DIRECTOR: ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN
Magistrado

Nº57

Revista de
Derecho de Familia

© Lex Nova 2012

Lex Nova, S.A.U.
Edificio Lex Nova
General Solchaga, 3. 47008 Valladolid
T +034 983 457038 · F +034 983 457224
E-mail: clientes@lexnova.es
www.lexnova.es

Impresión
Rodona Industria Gráfica, S.L.
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 Pamplona

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

Dirección General
Daniel Tejada Benavides

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

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

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

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

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

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

ANECA · CARHUS Plus+ · clasificación CIRC · CNEAI · CSIC · Dialnet · DICE · IN~RECJ · BASE DE DATOS ISOC · latindex · MIAR · rësh

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

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

LEX NOVA

THOMSON REUTERS

DIRECTOR

ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN

Magistrado

LA ECHAREMOS DE MENOS HASTA QUE VUELVA

El Real Decreto 581/2005, de 13 de mayo nombraba Magistrada del Tribunal Supremo a D.ª Encarnación Roca Trias, «la cual pasará a servir su cargo en la Sala Primera del Alto Tribunal, en vacante correspondiente al turno de Juristas de reconocida competencia, producida por jubilación de don Antonio Gullón Ballesteros».

Aunque ella le resta importancia cuando se lo comentamos, la realidad es que, desde esa fecha, el Derecho de Familia adquirió un protagonismo especial en nuestro alto tribunal. Su vocación y dedicación a esta materia en su anterior etapa profesional junto con un cambio de criterio en la admisión de recursos por infracción procesal y casación sirvieron para que día a día fuesen dictándose un elevando número de sentencias que abordaban temas candentes del derecho de familia en las que ella figuraba como ponente.

No vamos a profundizar en todas las Sentencias que dictó, pues esta pequeña presentación ocuparía toda las páginas de esta revista. Simplemente recordar a vuelapluma algunas de las más emblemáticas.

En cuanto a la custodia compartida, han sido reiteradas las Sentencias declarando la nulidad por falta de fundamentación. En la Sentencia de 8 de octubre de 2009 se anuló la sentencia de la Audiencia Provincial que otorgó la custodia a la madre dejando sin efecto la custodia compartida acordada por la sentencia del juzgado sin motivar las razones por las que desechaba la custodia compartida. También en la de 10 de marzo de 2010 se declaró la nulidad para que se dictase una nueva sentencia en la que se argumente el interés de los menores en relación con la guarda y custodia compartida pedida por el padre aplicando los criterios que establece el Tribunal Supremo en esta materia. La Sentencia de 7 de julio de 2011 anuló por segunda vez una sentencia que denegó la custodia compartida, acordando finalmente confirmar la sentencia del Juzgado que estableció este modelo de custodia, señalando que la redacción del art. 92 del CC no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, debería considerarse la más normal. En la Sentencia de 25 de mayo de 2012 la causa de nulidad fue no tener en cuenta más que de forma retórica el interés del menor. La Sentencia de 1 de octubre de 2010 recordaba que «La medida de la guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas debiendo evitarse decisiones arbitrarias». En otro orden de cosas, en la Sentencia de 11 de marzo de 2010 razonó que ni la «deslocalización» de los hijos ni el abandono de la madre de la vivienda familiar son motivos para no otorgar la custodia compartida cuando el informe del equipo psicosocial es partidario de esta forma de custodia y *de facto* se ha venido aplicando en la práctica. La Sentencia de 22 de julio de 2011 dijo que, al afectar al interés de los hijos las malas relaciones de los progenitores, no era procedente acordar la custodia compartida, y la de 3 de octubre de 2011 que el clima de enfrentamientos entre los progenitores impedía la custodia compartida.

La pensión compensatoria igualmente ha sido un tema importante en los recursos de casación en los que ha intervenido como ponente. Que el esposo en el momento de la separación se encontrase en el paro percibiendo unos ingresos mínimos sirvió de base a la Sentencia de 5 de noviembre de 2008 para no fijar pensión compensatoria a favor de la esposa al no existir desequilibrio económico. En la Sentencia de 17 de julio de 2009 se indicó que el hecho de que cada cónyuge tenga su trabajo independiente no es obstáculo para que pueda fijarse una pensión compensatoria si existe desequilibrio económico en el momento de la separación. La Sentencia de 19 de enero de 2010 no fijó pensión compensatoria, ya que la esposa había mantenido intacta durante el matrimonio su capacidad de trabajo y trabajó cuando lo consideró conveniente o pudo, dándose la circunstancia de que, por estar vigente el régimen de gananciales, era titular junto a su esposo de todos los bienes adquiridos durante la convivencia. Por otro lado, fueron numerosas las sentencias fijando criterios en torno a cuándo era razonable establecer o no limitación temporal a la pensión compensatoria. En cuanto a las causas de extinción, fueron emblemáticas la de 27 de octubre de 2011 (el simple paso del tiempo no constituye una causa de extinción) y 9 de febrero y 28 de marzo de 2012 (se considera acreditada la relación análoga a la marital aunque la convivencia no fuese continuada bajo el mismo techo).

La vivienda ha sido el objeto de otro gran número de sentencias. Se ha impuesto el criterio reiterado de que cuando existen hijos menores de edad siempre debe atribuirse el uso a ellos sin que pueda limitarse temporalmente (Sentencias de 1 de abril de 2011, 14 de abril de 2011, 21 de junio de 2011, 30 de septiembre de 2011, 26 de abril de 2012, 21 de mayo de 2012 y 13 de julio de 2012), aunque se contemplan algunas excepciones (Sentencia de 29 de marzo de 2011: la madre adquirió una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja). También ha dejado claro que la protección del art. 96.1 del CC no es aplicable a los hijos mayores de edad aunque todavía sean dependientes económicamente de sus padres (5 de septiembre de 2011 y 30 de marzo de 2012). En otro orden de cosas, precisó que el pago del préstamo de la hipoteca tras la separación no es una carga del matrimonio, por lo que su pago debe hacerse por mitad y no en función de los ingresos que tengan los cónyuges (Sentencia de 28 de marzo de 2011).

El Real Decreto 1117/2012, de 20 de julio, nombró Magistrada del Tribunal Constitucional a D.ª Encarnación Roca Trias, y curiosamente fue ponente de la tan esperada Sentencia de 17 de octubre de 2012 que eliminó como uno de los requisitos para acordar la custodia compartida el informe favorable del Ministerio Fiscal. Lamentablemente, son muy escasos los recursos de amparo en materia de derecho de familia, y echaremos de menos sus Sentencias en esta materia hasta que se reincorpore a su puesto de Magistrada del Tribunal Supremo.

Encarna Roca aúna la grandeza de ser catedrática de Derecho Civil, magistrada del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional y la sencillez de mezclarse entre los asistentes a unas jornadas de Derecho de Familia y participar en el foro abierto, y esto solo está al alcance de personas excepcionales.

Sirvan estas líneas de reconocimiento al incansable trabajo realizado durante tantos años por Encarna en esta materia que tanto nos une, como es el Derecho de Familia.

ÍNDICE GENERAL

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA CRISIS ECONÓMICA Y LA PENSIÓN ALIMENTICIA
Antonio Javier Pérez Martín y Laura Pérez Rufián 25

LA VOLUNTAD DEL MENOR EN EL CAMBIO DE CUSTODIA
Esther Moro Bonillo 47

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 79

Incapacidad 79

Una vez que el centro médico comunica al Juez el internamiento involuntario, éste dispone de 72 horas para confirmarlo, plazo que no puede prorrogarse aduciendo carga excesiva de trabajo en el juzgado. Igualmente, el interno debe ser informado de su derecho a la defensa jurídica y a la prueba.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 141/2012, de 2 de julio 79

TRIBUNAL SUPREMO 88

Guarda y custodia 88

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 88

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 materia de 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 90

Página

Régimen de visitas 95

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 95

No incurre en incongruencia la sentencia dictada en un procedimiento de modificación de medidas en el 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 98

Alimentos 101

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 101

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 105

Vivienda familiar 108

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 108

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 111

Pensión compensatoria 115

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 115

Página

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 117

Como la cuantía de los ingresos que percibe actualmente el esposo es temporal y están en función 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 119

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 121

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 123

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 126

Disposiciones de bienes entre padre e hijos 128

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 128

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 130

Página

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 132

Uniones de hecho 135

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 135

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 137

Protección de menores 140

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 140

Sucesiones 143

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 143

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 146

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 150

Página

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Guarda y custodia 155

Que se condene al padre por una falta de vejaciones a la pena de cuatro días de localización permanente en su domicilio no es motivo para excluir la custodia compartida, aunque se opta por la custodia materna en base al trabajo a turnos del padre, la jornada laboral reducida de la madre, la falta de costumbre e iniciativa del padre en los cuidados básicos de sus hijas y la menor disponibilidad horaria del mismo.

TSJ de Aragón, Sentencia de 8 de febrero de 2012 155

El disenso y la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores no es base suficiente para considerar que este modelo no coincide con el interés del menor. Teniendo en cuenta que se trata de un menor de casi 11 años de edad, que ambos progenitores disponen de domicilios cercanos al centro escolar donde estudia y que en la exploración judicial manifestó querer vivir con ambos, debe acordarse la custodia compartida, no siendo determinante el informe en contra de la psicóloga fundado en una conflictividad que no presenta el grado de intensidad tal que haga la medida inconveniente al interés del menor.

