, lo cual no es, evidentemente, lo mismo que hacer referencia a una persona enferma, pero transitoriamente sana. Ya SÁNCHEZ ROMÁN se hacía eco de la problemática que generan los intervalos lúcidos, afirmando que no está exenta la tesis de la admisión del testamento en estos momentos más o menos largos —o breves— de tiempo, para destruir, tras la prueba pericial correspondiente, el estado de incapacidad en que habitualmente viniera constituido el testador, cuya capacidad, en todo caso, habrá de apreciarse atendiendo únicamente al estado en que se hallare al tiempo de otorgar testamento, siendo, a juicio de este jurista, la teoría de los intervalos lúcidos justa cuando respeta la soberanía de la voluntad en cualquier momento que exista, pero, en todo caso, muy expuesta a fraudes⁽¹¹⁾.

Voy a referirme, a continuación, al elenco de estados mentales alterados o patologías que no admiten, por su gravedad y persistencia, la posibilidad de intervalos lúcidos. En primer lugar, si me refiero a la capacidad natural de la persona, habría que decir que no la tienen los sujetos afectados por el síndrome de Down en grado alto, ni tampoco los oligofrénicos cuando la oligofrenia padecida les impide gobernarse por sí mismos, al tener deteriorada la capacidad intelectual y volitiva. Estimo que estas personas citadas no pueden beneficiarse de la norma civil que permite la testamentifacción activa en intervalos lúcidos, ya que, por su propia naturaleza, están incapacitadas —de forma natural, y no sólo legal, porque la forma natural es previa a la legal— para otorgar testamento con plena validez y eficacia jurídica, y no se conocen, en la práctica médica, remisiones o mejorías, más o menos transitorias, de su estado mental.

(10) GARCÍA GARCÍA, Lucía: *Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000.

(11) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1910.

Una patología que ha despertado siempre una compleja problemática es la relativa a la esquizofrenia. Cuando ésta es en grado profundo, al presentar niveles elevados de intensidad, a mi juicio sería inadmisibile admitir la existencia de intervalos lúcidos. Y lo mismo cabría decir, desde mi punto de vista, de la paranoia, a menos que el delirio paranoide se circunscriba, de manera exclusiva, a una única esfera de actuación y pensamiento, no estando incluida en esta esfera lo relativo a la disposición patrimonial de los bienes de la persona afectada.

La Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 2 de junio de 1959 sentó doctrina en el sentido de estimar que la capacidad ocasional que prevé el artículo 665 del Código Civil podía ser destruida por prueba en contrario, al no ser una presunción *iuris et de iure*.

Esta importante resolución surgió como consecuencia de la compleja problemática que planteaba, precisamente, el tema de los intervalos lúcidos, en el sentido de plantearse si, efectivamente, era válido, con presunción *iuris et de iure*, el testamento otorgado por una persona que padeciera una enfermedad mental durante un intervalo lúcido siempre y cuando los facultativos le reconocieran y certificaran la sanidad de su estado mental en aquel preciso momento de la testamentifacción activa.

La certificación —Informe, o Dictamen —que los facultativos emitan sobre la lucidez mental del otorgante será, en todo caso, jugará, en todo caso, como una presunción *iuris tantum*, que podrá ser destruida mediante prueba en contrario. La capacidad testamentaria es una cuestión de hecho sometida a la apreciación del Tribunal Juzgador, por lo que tanto la declaración de incapacidad, en su caso, como la de capacidad es siempre una presunción *iuris tantum*. En consecuencia, el Dictamen o Informe facultativo no constituye una prueba irrefutable, ya que acerca de la capacidad, o incapacidad, del otorgante se pueden aducir otras pruebas y, en vista de todo lo aportado, se decidirá la cuestión litigiosa que se promoviere.