TSJ de Aragón, Sentencia de 9 de febrero de 2012 158

Los órganos judiciales no pueden sujetarse a los cambios de humor, enfados o cambios de parecer de las menores adolescentes ni deberían hacerlo tampoco los padres, y por ello no puede atenderse en trámite del recurso a la petición de que se atribuya la guarda y custodia de la hija, quien al parecer ha decidido hace pocas fechas residir con el padre.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 23 de febrero de 2012 160

Pensión compensatoria 162

Aunque en el convenio regulador se fijase la pensión compensatoria por un término de 10 años, sin sujeción a ninguna otra condición que la extinción de este término, es procedente declarar su extinción cuando se acredita que la ex esposa convive maritalmente con un tercero, aun cuando se mantiene la validez del pacto en relación con el pago del préstamo hipotecario y gastos de uso del inmueble.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 9 de febrero de 2012 162

Cuestiones procesales 165

Siempre que no se soliciten medidas provisionales, los efectos de la sentencia anterior operan hasta que, en su caso, se modifiquen por los de la nueva sentencia, la cual será determinativa si fija de nuevo el contenido de una obligación declarada. Los efectos retroactivos del incremento de la pensión de alimentos solo se pueden producir desde la fecha de la sentencia de primera instancia y no desde la demanda inicial.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 20 de febrero de 2012 165

Página

Protección de menores 169

La declaración de desamparo no puede suspender sin motivación el derecho de padres e hijos a relacionarse, para ello es necesario que explicite «la gravedad de la situación» y «el interés del menor que lo aconseje». Se reconoce el derecho de la madre a reanudar la relación materno-filial en la que se incardina el derecho de visitas del que no debió de ser privada sin causa por la entidad pública.

TSJ de Galicia, Sentencia de 22 de febrero de 2012 169

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Separación, divorcio y nulidad 175

Aun cuando se aplica la ley marroquí, que es la personal de ambos cónyuges y que no contempla la separación conyugal, se acuerda este tipo de pronunciamiento al no haberse solicitado el divorcio, a pesar de que este pronunciamiento no podrá ser reconocido en su país de origen.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2012 175

La estimación del divorcio procede, no con el fundamento de derecho español que señala la sentencia apelada, sino por las sevicias del marido a la esposa, según el artículo 99 del Código de Familia de Marruecos (2004) o Moudawana.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 21 de marzo de 2012 175

Patria potestad 176

Se asigna a la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad, pues el padre, con posibles problemas de drogodependencia, ya desatendía al menor desde antes de abandonar, en el año 2004, el domicilio familiar, no habiendo comparecido en el presente procedimiento e ignorándose su paradero actual.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2012 176

Se desestima la petición realizada por el padre al amparo de lo establecido en el art. 158 del CC en la que solicitaba autorización para el traslado del lugar de residencia de su hija menor de edad a Costa Rica ante la absoluta carencia de prueba alguna que sustente el motivo del traslado, pues no solo no consta dato alguno que acredite que efectivamente su empresa se ha instalado en aquel país, sino que ninguna justificación se aporta del alegado interés de la misma por que forme parte integrante del equipo humano que se traslade a dicho país.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Auto de 16 de marzo de 2012 178

Debe admitirse el recurso de apelación interpuesto contra el auto que autoriza un cambio de residencia del progenitor custodio e hijos.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Auto de 9 de marzo de 2012 179

Se autoriza el cambio de residencia de los hijos desde A Coruña hasta Madrid, ya que estos por su corta edad no tienen arraigo en esa ciudad, y se encuentra justificada la decisión de la madre de aceptar el mejor puesto de trabajo que se le ofrece en Madrid.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Auto de 9 de marzo de 2012 180

Página

Guarda y custodia 183

Concurren los requisitos necesarios para mantener la custodia compartida instaurada desde la adopción de las medidas provisionales, pues se cuenta con la experiencia de su efectiva aplicación. Cualquier régimen de custodia que se imponga tras la separación o el divorcio requiere de la necesaria adaptación y causa una natural alteración en los menores cuyos efectos deben procurar minimizar ambos progenitores.

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012 183

Conviviendo unos hijos con el padre y otros con la madre, se opta por atribuir la custodia de los menores al padre en función de que residen en una ciudad donde los niños asisten al colegio, mientras que la madre tiene su domicilio en una zona rural, lo que plantea problemas de comunicación para acudir al colegio, debiendo tenerse en cuenta también la problemática laboral de la madre que, como personal sanitario, tiene días que trabaja las veinticuatro horas.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2012 184

Se atribuye la custodia al padre dejándose sin efecto la custodia compartida que se estableció en la sentencia de divorcio, al quedar acreditado que ha sido el padre quien se ha venido ocupado del menor con colaboración de su pareja actual.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2012 185

La custodia compartida por años no es viable, ya que los cambios no son solo de residencia y provincia, sino de colegio y amigos.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2012 186

La madre abandonó nuestro país llevándose al hijo sin conocimiento ni consentimiento del padre ni con autorización judicial, impidiendo cualquier relación paterno-filial, ni siquiera cuando la abuela paterna se trasladó a Alemania para recoger al menor e iniciar las vacaciones de verano, por lo que procede otorgar la custodia al padre.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2012 187

Si bien se parte de una teórica aptitud de ambos litigantes para el desempeño, responsable y en beneficio de la común descendiente de la custodia, ello no ha de desembocar necesariamente en la custodia compartida, pues no puede dejar de valorarse que, desde la ruptura convivencial, la niña ha permanecido bajo el cuidado cotidiano de la madre; además influye la mayor disponibilidad horaria de la madre y la actitud inapropiada del padre para incluir a la niña en el conflicto.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 23 de marzo de 2012 188

No se ha producido alteración alguna que justifique el cambio de la custodia compartida fijada en la sentencia de divorcio y que ha venido funcionando correctamente y con escasas incidencias hasta el momento. Cuando se adoptó dicha medida la madre era plenamente conocedora del horario de trabajo de su ex esposo y por tanto consintió en la posibilidad de que el padre tuviese la necesidad de ayuda de terceras personas. El hecho de estar en compañía de la tía paterna y de sus primos

Página

no ha perjudicado en modo alguno ni el desarrollo de los menores ni su afectividad con relación a su madre ni ha supuesto una dejación por parte del padre de las labores de cuidado de sus hijos, a los que atiende adecuadamente cuando finaliza su jornada laboral.

AP Murcia, Sec. 5.ª, Sentencia de 20 de marzo de 2012 190

Régimen de visitas 192

Las disputas que se relatan son poco edificantes para los hijos que las presencian, por lo que procede imponer la intervención del «punt de trobada» familiar más cercano al domicilio de la madre, para que durante un periodo de seis meses medie en las entregas y recogidas de los hijos y realice sesiones conjuntas educacionales con ambos progenitores para que superen el estado de enfrentamiento que ha provocado estas actuaciones.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012 192

No puede tener favorable acogida la solicitud relativa a la recogida de la niña en el domicilio de la madre al no darse respecto de dicha petición motivo alguno que lo justifique razonablemente, siendo así que la recogida de la menor en el colegio, además de aumentar el tiempo de estancia junto a la hija, permite al padre intervenir en los espacios escolares de la niña, conociendo y relacionándose con el medio educativo de la menor.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012 193

Habiendo trasladado la madre su residencia a la península, se otorga la custodia al padre y en cuanto a las visitas se acuerda que parte de ellas deben tener lugar en Tenerife para que la niña haga participar a su madre del entorno de amistades y relaciones en que está inmersa.

AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2012 195

No procede la ampliación del régimen de relación materno-filial porque esa petición se basa únicamente en el interés de la madre, que pretende con ello que la estancia con la hija le ayude en su problema psicológico.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2012 196

Vivienda familiar 197

Procede la acción de desahucio por precario, precisándose que la determinación de la cuantía de las obras de mejora realizadas en la vivienda deben ser objeto de otro litigio. Aunque se toleraran las obras de mejora, ello no afecta a la condición de precarista de la demandada, que no ostenta derecho de retención sobre la vivienda por el simple pago de los materiales.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2012 197

Las tasas por recogida de basuras y entrada de los vehículos tienen como sujetos pasivos, en concepto de contribuyentes, a las personas físicas o jurídicas que disfruten, utilicen o aprovechen especialmente el dominio público local en beneficio

Página

particular, y la beneficiaria directa y exclusiva de dichos servicios es la esposa, por lo que será de su cargo su abono.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 22 de marzo de 2012 200

Se critica que habiéndose atribuido el uso de la vivienda a la hija, con la que convive la madre, sin embargo se disponga que el uso del garaje sea para el padre, pero lo cierto es que la madre carece de vehículo y de permiso de conducir y por ello parece más que sensato que se haya adoptado esta medida, pues evita un gasto al padre.

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de marzo de 2012 201

Pensión alimenticia 201

El hijo es jugador profesional de fútbol de un club de segunda división, por lo que se ha incorporado al mercado laboral en la faceta laboral que ha estimado conveniente, debiendo cesar su derecho a percibir alimentos de su padre. Aunque en la próxima temporada no sea fichado por ningún club ha de entenderse que esa incorporación se ha producido habiéndose interrumpido el vínculo de dependencia económica que motivó la adopción de la medida en el proceso matrimonial.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012 201

Se suspende el pago de la pensión alimenticia durante el plazo de un año al quedar acreditado que el padre está en situación de desempleo y carece de toda prestación o subsidio.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012 203

No existe razón alguna que permita establecer un periodo determinado para el pago de la pensión alimenticia como hace la sentencia al fijar los 23 años, pues si al cumplirse esa condición objetiva persiste la necesidad por causa no imputable a la voluntad de la alimentada sigue teniendo derecho a ella.

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012 203

Sólo deben considerarse extraordinarios los gastos correspondientes a la matrícula y al primer curso de la universidad privada, en cuanto suponen un aumento imprevisto de las necesidades educativas de la hija, pero no lo son los de matrícula y enseñanza del segundo curso, porque ya han dejado de ser imprevistos al constituir el núcleo de los gastos de educación ordinarios y perfectamente previsibles, por lo que la contribución del demandado a estos gastos debe tener lugar mediante el aumento, en su caso, de la pensión ordinaria de alimentos en el correspondiente procedimiento de modificación de medidas.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 29 de marzo de 2012 204

El hecho de que el tratamiento psicológico esté cubierto por la Seguridad Social no impide siempre la consideración de estos gastos como necesarios, porque la intervención de un profesional no integrado en el sistema público de salud puede estar justificada por la confianza que inspira, o por la agilidad de la prestación del servicio. Deben excluirse sin embargo los gastos de depilación, porque no se consideran necesarios.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 29 de marzo de 2012 204

Página

Las necesidades de la hija, hoy mayor edad, no son las mismas pues cuenta con 23 años y cursa estudios universitarios en una ciudad distinta a la de su lugar de residencia, sin que sea razonable el que se exija a la hija que desempeñe ocupaciones laborales esporádicas para subvenir a sus necesidades cuando los padres gozan de la suficiente capacidad económica.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2012 205

Pensión compensatoria 206

Que en el convenio regulador se pactara la extinción de la pensión compensatoria cuando el esposo se jubilase no impide la aplicación de las causas generales previstas en el art. 101 del CC, y en este caso la convivencia marital, siendo indiferente que la persona con quien convive la ex esposa esté en el paro.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012 206

Dada la situación de dificultad y en cualquier caso precariedad laboral que en la actualidad existe como consecuencia de la crisis económica, la posibilidad de que la esposa adquiera un nivel estable y suficiente de ingresos para atender sus necesidades propias difícilmente se puede alcanzar en el periodo de un año que la sentencia de instancia establece, por lo que estimamos más adecuado prolongar el plazo hasta tres años.

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012 207

La extinción de la pensión compensatoria por haber contraído la ex esposa nuevo matrimonio motiva que también se extinga el pacto por el que el ex esposo se obligaba a seguir manteniendo la póliza médica en favor de aquella.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 30 de marzo de 2012 208

Aunque la esposa pidió que se fijase una pensión compensatoria de 400 euros al mes, que debían ser 800 euros mensuales si era despedida del trabajo que prestaba para la empresa del esposo, habiéndose acreditado la renovación del contrato, la pensión se fijó en la sentencia en 400 euros, sin que un eventual despido pueda ser causa para pedir un aumento de la pensión, dado que aquella no ha formulado recurso de apelación para que se contemple tal eventualidad.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2012 209

Debe reducirse la cuantía de la pensión compensatoria dado que el ex esposo ha de atender los gastos de hija menor de edad que con convive con él, nacida de la relación sentimental con una tercera persona, y por otro lado la ex esposa ha mejorado de fortuna como consecuencia de percibir la pensión de jubilación que antes no recibía.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2012 211

Se extingue la pensión compensatoria, pues en el informe de seguimiento de la ex esposa los días 26, 27 y 28 de Enero de 2011 se muestra al tercero entrando y saliendo durante esos días del domicilio de aquella, con diferente ropa, unas veces solo, otras con ésta y/o con los niños, conduciendo indistintamente dos automóviles que serían al parecer uno de cada miembro de la pareja, situación propia de una aparente convivencia en el domicilio de la demandada.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 23 de marzo de 2012 212

Página

La convivencia *more uxorio* de la ex esposa con un tercero es causa de extinción de la pensión compensatoria, por más que pudiera haberse interrumpido en la actualidad tras dictarse orden de alejamiento. La testifical del hijo es decisiva al declarar que la madre inició una relación sentimental con otro hombre hace varios años, relación que sigue manteniéndose en la actualidad aun cuando haya presentado varias denuncias por malos tratos.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2012 214

Convenio regulador 215

Que no se fije límite temporal a la obligación que asumió el esposo en el convenio regulador no es causa para pedir la nulidad de la cláusula.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 26 de marzo de 2012 215

Cuestiones procesales 216

Siendo cierto que en materia de familia, cuando se trata de medidas que afecten a menores, el Tribunal puede actuar de oficio, sin regir el principio de disponibilidad de las partes ni el rogatorio, no es menos cierto que ello no permite adoptar pronunciamientos sobre cuestiones no debatidas.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2012 216

Es competente para conocer del expediente de jurisdicción voluntaria en solicitud de atribución de la facultad de decidir sobre el centro escolar en que deben cursar estudios los menores el Juzgado de Familia y no el de Violencia, ya que se trata de un procedimiento autónomo y completamente independiente al de divorcio.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 29 de marzo de 2012 217

No puede incluirse en la sentencia de divorcio ninguna medida de liquidación del régimen económico matrimonial como hace el Juez de Instancia al acordar la venta de un inmueble.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2012 218

Es procedente la vía del art 158 del CC para que la abuela solicite la atribución de la guarda y custodia de sus nietas que han dejado de convivir con su madre, por lo que esta Sala no puede compartir el criterio plasmado en la resolución apelada, que rechaza a «limine litis» la solicitud presentada, sobre la base de que se ha de acudir al «procedimiento adecuado».

AP Zamora, Sec. 1.ª, Auto de 15 de marzo de 2012 220

Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno, debiendo estarse a lo dispuesto en el capítulo III de este Título, en cuanto regula la oposición a la medida cautelar *inaudita parte* por el demandado, por el cauce de los artículos 739 y siguientes de la LEC.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 8 de marzo de 2012 221

Página

Ejecución de sentencias 222

De la cantidad reclamada por impago de pensiones alimenticias se descuenta las mensualidades en las que la hija estuvo trabajando.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 30 de marzo de 2012 222

El derecho a percibir la pensión compensatoria cuando la resolución que la establece es objeto de recurso nace en la fecha en que se dicta la sentencia de primera instancia.

AP Almería, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012 223

El pacto al que llegaron los cónyuges en el convenio regulador y en virtud del cual la esposa adeudaba al esposo 114.000 €, cantidad que se iría compensando con los alimentos y gastos extraordinarios del hijo, debe ser integrado de tal forma que la devolución se hará a razón de 633 € durante los próximos quince años, sin perjuicio de que se descuenten las pensiones alimenticias y gastos extraordinarios vencidos hasta la fecha y no abonados por el demandado.

AP Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2012 .. 223

Se estima la oposición a la ejecución, dejándose sin efecto el requerimiento al progenitor no custodio para que retorne a la hija al domicilio familiar, ya que esta, que cuenta con 17 años, mostró su firme voluntad de convivir con el padre, y no se ha acreditado que el padre ejerza la guarda de forma inadecuada.

AP Almería, Sec. 2.ª, Auto de 29 de marzo de 2012 226

La ley es clara al excluir de la compensación las cantidades reclamadas en concepto de alimentos, y por ello debe desestimarse la pretensión del padre, que pretende que se compense la deuda que dimana de la sentencia de divorcio con un crédito que dice tener contra la madre dimanante de la condena en una sentencia dictada en juicio ordinario por deudas derivadas de la acción de repetición seguida en sentido inverso por el pago de deudas comunes.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 29 de marzo de 2012 227

La disposición legal establecida en el primer párrafo del art. 148 del Código Civil se aplica a la petición de prestación de alimentos, pero no a las sucesivas modificaciones que, respecto a su cuantía, pudieran adoptarse con posterioridad.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2012 228

La obligación del apelante es la de pagar la mitad de los gastos de la comunidad, y la obligación se extiende no solo a realizar el pago en la forma en la que venga establecida por los estatutos de aquella, sino también la de acreditar la realización del pago puntual a la ejecutante, en virtud del pacto aprobado por la sentencia que se ejecuta. El argumento que sostiene el recurrente de que quien únicamente tiene acción para reclamar el pago es la comunidad de propietarios no es más que un sofisma calificado de abuso de derecho inadmisible por los tribunales de justicia.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 27 de marzo de 2012 230

Página

Regímenes económicos 231

No siendo la liquidación de la sociedad de gananciales objeto de atribución especial de competencia en la LOPJ a los juzgados de Violencia sobre la mujer, serán los juzgados civiles los competentes para tramitarla, pues no pueden aplicarse normas de competencia previstas para juzgados civiles a juzgados penales como son los de Violencia contra la mujer.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Auto de 30 de marzo de 2012 231

Debe figurar en el activo un crédito por el pago constante el matrimonio de unas letras de cambio libradas por el esposo antes de contraerse aquel, al no haber acreditado que se abonaron con cargo a una cuenta privativa.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012 232

La sentencia que aprueba el cuaderno particional con el que mostraron su conformidad las partes puede ser ejecutada pues no solo tienen carácter declaratorio, debiendo por tanto continuar la ejecución en la que la esposa reclama el importe fijado como exceso de adjudicación.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 29 de marzo de 2012 232

El inmueble no puede valorarse en el importe del préstamo hipotecario solicitado en el año 2006, pues es obvio que los cuatro años transcurridos hasta el momento del avalúo han redundado en una disminución de su valor. Aun cuando es cierto que esta solución supone una ruptura del equilibrio entre el valor de la finca y el importe del préstamo hipotecario consignado en el pasivo del patrimonio ganancial, tampoco puede desconocerse que ello es una consecuencia necesaria del tiempo transcurrido desde la fecha de la concesión de la hipoteca y de la depreciación de aquel activo inmobiliario en el transcurso de este período.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2012 238

El ex esposo no puede ejercitar la acción de rescisión por lesión de la liquidación de gananciales ya que en la misma no se incluyó la valoración de los bienes, lo que implica una renuncia, al menos, tácita al ejercicio de la acción.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 26 de marzo de 2012 240

No constando que el seguro de hogar se hubiere concertado durante la vigencia del matrimonio ni que el ex esposo haya dado su consentimiento, no se ha justificado que se trate de un gasto absolutamente necesario, no existiendo por tanto derecho de reembolso.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 22 de marzo de 2012 241

Procedimientos de menores 242

Se confirma la situación de desamparo, pues la madre abandonó al hijo al cuidado de los abuelos maternos y estos, al no poder atenderlo, lo entregaron a un centro de acogida, no pudiendo considerarse al padre una persona apta para el cuidado del menor por las adicciones que presenta.