La doctrina española, con BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS a la cabeza⁽¹²⁾, ha criticado duramente la doctrina jurisprudencial española en este extremo apuntado, ya que expresaba este jurista que resultaba absurdo que el Ordenamiento Jurídico-Civil sometiera y rodeara de tantas garantías el otorgamiento de testamento de una persona con patología mental en un intervalo lúcido, para, más tarde, no otorgarle plena validez, estando siempre expuestos a una posible impugnación mediante la práctica de una prueba que se antoja, para este autor, siempre difícil y peligrosa. Para Beltrán de Heredia y Onís, es paradójico que el legislador establezca un procedimiento para asegurarse, *a priori*, de que el testador, en el momento preciso de otorgar testamento, se halla en plena lucidez mental y, una vez adquirida, a través de los Informes o Dictámenes de los facultativos, esta seguridad, permitir, *a posteriori*, la impugnación de ese testamento otorgado en esas condiciones de cautela y garantía.

Estoy en desacuerdo con el prestigioso jurista citado. Estimo que todas las garantías legales para que el otorgante con patología mental haga uso de la testamentifacción activa, siendo ésta el reflejo de su libertad y soberana voluntad en orden a la disposición de sus bienes, son pocas y, en todo caso, juegan a favor de la presunción de validez de dicho acto

(12) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: «Incapacidad de testar...», artículo citado.

testamentario. Pero esto no quiere decir que se deba, de alguna forma, impedir la posterior impugnación de dicho testamento otorgado con todas esas condiciones especiales. También pueden equivocarse los facultativos, porque no hay nada infalible. De lo que se trata, desde mi punto de vista, es de rodear el acto testamentario en un intervalo lúcido de las mayores garantías, para que sea el reflejo de la voluntad, libre y soberana, del testador. Pero ello no quiere decir que ese acto testamentario sea irrefutable. Se debe permitir la impugnación, en su caso, siempre que existan dudas, razonables, acerca de la capacidad del testador en el momento del otorgamiento. No comparto la tesis de Beltrán de Heredia y Onís, cuando afirma que, si se exige la presencia de dos facultativos designados por el Notario para que reconozcan a la persona que padece una patología mental antes de que ésta otorgue testamento y certifican que se encuentra en un momento de lucidez mental, esto debería ser irrefutable. Puede que esta tesis se sustente en la idea de descargar de trabajo a los Juzgados y Tribunales, ya de por sí sobrecargados de expedientes.

Hay que plantear una cuestión interesante: supongamos que los dos facultativos verifican que, tras el reconocimiento de la persona que desea otorgar testamento, ésta no se encuentra en un intervalo lúcido. Es obvio que no podrá otorgarlo, ya que nuestro Código Civil establece textualmente —y de forma rotunda— que el fedatario no autorizará dicho testamento sino cuando los facultativos respondan de la capacidad del otorgante. Cuando los facultativos, efectivamente, certifican que la persona se encuentra en un intervalo lúcido, se admite prueba en contrario de esta aseveración, porque, como es sabido, se trata de una presunción *iuris tantum*. Es decir, el Informa o Dictamen de los facultativos no es irrefutable. Pero si, por el contrario, estimaran que no hay un intervalo lúcido, estaríamos, en este supuesto, ante una presunción *iuris et de iure*. Como se puede observar, el tratamiento legal en estos dos supuestos distintos también es diferente en relación con las presunciones. Tengamos en cuenta que la existencia de un intervalo lúcido presupone la existencia —previa— de una enfermedad, alteración o trastorno mental en el otorgante. Afirmar que una persona está sana mentalmente, aunque sea de forma transitoria debido a la presencia de un intervalo de lucidez, es, cuanto menos, arriesgado. En cambio, afirmar que esa persona no es capaz para la testamentifacción activa, al padecer una patología mental, no hace sino redundar en lo ya dictado en Sentencia judicial firme anterior.

Parece oportuno plantear una cuestión compleja, problemática, que es de indudable interés práctico: ¿se podría lograr, a través de un tratamiento psiquiátrico adecuado, y en una persona con una alteración o patología mental, un intervalo lúcido? En otras palabras, se trata de provocar en el otorgante, previamente declarado incapaz para la testamentifacción activa, una mejoría transitoria, pero que le posibilitara el otorgamiento de testamento válido. Se trataría de inducir en una persona enferma mentalmente un intervalo lúcido y admitir, en consecuencia, que el testamento realizado en estas condiciones —precarias, desde luego— es válido desde el punto de vista legal.