AP Almería, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012 242

Página

La impugnación de la correspondiente resolución administrativa ha de discurrir necesariamente por los trámites del art. 780 de la LEC, y ello sin perjuicio de que, entablado el correspondiente procedimiento, pudiera solicitarse, en tanto se pone fin al mismo, la adopción de las correspondientes medidas cautelares, al amparo del citado art. 158. Entenderlo de otro modo, habilitando esta última vía al margen de aquél *iter* procesal *ad hoc*, podría conducir al absoluto contrasentido jurídico-procesal de restituir a un menor al seno de sus padres sin solicitar al mismo tiempo la revocación de la resolución administrativa.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 27 de marzo de 2012 243

No puede constituirse la tutela solicitada por los abuelos respecto de tres nietos, pues aunque se ha constituido por la autoridad marroquí la kafala, los padres no están privados de la patria potestad, siendo por otro lado indisponibles las funciones de la patria potestad.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Auto de 23 de marzo de 2012 244

Cuando la ley señala que no se requiere la propuesta de la entidad pública cuando el adoptando hubiere estado bajo la tutela por más de un año, es claro que se está aludiendo a una declaración legal de tutela y no a una condición fáctica o situación de hecho, como la que nos ocupa.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 6 de marzo de 2012 246

Filiación 247

Tratándose de un reconocimiento de complacencia, no viciado de error, ni por dolo, ni por violencia o intimidación, el progenitor que lo hizo tiene acción para revocarlo, pero dicha acción está sometida al plazo de caducidad de cuatro años, que se cuentan desde la fecha misma del reconocimiento.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012 247

El Juzgado de instancia interpreta en términos abiertamente restrictivos los requisitos de admisión a trámite de la demanda de impugnación de la filiación, que no se compadecen en absoluto con la exigencia espiritualista y aperturista que exige el que se posibilite la investigación de la paternidad.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Auto de 1 de marzo de 2012 247

Uniones de hecho 249

No cabe hablar de comodato porque el mismo, de haber existido, concluyó al romperse la relación sentimental, ya que lo que justificaba la permanencia de la mujer en la vivienda era dicha relación y tampoco tenía otro derecho al carecer de título que lo sostuviera, permitiéndoselo gratuitamente el actor, antes del incidente, hasta que se trasladara a otra ciudad.

AP Cádiz, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de marzo de 2012 249

Cuestiones penales 250

No constituyen delito de coacciones los mensajes de móvil enviados por su ex pareja en tono cariñoso y de añoranza.

AP Castellón de la Plana, Sec. 2.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2012 250

Página

Sucesiones 254

Está legitimado para instar la nulidad de un contrato por simulación absoluta quien ostente derechos sobre la herencia, como heredero o como legitimario. También quien tenga derecho a una parte alícuota de la herencia.

AP Murcia, Sec. 5.ª, Sentencia de 22 de marzo de 2012 254

Las causas de indignidad, así como las de desheredación, han de ser interpretadas restrictivamente. La falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés demostrado por su hija, en relación con los problemas del padre, etc., son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica y que en definitiva sólo están sometidos al Tribunal de la conciencia.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2012 256

El demandado viene ocupando en exclusiva la vivienda litigiosa, en contra de la voluntad de sus hermanas que ostentan la mayoría en la comunidad de bienes y le han requerido reiteradamente para que la desaloje, no siendo posible el uso compartido de la vivienda, que implicaría una convivencia no deseada y una fuente de conflictos, ocupación que, además, es en el caso claramente abusiva, pues la ocupa en exclusiva, sin acreditar el abono de los gastos que genera el mantenimiento de la vivienda, y alquilando habitaciones a terceros.

AP Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 8 de marzo de 2012 258

Otras cuestiones 260

El recurso es inadmisible y del examen de los escritos de oposición a la ejecución y de formalización cabe concluir que ambos escritos pueden constituir actos en fraude procesal y de expreso desprecio a lo que representa la administración de justicia, por lo que procede acordar la incoación del expediente gubernativo.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 30 de marzo de 2012 260

La rendición de cuentas presentada por la tutora no reúne los mínimos requisitos para su aprobación y no sirve para justificar con una mínima exactitud ni aproximación qué destino se ha dado a los reintegros de la cuenta corriente.

AP León, Sec. 2.ª, Auto de 17 de febrero de 2012 261

RESOLUCIONES DE LA DGRN

Regímenes económicos matrimoniales 267

Es inscribible una escritura de disolución de condominio sobre diferentes bienes que pertenecen proindiviso a dos hermanos, con la particularidad de que algunos

Página

de los bienes comunes, adquiridos por herencia, pertenecen con carácter privativo a los dos hermanos y otros, adquiridos por título de compraventa, pertenecen al hermano con carácter privativo y a la hermana y su marido con carácter ganancial. El negocio disolutorio ha provocado una alteración en la composición del activo ganancial, pero al contar con el consentimiento de ambos cónyuges, es una posibilidad admitida explícitamente por nuestro legislador.

DGRN, Resolución de 24 de febrero de 2012 267

Constando la compra del terreno por el esposo para su sociedad de gananciales, y habiendo comparecido ambos cónyuges para efectuar la declaración de obra nueva manifestando que ésta se hizo con cargo a fondos gananciales, no puede inscribirse la liquidación de gananciales en la que ambos cónyuges manifiestan que la vivienda pertenece con carácter privativo al esposo y que hubo un error inicial pues la compra se hizo con dinero privativo procedente de una indemnización por accidente.

DGRN, Resolución de 2 de abril de 2012 269

Se revoca la calificación del Registrador y se admite la inscripción de la liquidación de la sociedad de gananciales, y de la escritura rectificativa posterior, mediante la cual se aportó a la sociedad de gananciales la vivienda que adquirieron en pro indiviso antes de contraer el matrimonio.

DGRN, Resolución de 9 de abril de 2012 270

Se revoca la calificación del Registrador y se admite que los cónyuges dentro de la liquidación de la sociedad de gananciales incluyan el bien que se adquirió por ambos en pro indiviso antes de contraer matrimonio.

DGRN, Resolución de 11 de abril de 2012 272

Sucesiones 275

Para inscribir una escritura de partición de herencia basada en un testamento ológrafo otorgado en Italia por una nacional de aquel país y referente a bienes situados en España, es necesario acreditar el contenido vigente del derecho positivo extranjero aplicable con relación con la necesidad de demostrar la legalidad de una sucesión hereditaria que tiene por base un testamento ológrafo italiano.

DGRN, Resolución de 2 de marzo de 2012 275

SECCIÓN PRÁCTICA

LA RENDICIÓN DE CUENTAS ENTRE CÓNYUGES 279

CASOS PRÁCTICOS 281

TRIBUNA ABIERTA

LAS LEYES UNIFORMES (POR ALUSIONES)

Francisco Vega Sala 291

DOLO, FRAUDE, VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN: PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LOS VICIOS TESTAMENTARIOS

Aurelia María Romero Coloma 293

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

DATOS DE INTERÉS 313

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Patria potestad 319
Guarda y custodia 319
Régimen de visitas 320
Vivienda familiar 321
Pensión alimenticia 322
Pensión compensatoria 323
Convenio regulador 323
Cuestiones procesales 324
Ejecución de sentencias 325
Regímenes económicos 326
Procedimientos de menores 327
Filiación 327
Uniones de hecho 328

Revista de

Derecho de Familia

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA CRISIS ECONÓMICA Y LA PENSIÓN ALIMENTICIA

ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN

Magistrado

LAURA PÉREZ RUFIÁN

Abogada

RESUMEN

La crisis económica y la pensión alimenticia

La pensión alimenticia de los hijos está en función de la capacidad económica de los padres, incidiendo de manera especial en esta cuestión la grave y permanente crisis económica que padecemos. En este estudio se analizará los efectos de la situación económica de los padres en el momento de fijar la pensión alimenticia, cuando se solicita una reducción de su cuantía por la disminución de ingresos o pérdida de empleo del progenitor, cuando se insta la limitación temporal de la pensión alimenticia, y cuando se pide la extinción de la pensión en atención a las posibilidades de los hijos de acceder a un empleo.

Palabras Clave: Alimentos, crisis económica, extinción de la pensión, reducción de la cuantía, cambio de circunstancias, limitación temporal.

ABSTRACT

The economic crisis and the alimony

The alimony of the children depends on the economic capacity of their parents, in this respect, the serious and permanent economic crisis we are suffering is influencing it in a special way. In this study it will be analyzed the effects of the economic situation of the parents when determining the maintenance allowance, when it is requested a reduction of their quantity due to the decrease of earnings or loss of the job of the progenitor, when the temporary limitation of the alimony is requested, and when it is demanded the finalization of the allowance in view of the children possibility to find a job.

Key Words: Alimony, economic crisis, finalization of the allowance, reduction of the quantity, change of circumstances, temporary limitation.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. LA CRISIS ECONÓMICA Y SUS EFECTOS EN LA PENSIÓN ALIMENTICIA.

III. LA FIJACIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA.

1. Progenitor que realiza un trabajo por cuenta ajena.

A) El trabajador recibe una importante cuantía en concepto de dietas.

B) Existe connivencia con el empleador para fijar una nómina oficial con menor salario del real.

C) El progenitor es el empresario y se asigna una nómina de cuantía mínima.
D) La actividad empresarial figura a nombre de un tercero, pero es el progenitor quien la dirige, aunque figura tan sólo como trabajador por cuenta ajena.
E) Cambios de trabajo coincidiendo con la crisis familiar.

2. Progenitor que realiza un trabajo por cuenta propia.

A) Nivel de vida del progenitor.
B) Situación anterior a la crisis de pareja.
C) Capacidad de endeudamiento.
D) Ser administrador de una empresa y tener asignadas unas retribuciones de escasa cuantía.
E) Ofrecer el pago de una pensión alimenticia que casi es similar a los ingresos que declara percibir.

3. Progenitor en paro y que no percibe ningún tipo de ingresos.

IV. LA REDUCCIÓN DE CUANTÍA DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA.

1. Que los hechos en los que se base de la demanda de modificación se hayan producido con posterioridad al dictado de la sentencia que fijó las medidas.

2. Que la variación o cambio de circunstancias tenga relevancia legal y entidad suficiente como para justificar la modificación pretendida.

A) Trabajadores por cuenta ajena.
B) Trabajadores por cuenta propia.

3. Que el cambio de circunstancias sea permanente, o al menos que no obedezca a una situación de carácter transitorio.

4. Que se trate de circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad del progenitor que solicita la modificación.

5. Que se acredite en forma por el cónyuge que solicita la modificación el cambio de circunstancias.

V. LA LIMITACIÓN TEMPORAL DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA.

VI. LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA.

I. INTRODUCCIÓN

Es de todos conocido que el número de personas que se encuentran en el desempleo va incrementándose mes a mes de forma imparable; es un hecho que los funcionarios han visto reducidas sus nóminas y que por el momento no se actualizarán; también puede constatarse con facilidad que muchas empresas han tenido que disminuir el salario de sus empleados, suprimir complementos y reducir la jornada laboral para poder continuar la actividad; y qué decir de tantos autónomos a quienes sus negocios se les han venido abajo de forma drástica por la paralización del consumo; o de tantos profesionales liberales que

antes tenían unos ingresos importantes y que ahora casi no tienen clientes o los que tienen no les abonan sus honorarios.

Si tenemos en cuenta que, como señala el artículo 146 del Código Civil, la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da, ya puede intuirse que la crisis económica va a afectar de una forma importante a los hijos de padres divorciados que soportan no solo la crisis económica, sino la propia crisis de pareja que siempre implica un empobrecimiento económico, pues con los mismos ingresos deben atenderse más gastos al desdoblarse los domicilios.

A continuación vamos a comprobar, en función del estado en el que se encuentre el proceso de familia, las consecuencias que la crisis económica va a tener en las pensiones alimenticias.

II. LA CRISIS ECONÓMICA Y SUS EFECTOS EN LA PENSIÓN ALIMENTICIA

El menor poder adquisitivo de los progenitores va a motivar que no pueda mantenerse el mismo nivel de vida, y si bien las necesidades básicas de los hijos siempre se garantizan en el momento de fijar la cuantía de la pensión alimenticia, existen casos en que los hijos se verán afectados directamente por la crisis económica de sus progenitores.

Así por ejemplo, señalaba la Sentencia de la AP de Vizcaya, Sec. 4.ª, de 24 de mayo de 2011, que «El menor no puede mantener determinados lujos por el sencillo motivo de que sus progenitores no pueden pagárselos y existen alternativas perfectamente válidas para sus estudios que no sea acudir a un centro privado de enseñanza, lo que supone una drástica reducción de sus necesidades y la adecuación de la pensión alimenticia a las mismas y a las posibilidades de sus dos progenitores». También la AP de A Coruña, Sec. 3.ª, en su Sentencia de 16 de febrero de 2007 se alineó con esta tesis: «El deseo de la recurrente, de mantener el tren de vida anterior, con los mismos gastos, es inviable en la situación económica expuesta. Tendrá que plantearse que o bien reducen los gastos ordinarios, o bien los extraordinarios. O incluso ambos. No es anómalo tener que cambiar a los hijos de colegios, sacándolos de los concertados y llevándolos a la enseñanza pública. O eliminar toda una serie de actividades extraescolares que profusamente se imparten a los hijos».

Otra cuestión a tener en cuenta es que habrá que estar a la situación actual y no a situaciones pasadas en las que posiblemente la economía familiar fue más próspera, tal y como precisó la AP de Córdoba, Sec. 2.ª, en su Sentencia de 12 de mayo de 2009: «No es posible deducir que los ingresos actuales sean los que pueden presumirse mediante el análisis de los medios de vida con que contaban en épocas pasadas, siendo notorio que precisamente la crisis afecta al sector económico que constituye la profesión del padre, oficial albañil». En términos similares se pronunció la SAP de Madrid, Sec. 24.ª, en su Sentencia de 14 de marzo de 2005: «Para fijar la pensión alimenticia no puede computarse la paga de beneficios en función del cumplimiento de objetivos al tratarse de una cantidad variable». También comparte este criterio la AP Málaga, Sec. 7.ª, en su Sentencia de 2 de marzo de 2005: «No son computables para fijar la pensión alimenticia los ingresos extraordinarios que haya percibido en el pasado el padre, pues la fijación de los alimentos debe hacerse partiendo de las posibilidades económicas reales del obligado, sin consideración a circunstancias coyunturales de impredecible sostenimiento o repetición en el tiempo».

Por último señalar que, dada la notoriedad de la crisis económica, los juzgados y tribunales se verán obligados a considerar como ciertos hechos que hasta hace poco carecían de eficacia en el momento de fijar la cuantía de la pensión o de modificar su cuantía.

III. LA FIJACIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

1. Progenitor que realiza un trabajo por cuenta ajena

Quizás sea este el caso menos problemático en el momento de fijar la cuantía de la pensión alimenticia pues, en principio, contamos con unos datos como son los ingresos que recibe el progenitor y sobre esta base, según el criterio que mantengan los distintos juzgados y tribunales, se establecerá la cuantía de los alimentos.

No obstante, habrá que estar atentos a determinados casos en los que el importe de la nómina no atiende a la realidad:

A) El trabajador recibe una importante cuantía en concepto de dietas

La AP de Orense, Sec. 1.ª, en su Sentencia de 5 de marzo de 2009 abordó el tema de las dietas, llegando a la conclusión de que «Aunque la jurisdicción social ha venido manteniendo la condición extrasalarial de las dietas, siempre ha matizado que deben concurrir algunos requisitos, entre otros su carácter variable, pero en el presente caso, consta en las nóminas del padre que la partida de dietas es constante, por lo que deben tenerse en cuenta como ingresos para calcular el importe de la pensión alimenticia». En el mismo sentido se pronunció la AP de Vizcaya, Sec. 4.ª, en su Sentencia de 21 de marzo de 2007: «Para fijar la cuantía de la pensión de alimentos de los hijos, han de computarse en los ingresos del padre las cantidades que percibe por dietas de viajes superiores a las efectivamente gastadas». La Sentencia de la AP de Valencia, Sec. 10.ª, de 31 de mayo de 2005 señaló que «Para determinar la cuantía de la pensión de alimentos de la hija han de tenerse en cuenta las cantidades percibidas por el obligado al pago en concepto de dietas, por ser de considerable importancia en relación con el importe total de la nómina». La AP de Cantabria, Sec. 2.ª, de 10 de marzo de 2005 también participó de este criterio: «Las dietas, locomoción y manutención que percibe el padre pueden tenerse en cuenta para el cálculo de la pensión alimenticia». En idénticos términos se pronunció la AP de Ciudad Real, Sec. 1.ª, en su Sentencia de 1 de marzo de 2005: «Procede tener en cuenta la partida de dietas a fin de determinar la capacidad económica del obligado al pago de la pensión alimenticia y compensatoria cuando, por la importancia cuantitativa de las mismas en relación con el gasto para el que están previstas, se puede inferir con toda seguridad que una parte de aquella no es estrictamente precisa para subvenir a esos gastos».

De todas formas, solo se tendrán en cuenta las dietas para fijar la cuantía de la pensión alimenticia cuando sean desproporcionadas o no atiendan a gastos realmente realizados por el progenitor, pues en caso contrario habrá que seguir la tesis mantenida por la Sentencia de la AP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 4 de marzo de 2009: «Ciertamente el pago de dietas al esposo, con ocasión de la prestación de servicios especiales en régimen de desplazamiento fuera de su lugar de residencia, aparte de evitarle un desembolso propio que

venga a mermar su economía, en cierta medida supone para el mismo un ahorro de gastos, cual los referidos al tema de la alimentación durante el tiempo que se encuentre desplazado lejos de su hogar. Ahora bien, tal ahorro de gastos no puede merecer una consideración tan significativa como la atribuida por la esposa recurrente, al extremo de adicionar la cuantía de las dietas al importe del salario ordinario para la determinación de los ingresos laborales del esposo. Dado que, en definitiva, la ventaja económica que este último obtendría sería el abono en el dispendio de atender los días de desplazamiento a su alimentación en casa, siempre más apañada. De ahí que, al concepto retributivo de las dietas no quepa otorgarle la relevancia pretendida por la recurrente, estimando procedente el recurrir al sueldo ordinario del esposo demandante para el establecimiento, de forma ponderada, de la adecuada pensión alimenticia en favor de los dos hijos menores del matrimonio, cual así se realiza en la resolución apelada».

B) Existe connivencia con el empleador para fijar una nómina oficial con menor salario del real

En la Sentencia de la Sec. 22.ª de la AP de Madrid de fecha 20 de diciembre de 2007 no se tuvieron en cuenta las alegaciones que efectuó el padre en cuanto a que recibía escasos ingresos trabajando en un negocio de su hermano: «El padre alega que está en paro y no cobra ninguna prestación y que tan sólo cuenta con algún ingreso esporádico cuando ayuda en el comercio de su hermano los fines de semana, pero esta situación es inconciliable con el hecho de que abona 900 euros mensuales por el alquiler de la vivienda donde habita y tiene en propiedad un vehículo Jeep Cherokee».

Señaló la SAP de Alicante, Sec. 4.ª, de 25 de enero de 2007 que «Es evidente que su nivel de ingresos no se corresponde con la cantidad que refleja su nómina, habida cuenta de la categoría de Oficial de 1.ª de la construcción que ostenta en la empresa en la que trabaja, desarrollando una jornada de 40 horas semanales, sin olvidar por otro lado, los trabajos extras que también ha venido realizando fuera del horario ordinario».