Sabemos que, en la actualidad, con los avances médicos, es posible obtener un intervalo de lucidez en una persona enferma mentalmente. En este sentido, se han perfilado tres métodos que se definen, hoy en día, como los más empleados a estos fines: la narcosis profunda, el método de Sakel y el de Meduna y Carletti. Con estos métodos, parece que puede conseguirse una remisión —estimo que siempre será parcial, incompleta y transitoria— de la enfermedad mental. Se ha aplicado a personas que padecen esquizofrenia,

lográndose cierto éxito. En cambio, en otro tipo de alteraciones, como la paranoia en grado profundo, difícilmente puede obtenerse una lucidez que posibilite la testamentifacción activa válida.

Hay que insistir, por lo que respecta al tema tratado, que el Código Civil español —y el legislador—, al hacer alusión a un intervalo lúcido, o a lucidez, se está refiriendo al hecho de que una persona afectada por una patología mental sería recobre sus facultades mentales y el normal desenvolvimiento de las mismas. Nuestro Código Civil, obviamente, no distingue si dicho intervalo lúcido se ha producido de forma natural, por remisión de los síntomas psíquicos padecidos en su día, o por otras causas, como la inducción, mediante métodos como los mencionados anteriormente, de un estado de lucidez mental —que, en este último supuesto, sería provocado, aunque transitorio—. Donde la norma civil no distingue, tampoco debemos distinguir nosotros. Pero sí hay que tener mucha cautela, ya que el intervalo de lucidez puede ser parcial, no pleno, gozando la persona de discernimiento —elementos intelectual y volitivo— sólo para determinados actos y careciendo de capacidad, en cambio, para otros, como la propia testamentifacción activa. La problemática, en consecuencia, como fácilmente puede comprenderse y apreciarse, es compleja, delicada y exige del jurista —y del fedatario— una enorme sensibilidad.

Nuestro Código Civil, como conclusión, trata el concepto de intervalo lúcido desde un aspecto o prisma puramente genérico. Para nuestro corpus civil, se trata de un momento fugaz, transitorio, en el que la persona afectada recupera sus facultades mentales y, por tanto, en ese momento es capaz de hacer testamento válido, aunque la dificultad que supone determinar, con un alto nivel de fiabilidad, de certeza, que esa persona, en ese concreto momento, gozaba de plena capacidad para testar, es realmente enorme. Nuestro Código Civil no ha distinguido si ese estado de lucidez mental transitoria debía ser pleno, semipleno o meramente parcial. No se atiende tampoco a la causa productora del intervalo lúcido, sino que lo decisivo, lo verdaderamente importante, es que ese intervalo de lucidez exista y que los facultativos emitan un Informe o Dictamen sobre ese estado que convierte, por expresarlo gráficamente, a una persona incapaz para testar en capaz para la testamentifacción activa. De ahí que nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil admite la validez de un testamento realizado por persona mentalmente enferma, siempre que ésta se halle, en el momento del otorgamiento, en un lapso de tiempo, más o menos fugaz y transitorio, de lucidez, capaz de entender y querer, y siempre, lógicamente, que exista un previo Dictamen o Informe de los Médicos que le hayan reconocido, y sin perjuicio todo ello de los métodos que la Ciencia Médica haya empleado para provocar o inducir ese estado de lucidez mental transitoria.

Estimo que, del mismo modo, cuando una persona recupera la plenitud de sus facultades mentales de una forma espontánea, natural, también el testamento otorgado será válido, siempre que concurren los facultativos para dictaminar el estado del otorgante y siempre que dicha lucidez no sea permanente, ya que, de ser permanente, estable, ya no nos encontraríamos ante la noción y el estricto concepto de «intervalo lúcido», que, como puede comprenderse, está referido a un período, más o menos breve, de lucidez mental y nunca, por supuesto, a una completa remisión o sanación de la patología en su día padecida.

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							

**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 de los progenitores no custodio.

Revista de

Derecho de Familia

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

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]

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]

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 haya 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]

No resultan probados los «llantos», «temores» o sentimiento de soledad señalados por el actor en Sala y la psicóloga, aunque pone de relieve la disposición de la niña al cambio de custodia, no deja de reconocer en juicio que se muestra estable y no manifiesta encontrarse mal con la madre, planteándose la modificación de guarda en base a la convivencia con su hermana mayor que está enfrentada con la madre.

[AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2011]

No se modifica el sistema de custodia individual por el de custodia compartida al no haberse modificado las circunstancias desde el punto de vista del interés de las dos hijas. Es difícil fijar los términos de contradicción entre sentencias de las Audiencias Provinciales en relación con la interpretación de lo que constituye «interés del menor» en sentencias sobre guarda y custodia, porque en la mayoría de los casos lo que se decide es el asunto concreto de acuerdo con los informes aportados en cada uno de ellos.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de noviembre de 2011]

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

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

RÉGIMEN DE VISITAS

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 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]

Dada la edad actual del hijo, 16 años, la integración del núcleo familiar paterno no puede realizarse desde los Tribunales, pues forzar unas visitas que en este momento no desea podría producir un efecto contrario, el rechazo a la nueva familia paterna y por ende a su padre, debiendo desestimarse la petición de ampliación de las visitas.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 16 de diciembre de 2011]

El ejercicio de las visitas durante las vacaciones escolares exige la matización de que tal período comprende no sólo los meses de julio y agosto —como aprecia al sentencia—, sino la totalidad de las vacaciones escolares.

[AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de diciembre de 2011]

Ni la edad de la abuela —que cuenta con parientes próximos a su domicilio— o la residencia de su tía en Londres —viniendo muy frecuentemente—, o la situación sanitaria del menor, que es asmático, pueden impedir las pernoctas tras el sistema progresivo establecido (un fin de semana al mes, y una semana en verano).

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 9 de diciembre de 2011]

La pretensión del recurso de que se fije un régimen de visitas con pernocta no puede prosperar, pues el episodio de violencia familiar, la conflictividad entre los progenitores, la tensionalidad familiar y la repercusión que todo ello supuso en los menores lo impide.

[AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 7 de diciembre de 2011]

La inexistencia de relaciones y la hostilidad existente entre el hijo y su madre no constituyen justa causa para impedir que se fije un régimen de visitas para que ésta pueda relacionarse con sus nietos.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de octubre de 2011]

VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

Una vez que el hijo alcanza la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del mismo no resulta factor determinante para adjudicarle el uso de la vivienda, puesto que sus alimentos se rigen por el sistema general, por lo que si el hijo mayor quiere vivir con uno de los padres, éste hecho no puede ser factor determinante para la atribución.

[AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2011]

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]

Habiéndose establecido la custodia compartida por semanas se acuerda atribuir el uso del inmueble al padre por el plazo de dos años, por ser su interés el más necesitado de protección.

[AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2011]

Dentro del concepto de vivienda familiar cuyo uso se atribuía a la esposa en el convenio regulador no puede estimarse incluida la plaza de garaje y trastero que viene usando el esposo desde que se produjo la separación de los cónyuges.

[AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 14 de diciembre de 2011]

Se declara la resolución del contrato de arrendamiento, dado que el título que legitimaba a la demandada era la atribución judicial conferida en el procedimiento matrimonial, y aquélla abandonó el inmueble para trasladarse a otra ciudad con su nuevo esposo, permaneciendo en la vivienda una hija mayor de edad, su marido y el hijo habido de dicha unión.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de noviembre de 2011]

El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores, y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de octubre de 2011]

PENSIÓN ALIMENTICIA

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.

[AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011]

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 le ayuda respecto al hijo común.

[AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2011]

La omisión de referencia expresa en el convenio a los gastos extraordinarios, cuyo abono corresponde a ambos progenitores, motiva que el procedimiento adecuado para su reclamación no pueda ser el de ejecución.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 29 de diciembre de 2011]

Para que no surjan dudas, se deja sin efecto el pronunciamiento de la fundamentación jurídica respecto a la enumeración de gastos ordinarios y extraordinarios, pues habrá que estar a cada caso concreto.

[AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 27 de diciembre de 2011]

Se desestima la petición de que la madre abone el 50% de las clases extraordinarias, pues fue el padre quien las decidió a pesar de que el hijo no las necesitaba, pues sus notas eran buenas, siendo por tanto una medida no convenida sino buscada, decidida y establecida por el padre, quien deberá asumir su coste.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 19 de diciembre de 2011]

Se desestima la demanda de ejecución en la que el padre reclamaba a la madre el 50% del gasto del teléfono móvil, dado que la madre no intervino en la contratación y se desconoce quién ha sido el usuario real del servicio, pues al parecer el padre sólo dejaba el móvil al hijo en determinadas ocasiones.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 19 de diciembre de 2011]

Se considera acreditado el incremento de gastos de la menor, al haber pasado a tener 15 años en lugar de los 8 que tenía cuando se fijaron las medidas cuya alteración se pretende. Aunque este aumento de gastos objetivamente podía determinarse, no resulta plasmado en las medidas que se adoptan en momentos iniciales de la crisis de los progenitores, pues las pensiones alimenticias permanecen por regla general invariables salvo la consabida revalorización.

[AP Ourense, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de diciembre de 2011]

Se trata por tanto de un gasto que no fue previsto y que por su naturaleza excede de los gastos ordinarios de formación. El padre conocía perfectamente el acceso de su hijo a la Universidad privada y en ningún momento expresó su oposición.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 13 de diciembre de 2011]

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

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de noviembre de 2011]

Si durante la convivencia los progenitores habían acordado que determinados gastos formaban parte de la formación integral de sus hijos, siempre que se mantenga el nivel económico que existía antes de la separación/divorcio, deben seguir teniendo la consideración de ordinarios.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de octubre de 2011]

PENSIÓN COMPENSATORIA

Se extingue la pensión compensatoria habida cuenta de 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]

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 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]

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]

Que exista una importante diferencia entre la pensión de jubilación que percibe cada uno de los cónyuges no es determinante para el establecimiento de una pensión compensatoria, ya que la convivencia matrimonial se prolongó sólo durante seis años.

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

La estabilidad laboral de la esposa es causa para la extinción de la pensión compensatoria, pues con sus ingresos mantiene un nivel de vida suficiente y adecuado y que, si bien no es igual al de su esposo, ello no significa que deba serle equiparado, ya que el principio de dignidad contenido en el art. 10 CE debe servir de argumento para justificar la independencia económica de los cónyuges una vez extinguido el matrimonio.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de noviembre de 2011]

Puede limitarse temporalmente la pensión compensatoria que se fijó con carácter vitalicio, influyendo en esta decisión la liquidación de la sociedad de gananciales en la que la esposa se adjudicó bienes por importe de cuatro millones de euros.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de noviembre de 2011]

Como la cuantía de los ingresos que percibe actualmente el esposo es temporal y están en función de un complemento de destino en el extranjero, para fijar el importe de la pensión compensatoria se tendrán en cuenta los ingresos ordinarios que vino percibiendo cuando los cónyuges convivían juntos.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de noviembre de 2011]

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.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de octubre de 2011]

Se deja sin efecto la pensión compensatoria que fijó la Audiencia Provincial condicionada a la pérdida del trabajo que la esposa realiza en una de las empresas del marido.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de octubre de 2011]

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]

CUESTIONES PROCESALES

Habiendo interpuesto demandas de divorcio ambos cónyuges en distintos partidos judiciales, y siendo ambos competentes en aplicación de las reglas contenidas en el art. 769 de la LEC, la cuestión deberá dilucidarse con base en el criterio cronológico de la fecha de presentación de las respectivas demandas.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 28 de diciembre de 2011]

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.

[AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2011]

La demanda de modificación de medidas debe sustanciarse ante el juzgado del domicilio del demandado, aunque en dicho partido judicial no se encuentre la residencia del menor y la medida a modificar solo afecte a éste, pues debe aplicarse lo previsto en el art. 769.1 de la LEC y no el 769.3.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 20 de diciembre de 2011]

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 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.

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

El inicio de actuaciones por ilícito penal —sin distinguos entre delitos y faltas— determina la *vis atractiva* de las actuaciones civiles al Juzgado de violencia contra la mujer.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 15 de diciembre de 2011]

La fecha en la que quedó disuelta la sociedad de gananciales no puede ser objeto del pronunciamiento de la sentencia de divorcio.

[AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 7 de diciembre de 2011]

Aunque al fijarse la pensión compensatoria en la separación el marido conocía que su esposa tenía una relación sentimental con un tercero y no la esgrimió, no existe obstáculo para que en el divorcio pueda pedir la extinción de la pensión, si bien los efectos retroactivos

solo pueden concederse desde la sentencia de divorcio y no desde que concurría la causa de extinción, pues conociéndola la consintió.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de noviembre de 2011]

No incurre en incongruencia la sentencia dictada en un procedimiento de modificación de medidas en la que el padre solicitó el cambio de guarda y custodia y el tribunal acuerda la ampliación del régimen de visitas que también apoyó el Ministerio Fiscal en el juicio en vista del contenido del informe pericial.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de noviembre de 2011]

La denegación en la segunda instancia de la realización de pruebas relacionadas con las aptitudes de los padres en la guarda y custodia de sus hijos, teniendo en cuenta las necesidades personales especiales del menor, constituye una violación del art. 24 CE, que ha producido indefensión al padre.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de noviembre de 2011]

La inhibición del Juzgado de Familia a favor del Juzgado de Violencia solo se puede hacer efectiva cuando la resolución en que se acuerda sea firme, por lo que si la terminación del proceso penal se produce pendiente el recurso, cabrá revocarla por la desaparición de los presupuestos procesales que determinan la competencia de los Juzgados de Violencia.

[AP Córdoba, Sec. 2.ª, Auto de 13 de octubre de 2011]

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, 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]

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

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]

La Sentencia dictada por la Audiencia Provincial despliega todos sus efectos, incluidos los temporales, desde la fecha de la sentencia de la primera instancia a la que sustituye con todas las consecuencias, conllevando por lo tanto la retroactividad de lo que allí se dispuso, salvo que circunstancias excepcionales concurrentes permitan, aconsejen o determinen establecer otras disposiciones de eficacia temporal.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 28 de diciembre de 2011]

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]

Se revoca la decisión del Juzgado de desestimar la demanda de ejecución respecto a las pensiones devengadas antes de dictarse la sentencia, ya que el art. 148 del CC produce sus efectos *ex lege* sin necesidad de pronunciamiento expreso.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 26 de diciembre de 2011]

Es causa impeditiva para la prosecución del litigio la enfermedad que padece el ejecutado, afectado de una demencia senil tipo Alzheimer que debió dar lugar al traslado al Ministerio Fiscal y la comprobación forense oportuna para, en su caso, disponer la suspensión en tanto no fuera constituido el órgano tutelar.

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

La circunstancia de haber ofrecido el ejecutado un calendario de pago, fraccionando el total importe de las obligaciones vencidas a razón de 100 euros mensuales, y el hecho de haberse aceptado tal moratoria por la ejecutante carece de relevancia en este momento procesal, pues no estamos ante un acuerdo transaccional documentado conforme a lo previsto en el artículo 556 LEC dirigido a evitar la ejecución.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 20 de diciembre de 2011]

Como el demandado tiene su domicilio en Holanda, la competencia en materia de ejecución de las resoluciones judiciales corresponde a los tribunales del Estado miembro del lugar de la ejecución, de modo que no son competentes los tribunales españoles para el despacho de ejecución interesado.

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

Aunque la sentencia obligaba a pagar al padre el 50% de los gastos universitarios de los hijos, ello no comprende la segunda carrera iniciada por el hijo después de terminar la carrera de enfermería.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 16 de diciembre de 2011]

En cumplimiento de lo acordado en la sentencia que atribuye el uso del domicilio familiar a la esposa por el plazo de un año, compareció en el juzgado y manifestó que ella había abandonado la vivienda, aunque el hijo común de las partes permanecía en ella. Toda actuación posterior relativa al lanzamiento del tercer ocupante, el hijo de las partes, que no había sido parte en el procedimiento principal ni, por tanto, podía intervenir en la presente ejecución debe declararse nula.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 16 de diciembre de 2011]

La pretensión deducida en la demanda del proceso de ejecución de sentencia de modificación de medidas de divorcio, relativa al requerimiento a la ejecutada para el abandono del domicilio conyugal, cuyo uso se le concedió en forma temporal, no excede del contenido del título judicial, como erróneamente ha decidido el órgano judicial, que ha denegado el despacho de la vía ejecutiva.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 16 de diciembre de 2011]