C) El progenitor es el empresario y se asigna una nómina de cuantía mínima

La AP Zaragoza, Sec. 2.ª, en su Sentencia de 10 de julio de 2008 analizó esta cuestión concluyendo que «El hecho de ponerse el alimentante una nómina en la sociedad a efectos fiscales no implica que sea un asalariado, ni mucho menos que dicha nómina unilateralmente impuesta por él en su calidad de administrador único de su sociedad mercantil, no pueda ser muy superior a la que a efectos formales dice tener».

Esta fue también la situación que se evidenció en la Sentencia de 24 de mayo de 2006 dictada por la AP de Málaga, Sec. 6.ª: «Se presume que los ingresos del padre son muy superiores a los que constan en su nómina, que es elaborada por él mismo, al ser administrador único y empleado de la sociedad, de titularidad ganancial, para la que trabaja. No obstante, la falta de prueba sobre sus ingresos reales, no puede beneficiar a la parte que fácilmente pudo acreditarlos con la simple aportación de documentación de la empresa familiar».

D) La actividad empresarial figura a nombre de un tercero, pero es el progenitor quien la dirige, aunque figura tan sólo como trabajador por cuenta ajena

Este es el caso que se analizó por la AP Valencia, Sec. 10.ª, en su Sentencia de 12 de julio de 2006: «Se presume que el padre percibe más ingresos que los que aparecen en las nóminas, debiendo destacarse el hecho acreditado de que la actual compañera sentimental de aquél sea precisamente la titular del negocio en el que desarrolla su actividad, acreditándose haber realizado adquisiciones importantes como es el apartamento, titularidad de su compañera sentimental con el usufructo del recurrente, siendo que del mismo cabe igualmente presumir que se obtienen rentas en cuanto se oferta para ser destinado al alquiler».

La AP de Baleares, Sec. 5.ª, en su Sentencia de 18 de mayo de 2006 llegó a la conclusión de que no era creíble que el esposo vendiese un negocio familiar rentable para obtener unos ingresos como trabajador por cuenta ajena de 700 euros al mes.

E) Cambios de trabajo coincidiendo con la crisis familiar

Aunque en la actual situación de crisis económica pueden presentarse situaciones que antes tendrían difícil justificación, no pasa desapercibido para los juzgados y tribunales que muchos progenitores cambien repentinamente de trabajo para pasar a tener una nómina de escasa cuantía cuando antes, ya sea como trabajador por cuenta propia o por cuenta ajena, percibían mayores ingresos que los que va a recibir en su nuevo puesto de trabajo. En este sentido, la SAP de Burgos, Sec. 2.ª, de 31 de mayo de 2006 concluyó que «era ilógica la actuación del padre que precisamente, en el momento de la ruptura, cuando sus gastos se van a incrementar, por tener que hacer frente a un alquiler, renuncia a un trabajo para pasar a otro con una nómina sustancialmente menor, incluso inferior al importe total de sus gastos fijos». Aunque se trataba de una situación distinta, pues el padre era un trabajador por cuenta propia, también llamó la atención a la AP de Málaga, Sec. 4.ª, en su Sentencia de 20 de junio de 2005 el cambio de trabajo del padre: «Si el padre trabajaba como autónomo ejerciendo una actividad cualificada por la que obtenía una mayor remuneración, y tras la ruptura matrimonial presenta una nómina de entre 700 y 800 € como asalariado en el sector de la construcción, no es descabellado concluir que la situación laboral actual ha sido buscada de propósito. Se fija a su cargo una pensión de 480 € para una hija, dado que está cualificado laboralmente para afrontarla, y la madre no trabaja».

Al figurar en la nómina una exigua cantidad que no se ajusta a la realidad, tendremos que acudir a la prueba de presunciones para, acreditado el nivel de vida, llevar al tribunal al convencimiento de que el progenitor percibe unos ingresos superiores a los que aparecen en la nómina. No obstante, hay que precisar que para aplicar la prueba de presunciones previamente deben quedar acreditados unos hechos objetivos, no pudiendo basarse en hechos admitidos comúnmente como señaló la Sentencia de la AP de Granada, Sec. 5.ª, de 27 de mayo de 2011: «Aunque puede resultar cierto, dado en el ramo donde trabaja, que el padre reciba ingresos opacos, ello no puede alcanzar la categoría de presunción a los efectos de aplicación del Art. 386 LEC ante la no constancia en autos de signos externos de riqueza».

En otro orden de cosas, en caso de que el progenitor haya visto congelado el sueldo, hay que cuestionarse si establecer la actualización de la pensión conforme a los incremen-

tos del IPC se ajusta o no a lo indicado en el artículo 146 del CC, pues aunque es cierto que siempre que el Código Civil hace referencia al pago de una prestación económica como consecuencia de la crisis matrimonial señala al mismo tiempo que se fijarán las bases para su actualización, también lo es que la capacidad económica del progenitor se mantiene inalterable con el paso del tiempo. Por otro lado, tampoco sabemos el número de años en que no se actualizarán los salarios, y ya tenemos la experiencia de las dificultades que se presentan cuando el índice de actualización es la variación en los ingresos del progenitor. Posiblemente, para armonizar todos los intereses en juego la solución sea establecer la actualización dependiendo no solo del incremento del IPC sino también de la nómina del trabajador obligado al pago de la pensión. Una fórmula podría ser que la pensión se incrementará anualmente conforme a los índices del IPC, siempre que dicho aumento no sea superior al que experimenten los ingresos del obligado al pago, en cuyo caso se estará a la variación experimentada por estos últimos. También debería admitirse la actualización de la pensión alimenticia fijando un porcentaje determinado con independencia del IPC; así por ejemplo, si los ingresos del progenitor no experimentan aumento, la pensión se incrementará un 1% anualmente, si los ingresos se incrementaran la actualización se llevaría a efecto conforme al IPC.

2. Progenitor que realiza un trabajo por cuenta propia

Determinar los ingresos que percibe una persona que trabaja por cuenta propia, bien sea autónomo individual o administrador de una empresa, es una cuestión que *a priori* se presenta complicada. No estamos ante una persona que tenga un sueldo fijo que permita determinar cuáles son sus percepciones por rendimientos de su trabajo de una forma clara e inequívoca, ya que es frecuente incluso que unos meses tenga más ingresos y que en otros los gastos superen a los ingresos.

A nivel de calle, trabajador por cuenta propia es sinónimo de ocultación de ingresos, pero se pueden ocultar parte de los ingresos cuando se tienen, lo que en la actualidad es complicado. Cuando debe decidirse la cuantía de la pensión alimenticia, podemos pensar en el autónomo que en la época de bonanza económica percibía importantes ingresos o en el autónomo afectado por la crisis que ha visto reducidos drásticamente sus ingresos.

La primera cuestión que hay que abordar es quién tiene la carga de la prueba de acreditar los ingresos. Aunque en principio debe regir la norma general prevista en el segundo apartado del art. 217 de la LEC, y por tanto el progenitor que solicita la pensión debe acreditar que la cuantía que pide es proporcional a la capacidad económica del demandado, habrá que tener presente que de manera especial resulta de aplicación el inciso que se contiene en el número séptimo del citado precepto, que introduce el principio de disponibilidad y facilidad probatoria, con lo cual se produce una especie de inversión de la carga de la prueba en el sentido de que cuando se solicitan alimentos recae sobre el progenitor obligado a darlos la carga de acreditar sus ingresos y sobre el hijo, cuando es mayor de edad, la carga de probar sus necesidades. Veamos lo que en relación con esta cuestión dice la jurisprudencia:

— AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2009: «La carga de la prueba debe determinarse partiendo de quien tiene la disponibilidad y facilidad de tales me-

dios acreditativos, tal y como resulta de los artículos 770.1.1.º y 217 de la LEC. Las dudas sobre la capacidad económica del demandado ante la falta de actividad probatoria por su parte y la actitud obstruccionista desplegada no puede sino resolverse en contra, tal y como establecen los artículos 217.1 y 307 de la LEC».

— AP Tenerife, Sec. 1.ª, Sentencia de 2 de abril de 2007: «La ocultación habitual de ingresos del progenitor no puede favorecerle: la incerteza ha de perjudicarle a él que es quien tiene la carga de la prueba. La obligación de prestar alimentos no es una pauta de conducta social que pueda aceptarse o no, sino un deber legal y constitucional que no es discrecional para los padres».

— AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 17 de octubre de 2006: «La duda sobre los ingresos reales del padre ha de interpretarse en contra de éste, pues en aplicación del principio de disponibilidad probatoria (art. 217.6º LEC), es él quien como perceptor de sus salarios, está en mejor disposición para probar su situación económica».

— AP Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2006: «El principio de facilidad probatoria recogido en el art. 217.6.º LEC impone al demandado acreditar que su capacidad económica no le permite afrontar el pago de la pensión de alimentos reclamada: habiéndose limitado a afirmar que tiene pérdidas (sin probarlo), sin aportar más datos sobre su verdadera situación, no procede reducir el importe de pensión de alimentos para la menor hija fijado en la instancia».

En función del régimen fiscal a que esté acogido el autónomo (estimación directa, estimación directa simplificada o módulos, estimación objetiva) tendrá que llevar una serie de libros y lógicamente realizará unas declaraciones fiscales. Pero los datos que se contienen en estos libros o en las declaraciones, ya ha señalado la jurisprudencia que con ser un indicio de la situación económica del sujeto, no acreditan con plenitud la realidad de la misma, ya que en definitiva no contienen más que una manifestación de parte efectuada por el sujeto ante la Administración Tributaria, que puede o no responder a la realidad:

— AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 18 de junio de 2009: «El padre es titular de una explotación de ganado bovino de carne. No se ha aportado, sobre la rentabilidad que tal explotación le reporta otra prueba que las declaraciones efectuada por el mismo a efectos del IRPF, prueba que no puede aceptarse por sí sola suficiente para acreditar su alegación de insuficiencia de ingresos al resultar de la misma que en el citado impuesto está sometido al régimen de estimación objetiva o módulos».

— AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de julio de 2008. Carecen de fiabilidad los rendimientos declarados fiscalmente por el demandado con posterioridad a 2006, dada su cotización como autónomo. Además debe tenerse en cuenta que constituyó con otros dos socios una sociedad de la que es administrador mancomunado, cuyo objeto social es la explotación de negocios de hostería y restauración, comercio al menor de alimentos y bebidas y venta de productos dietéticos, de estética y belleza».

— AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 1 de octubre de 2009. La resistencia del padre a manifestar lo que gana y sus excusas son inaceptables, porque aunque el bar produzca unos rendimientos variables, eso podrá dificultar el pronóstico de rendimientos futuros, pero no los que ya han ocurrido y éstos son conocidos por aquel y debieron ser confesados en la primera instancia».

A falta de otras pruebas será necesario acudir a la prueba de presunciones establecida en el art. 386 de la LEC. ¿Qué hechos pueden alegarse como admitidos o probados para que el tribunal pueda acogerse a la prueba de presunciones a efectos de fijar una pensión alimenticia que se ajuste a los ingresos reales? La jurisprudencia viene admitiendo los siguientes:

A) Nivel de vida del progenitor

En ocasiones el nivel de vida que exterioriza el alimentante sólo puede estar respaldado por un saneado patrimonio, a pesar de que se acrediten unos reducidos ingresos. Y es que como señala la AP Asturias, Sec. 6.ª, en su Sentencia de 4 de abril de 2003: «En orden a la fijación de las pensiones, ante la dificultad de probar los ingresos reales, debe darse especial relevancia a la prueba indiciaria, presumiéndose que a mayor nivel de vida se corresponde un determinado nivel de ingresos, al margen de declaraciones fiscales».

Como podrá comprenderse es indiferente que los inmuebles, vehículos, etc., que utilice el progenitor estén o no a su nombre, ya que es frecuente en situaciones de crisis matrimonial desplazar la titularidad de los bienes a una tercera persona ligada con una relación sentimental o de parentesco.

La Sentencia de la AP Valencia, Sec. 10.ª, de 14 de julio de 2005, entendió que eran signos reveladores de la capacidad económica del padre, el haberse marchado de viaje en vacaciones y el pago de una asistenta para que atienda la casa. Adquirir una vivienda propia para rehabilitarla (AP Valencia, Sec. 10.ª, S. 28-6-2005), existir movimientos de cuentas bancarias mensuales que en ocasiones son superiores a lo que fiscalmente declara como ingresos anuales (AP Valencia, Sec. 10.ª, S. 10-2-2005). Trasladar a vivir a otra ciudad por motivos sentimentales (no laborales), pese a tener un piso en propiedad en la ciudad donde hasta ahora residía (AP Granada, Sec. 3.ª, Sentencia de 24 de marzo de 2006). La utilización de vehículos de alta gama o de viviendas de cierto lujo son signos indicativos de que el progenitor cuenta con ingresos importantes. La AP de Pontevedra, Sec. 6.ª, en su Sentencia de 22 de diciembre de 2010 valoró decisivamente que el progenitor pertenecía a un Club por el que abonaba más de 100 euros mensuales y estaba abonado a una televisión de pago.

B) Situación anterior a la crisis de pareja

Aun reconociendo que una separación o divorcio implica un empobrecimiento, pues ahora habrá que atender más gastos, pueden servir de cierta orientación para determinar la cuantía de los ingresos del progenitor los gastos que se atendían en el momento inmediatamente anterior a surgir la crisis de pareja que generalmente son reveladores de una situación patrimonial muy distinta a la que quiere presentarse en el procedimiento matrimonial. En este sentido señaló la AP Córdoba, Sec. 2.ª, en su Sentencia de 26 de mayo de 2011 que «Para fijar la cuantía de la pensión alimenticia debe acudirse a los signos externos de riqueza del periodo inmediatamente anterior a la ruptura que evidencia un nivel de vida y una capacidad económica que no puede borrarse tan fácilmente», y la AP Málaga, Sec. 6.ª, S. 17-1-2006, que «con independencia de la crisis coyuntural que alega el padre, coincidiendo con la separación, ha de atenderse a los ahorros e ingresos regulares y periódicos generados en años anteriores y al alto nivel que mantenía la familia». También la AP Albacete,

Sec. 1.ª, en su Sentencia de 2 de marzo de 2005 tuvo en cuenta este dato: «Partiendo del nivel de gasto que la familia tenía cuando convivían ambos cónyuges se llega a la conclusión de los ingresos que normalmente puede percibir el padre a los efectos de fijar la cuantía de la pensión alimenticia».

C) Capacidad de endeudamiento

Muchos progenitores alegan unos reducidos ingresos pero se constata que desde hace tiempo vienen haciendo frente a unos gastos que incluso superan a los ingresos declarados. Además, en ocasiones, se da la circunstancia de que, surgida la crisis de pareja, suscriben nuevos créditos de una importante cuantía.

Buena prueba de que sus ingresos tienen que ser superiores, señala la AP Asturias, Sec. 7.ª, en su Sentencia de 8 de octubre de 2010, lo demuestra la capacidad de endeudamiento que tienen la demandada y su actual esposo, quienes con unos ingresos de 2.200 € y 580 € respectivamente hacen frente a un pago mensual por prestamos y plan de pensiones de 3.566 €, cantidad evidentemente superior a sus ingresos. La AP Burgos, Sec. 2.ª, en su Sentencia de 20 de septiembre de 2010 concluyó que «La titularidad de la vivienda, la desproporción de las cargas (hipoteca y préstamo) en relación a los ingresos declarados de la familia y la cotitularidad por el demandado de la mercantil constructora, así como su transmisión por el demandado a su hermano en el curso del proceso de divorcio, hacen presumir que sus ingresos reales han sido y pueden ser superiores a los declarados». Por último, reseñar la Sentencia de la AP Barcelona, Sec. 12.ª, de 14 de marzo de 2006: «Se presume que los ingresos del padre son superiores a los que constan en la Declaración de IRPF, cuando los gastos por él reconocidos son superiores a tales ingresos. No obstante, no constando que obtenga más de 800 €/mes, y sin que tampoco se hayan acreditado los ingresos que la madre percibe del bar que regenta, es ajustado a derecho fijar a cargo del padre una pensión de 400 € para dos hijos. Principio de solidaridad familiar del que emana la obligación de prestar alimentos y criterios para su fijación.

D) Ser administrador de una empresa y tener asignadas unas retribuciones de escasa cuantía

Como con frecuencia censuran los juzgados y tribunales es difícil imaginar que quien se dedica a una determinada actividad, estando de alta como trabajador autónomo, tenga unos ingresos inferiores a 3.000 euros al año, casi equiparable a la cantidad que se concede en la actualidad como simple ayuda social a quienes están totalmente desasistidos, o que perciba unos ingresos inferiores a los de sus propios empleados.

En el caso analizado por la AP Córdoba, Sec. 3.ª, en su Sentencia de 31 de marzo de 2006, se indicó que «El hecho de que la sociedad en la que el apelante trabaja y de la que es accionista, haya acordado no repartir dividendos, atribuyendo los beneficios a reservas voluntarias, sólo priva transitoriamente al socio de liquidez, al no recibir el dividendo, pero también mejora la situación patrimonial de la sociedad e indirectamente a la del socio».

También podemos mencionar el caso enjuiciando por la AP Valladolid, Sec. 1.ª, en su Sentencia de 13 de octubre de 2009: «No resulta en absoluto creíble que los ingresos del

esposo sean de solo de 979,63 €, ya que ello no coincide con el dato de que asuma el abono de una pensión de 450 €, y el pago de otros 450 € de alquiler de una vivienda. Una simple operación aritmética revela que le restarían tan solo 79,63 € mensuales para subvenir a la atención del resto de sus necesidades. No solo que es empleado de la cooperativa, sino que se trata de una cooperativa familiar integrada por el apelante y sus hermanos mediante la que se ejerce una importante explotación agrícola de carácter familiar. Igualmente acontece que el actor, junto a sus hermanos, ha recibido un importe patrimonio de la herencia de su padre.

E) Ofrecer el pago de una pensión alimenticia que casi es similar a los ingresos que declara percibir

Si el progenitor alega que tiene unos reducidos ingresos va contra la lógica ofrecer el pago de una pensión alimenticia similar a sus ingresos, pues de ello solo cabe deducir, como así hizo la AP Madrid, Sec. 24.ª, en su Sentencia de 31 de enero de 2006, que el progenitor percibe mayores ingresos de los que manifiesta, ya que con los gastos que ha de asumir es imposible que pueda hacer pago de la pensión que él propone.

3. Progenitor en paro y que no percibe ningún tipo de ingresos

La ausencia de ingresos en un progenitor no le exime de la obligación de atender las necesidades de los hijos pues, como señala la Sentencia de la Sec. 2.ª de la AP de Córdoba de 24 de junio de 2011, los hijos necesitan ser alimentados en el sentido definido en el artículo 142 del Código Civil y que, con independencia de cuáles puedan ser las circunstancias económicas de quienes vienen obligados por esa relación familiar directa a prestar los alimentos, la jurisprudencia viene a exigir que se establezca para satisfacer sus necesidades una pensión de mínimos, que suele oscilar entre 150 y 200 euros al mes. Así por ejemplo, la AP Córdoba, Sec. 2.ª, en su Sentencia de 26 de julio de 2011 fijó la pensión mínima en 180 euros mensuales, aunque en otra de fecha anterior (13 de junio de 2011) la misma Sala la fijó en 150 euros por hijo.