El convenio que homologa la sentencia contempla una atribución temporal del uso de la vivienda familiar y establece un plazo máximo vinculado a la venta del inmueble; sin embargo no regula el uso de la vivienda a partir del uno de enero de 2010. Consecuentemente, no cabe ejecutar un pronunciamiento no contenido en el título judicial como es la solicitud

de que el ex esposo abandone la vivienda. Ambos en su condición de copropietarios tienen derecho al uso de la vivienda en virtud de las normas que rigen la copropiedad.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 14 de diciembre de 2011]

El ejecutado habrá de ser requerido para que, dentro del plazo de tres meses, cumpla lo estipulado en el convenio judicialmente aprobado, procediendo al levantamiento del préstamo hipotecario que pesa sobre la vivienda adjudicada a la esposa, y abonando, hasta que ello acontezca, las cuotas de amortización del préstamo hipotecario, bajo expreso apercibimiento de embargo de bienes.

[AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 13 de diciembre de 2011]

CONVENIO REGULADOR

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]

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Aunque figuraban como titulares del inmueble los cónyuges, se declara que pertenece al padre de la esposa, tal y como queda acreditado en el contrato privado, habiendo este abonado las cuotas del préstamo hipotecario ingresando el dinero en la cuenta del matrimonio.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de diciembre de 2011]

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]

Se desestima la demanda interpuesta por el yerno contra su ex suegro en reclamación de las mejoras que realizó en el piso propiedad de este último durante los años de matrimonio con su hija, pues las mejoras no tenían la consideración de extraordinarias para la conservación del inmueble.

[AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de diciembre de 2011]

Es el momento de la comparecencia cuando queda trabada la litis y fijadas definitivamente las posiciones de las partes y sus puntos de discrepancia. Por lo que, hasta ese momento, cabe la adición, complemento o rectificación de posturas, sin que ninguna indefensión se le cause por ello a la contraparte, que tiene la posibilidad en ese momento procesal de contradecir, discrepar y formular su contrapropuesta.

[AP Ourense, Sec. 1.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2011]

Teniendo en cuenta que la aportación inicial a la sociedad limitada se hizo por otra empresa propiedad de los familiares de la esposa, se considera que las particiones tienen carácter privativo.

[AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 12 de diciembre de 2011]

Aunque los beneficios de la sociedad se pasaron a reservas y no a reparto, como se trata de una decisión empresarial, debe mantenerse su carácter privativo, y aunque esto perjudique al esposo, no por ello debe considerarse fraudulento el acuerdo social.

[AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 12 de diciembre de 2011]

Se declara disuelta la sociedad de gananciales en la misma fecha que se dictó la orden de alejamiento, debiendo tenerse en cuenta que a partir de ese momento la esposa hizo disposiciones unilaterales de dinero de una cuenta de la que era su única titular.

[AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 12 de diciembre de 2011]

No puede incluirse en el pasivo de la sociedad una deuda con el padre del esposo por una transferencia a una cuenta ganancial, pues es el padre el único legitimado para hacer la reclamación, lo que de momento no consta.

[AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 7 de diciembre de 2011]

No debe acudirse al valor establecido en el informe pericial de 2007, ya que como es sabido responde a una situación económica y de valoración de inmuebles que no tiene que ver con la actual, en que dichos bienes han sufrido una depreciación, lo que nos lleva a reducir prudencialmente la diferencia entre ambas magnitudes en un 30%.

[AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 7 de diciembre de 2011]

En un procedimiento de división de cosa común, se deja sin efecto la adjudicación de la vivienda al ex esposo por 600 euros, dado que para el caso de que no existan postores en la subasta no es de aplicación analógica lo establecido en los arts. 651 y 671 de la LEC.

[Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 182/2011, de 21 de noviembre]

Aunque los cónyuges tenían vecindad civil catalana en el momento de contraer matrimonio en Méjico en el año 1940, otorgaron un convenio pactando el régimen de sociedad conyugal, perfectamente válido conforme a la ley mejicana.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de noviembre de 2011]

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

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

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

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]

No se otorga legitimación al conviviente de hecho para iniciar un procedimiento de adopción de los hijos de su pareja al entenderse que se requiere propuesta previa de la entidad pública.

[AP Guipúzcoa, Sec. 2.ª, Auto de 23 de diciembre de 2011]

Habiendo transcurrido en exceso el plazo legalmente establecido, no se admite a trámite la oposición al desamparo, sin que el escrito previo presentado por la madre biológica ante la Delegación Provincial solicitándose copia del expediente y sobre el que no se ha pronunciado la Administración pueda ser determinante a efectos del silencio administrativo alegado como inicio de un nuevo plazo para recurrir una resolución que no se cuestionó en su momento.

[AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 20 de diciembre de 2011]

El Auto apelado deniega la admisión a trámite de la oposición a la Resolución Administrativa de desamparo y acogimiento residencial, pero la madre biológica acredita la presentación a la solicitud de asistencia jurídica gratuita antes de que finalizase el plazo previsto en el art. 780 de la LEC, por lo que debe admitirse a trámite la demanda.

[AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 15 de diciembre de 2011]

Acreditada la evolución favorable de la madre y su capacidad para hacerse cargo de las hijas se deja sin efecto la declaración de desamparo, debiendo tenerse en cuenta que el interés de aquellas está protegido cuando se comprueba que la madre se encuentra en una situación que le permite ejercer la patria potestad y cuenta con ayuda familiar.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de noviembre de 2011]

FILIACIÓN

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

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

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 art. 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]

La acción de impugnación de reconocimiento de filiación por falta de exactitud del art. 140 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 (art. 141 CC).

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

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 interponer un recurso por infracción procesal y no un recurso de casación.

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

UNIONES DE HECHO

Se desestima la demanda en la que los padres del conviviente fallecido solicitaban la rendición de cuentas del dinero ingresado en entidades bancarias, ya que ambos convivientes mantuvieron cuentas bancarias conjuntas en las que se confundían las cantidades ingresadas por uno y por otro, sin que el conviviente pusiese obstáculo a las extracciones —incluso importantes— que hacía su compañera sentimental.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de Noviembre del 2011]

Se estima la demanda de desahucio por precario, dado que la mera convivencia en pareja no otorga ningún título a la conviviente para ocupar un inmueble propiedad privativa del otro.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de octubre de 2011]

SUCESIONES

La revocación de la donación modal por incumplimiento de la carga no produce efectos automáticos, siendo necesario que se acuerde judicialmente, por lo que se desestima la demanda interpuesta por los herederos reivindicando los bienes objeto de la donación.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de octubre de 2011]

CUESTIONES PENALES

No se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por negarse legitimación a un cónyuge, separado legalmente, para interponer contra el otro querrela por supuestos delitos de estafa y apropiación indebida, dado que la interpretación que hizo el tribunal del art. 103.1 de la LECrim es correcta y adecuada.

[Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 190/2011, de 12 de diciembre]

Se declara la nulidad del juicio que dio lugar a la sentencia condenatoria por un delito de abusos sexuales a una menor, al haberse impedido al condenado ejercitar su defensa con plenitud al no haber dispuesto de la posibilidad, ni en sede policial, ni en la fase sumarial, ni en el acto del juicio, de poder interrogar a la menor cuyas manifestaciones ante la policía han dado lugar a la condena.

[Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 174/2011, de 7 de noviembre]

OTRAS CUESTIONES

Se desestima la demanda de nulidad de la donación disimulada contenida en una escritura de compraventa, ya que consta que se pagó parte del precio y además el padre se reservó el usufructo. Incluso podía darse la circunstancia de que el padre condonase el resto del

precio, con lo cual estaríamos ante una donación de un bien mueble, que no exige para su validez el otorgamiento de escritura pública.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2011]

La donación disimulada contenida en el contrato de compraventa simulado llevado a cabo entre un hijo y la madre se declara nula por no haberse otorgado en escritura pública, según lo establecido en el art. 633 CC, aclarándose que una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos de este artículo, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de noviembre de 2011]

Tras acordarse la nulidad de la compraventa y la inexistencia de donación, el hijo debe restituir a la masa hereditaria el valor de la cosa en el momento de su pérdida jurídica, con independencia de la cantidad que se fijase en la escritura pública de compraventa.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de noviembre de 2011]

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.