Es determinante, para la fijación de la pensión, la edad y el estado físico del progenitor que debe abonarla, pues cuando se trata de personas jóvenes se insiste por la jurisprudencia en la obligación que tienen los progenitores de hacer lo imposible para obtener ingresos que les permitan abonar aunque sea la cuantía mínima establecida para satisfacer las necesidades más básicas de los hijos, dado que, además de tratarse de una obligación natural, viene recogida en la Constitución, siendo bastante tajantes algunas Sentencias al señalar que «la actual carencia de ingresos del progenitor es debida a su propia inactividad o falta de interés en trabajar». La AP Barcelona, Sec. 18.ª, en su Sentencia de 16 de febrero de 2006 precisó que aunque el padre se defina como un «bohemio», su edad y estado de salud, así como su preparación profesional (músico e informático), conlleva que puede y debe atender a las necesidades de su hijo y procurarse un trabajo, pues por más que sea un bohemio, también debe tener en consideración que es padre.

También ha señalado la jurisprudencia con reiteración que la situación de paro no es incompatible con que se tengan recursos propios (AP Tenerife, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de mayo de 2011).

Por otro lado, como señaló la SAP de Málaga, Sec. 6.ª, de 25 de noviembre de 2009, «Debe entenderse que la situación de desempleo es coyuntural y transitoria pues dada su edad no es previsible que continúe eternamente sobre todo teniendo como incentivo el deber de alimentar a sus hijos».

Estas pensiones de mínimos se fijan aunque se presuman las pocas posibilidades económicas del progenitor para poder abonar la pensión, siendo en el ámbito jurisdiccional penal donde deba analizarse si el impago, de producirse, puede considerarse culpable. Quiere ello decir que esa cuantía mínima debe ser respetada, con independencia de que en cada mensualidad deba analizarse, caso de incumplimiento, si el obligado pudo pagarla a efectos de valoración de un posible delito de abandono de familia; de modo que si, con trabajos eventuales u otro tipo de ingresos, llega a cobrar lo suficiente, esté obligado al pago de la totalidad de la pensión de ese mes, e incluso, si viene a mejor fortuna, tenga que abonar retroactivamente esa pensión de mínimos.

La AP de Madrid, Sec. 22.ª, analizó en su Sentencia de 8 de noviembre de 2011 un caso en el que ambos progenitores carecían de recursos económicos y residían en el entorno de sus respectivos progenitores, que eran quienes cubrían económicamente sus diversas necesidades. La Sentencia de Instancia fijó una pensión de 300 euros mensuales, pero la Audiencia Provincial la rebajó a 150 euros al mes argumentando que la suma fijada suponía desplazar sobre los abuelos una responsabilidad pecuniaria sin que estos hubiesen sido parte en el procedimiento.

IV. LA REDUCCIÓN DE CUANTÍA DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

La crisis económica ha motivado la presentación en cascada de una ingente cantidad de demandas de modificación de medidas solicitando la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia. Obviamente, el éxito de estas demandas pasa por el cumplimiento de los requisitos que la jurisprudencia ha ido acuñando, y que a continuación analizaremos de forma detallada.

1. Que los hechos en los que se base de la demanda de modificación se hayan producido con posterioridad al dictado de la sentencia que fijó las medidas

Este requisito resulta evidente, ya que los hechos anteriores a la sentencia que fijó las medidas ya fueron tomados en consideración en su momento por el juez de instancia, o en su caso por el tribunal de apelación, por lo que la nueva demanda no puede basarse en los mismos hechos, pues en cierto modo, aunque no es aplicable a las medidas, habría una especie de «excepción de cosa juzgada» si se mantienen las circunstancias concurrentes en aquel momento. Por tanto, la demanda solicitando la reducción de la pensión alimenticia debe basarse en un hecho nuevo.

La situación de paro no se consideró como motivo para reducir la cuantía de la pensión alimenticia en el caso analizado por la AP de Málaga, Sec. 6.ª, de 17 de marzo de 2010, razonándose que de la vida laboral del padre «se colige que su acceso al mercado laboral

ha sido desde siempre desigual, resultando que ha venido trabajando de forma temporal, percibiendo, en distintos períodos prestación por desempleo. Por ello, el hecho de que en la actualidad atraviese una situación de paro laboral, no es una circunstancia nueva en relación con las existentes al tiempo de la firma del convenio». En los mismos términos se pronunció la AP de Alicante, Sec. 9.ª, en su Sentencia de 17 de junio de 2011: «La situación de desempleo no es causa para reducir la cuantía de la pensión alimenticia, pues cuando se fijó también se alternaban situaciones de trabajo con desempleo». Este mismo criterio se comparte por la AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 5 de noviembre de 2010, y AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 15 de octubre de 2010.

Lógicamente, otra cuestión distinta es que pese a haberse alternado durante toda la vida laboral periodos de alta y baja en la Seguridad Social, hayan disminuido de forma importante las contrataciones laborales, siendo un ejemplo de ello la Sentencia de la Sec. 4.ª de la AP de Vizcaya de 15 de octubre de 2010: «Estamos ante un supuesto en el que procede reducir la cuantía de la pensión alimenticia ya que si bien, vista la vida laboral del padre, siempre ha tenido contratos temporales e inestables, alternando con prestaciones de desempleo, a partir del año 2008 se constata una importante disminución de las contrataciones laborales».

Tampoco se consideró que hubiese cambio de circunstancias en el supuesto enjuiciado por la AP de Granada, Sec. 5.ª, en su Sentencia de 15 de mayo de 2009: «La única variación que observamos, es la consistente en que el empresario para el que presta sus servicios, no consigna en las nóminas el concepto de dietas, tal y como lo hacía con anterioridad, por lo que hemos de considerar que los ingresos son los mismos, con independencia de que se omita un concepto y la finalidad del mismo, pues estimamos que obviamente debe de seguirse sufragando y percibiendo».

2. Que la variación o cambio de circunstancias tenga relevancia legal y entidad suficiente como para justificar la modificación pretendida

Los hechos que motivan la demanda de modificación deben ser tanto cualitativa como cuantitativamente de una importancia que suponga un cambio «sustancial y profundo» respecto de la situación anterior. No podrá estar basada en meros criterios de estimación subjetiva, sino en razones necesarias y convenientes para la viabilidad de la pretensión.

A) Trabajadores por cuenta ajena

Son tres las situaciones que pueden presentarse en esta clase de trabajadores:

A) Reducción del sueldo.

¿En qué cuantía deben reducirse los ingresos del padre para que pueda estimarse la demanda solicitando la reducción de la pensión alimenticia? La AP de Burgos, Sec. 2.ª, en su Sentencia de 20 de diciembre de 2010 entendió que la reducción de los ingresos del progenitor a la mitad de los que tenía a la fecha de fijación de la pensión era una modificación relevante. Esto parece obvio, pero lo que nos interesa averiguar es hasta dónde han considerado los tribunales que la reducción de ingresos era trascendente a los efectos que

nos ocupa. La AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 17 de septiembre de 2009, declaró que una rebaja del sueldo de 1.200 a 1000 euros no es motivo para reducir la pensión alimenticia de los hijos. La AP de León, Sec. 3.ª, en su Sentencia de 1 de enero de 2007 tampoco consideró que estuviésemos ante una alteración sustancial pues el padre de 7.800 euros mensuales pasó a percibir 5.900 euros, pues con esa cantidad podía pagar sin problemas la pensión alimenticia de 1.000 euros que se fijó en el anterior procedimiento.

Cuando el trabajador tiene vinculación con los gestores de la empresa habrá que analizar el motivo que provoca la reducción de la cuantía de la nómina. La AP de Valencia, Sec. 10.ª, en su Sentencia de 12 de enero de 2010 concluyó indicando que «Si deben sopesarse con cautela las nóminas cuando estas son confeccionadas por familiares o amigos en los casos de separación, mucho más, por pura lógica, deberá hacerse cuando la nómina así como los beneficios de la sociedad sean relatados por el verdadero gestor de la misma, máxime cuando se alegue escaso o nulo beneficio y, sin embargo, la sociedad sufra continuas e inexplicables ampliaciones».

Analizando la actual situación de los funcionarios públicos la AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de mayo de 2012, señaló que aun cuando es cierto que el demandado ha sufrido en su condición de funcionario público las correspondientes reducciones salariales, ni el alcance de esas reducciones, ni su cuantía, impiden que cumpla el deber esencial de prestar alimentos a su hijo que le impone el art. 143 del CC. También han indicado los tribunales que la supresión de la paga extra no es motivo para la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia.

B) Pérdida del empleo percibiendo una indemnización.

Si tenemos en cuenta que lo determinante para fijar la cuantía de la pensión alimenticia es la capacidad económica del progenitor obligado a su pago, aunque se haya extinguido la relación laboral, el percibo de una indemnización paliará aunque sea temporalmente el descenso de ingresos, con lo cual en puridad al momento de percibirse la indemnización no existe una disminución del patrimonio sino un incremento. No obstante, como no todas las situaciones son iguales, habrá que analizar la cuantía de la indemnización, las perspectivas de encontrar un nuevo empleo, la edad del progenitor, y en otro casos el destino que se le vaya a dar a la indemnización.

La AP Asturias, Sec. 1.ª, en su Sentencia de 15 de marzo de 2011 concluyó que la drástica reducción de ingresos del padre justifica la reducción de la pensión alimenticia del hijo, sin que el hecho de que percibiese una indemnización de 16.000 euros modifique esta conclusión: «En cuanto a la indemnización por despido percibida por D. Emilio y aunque la sentencia no haga referencia a la misma, ha de tenerse en cuenta que para determinar si ha habido cambio sustancial de las circunstancias debe acudirse principalmente a los ingresos periódicos del obligado a prestar la pensión y si bien el dato de la percepción de una suma importante puede en ocasiones valorarse junto a los ingresos periódicos, sin embargo en el presente caso el apelado ha acreditado que la indemnización recibida fue destinada a la adquisición de un nuevo vehículo, tras el accidente ocurrido con el antiguo, y al pago de los honorarios del letrado por los procesos relacionados o derivados del divorcio, por lo que el cobro de la indemnización no ha tenido una repercusión real sobre los medios con que cuenta el obligado a prestar alimentos».

C) Pérdida de empleo recibiendo únicamente el subsidio del paro.

Como ya vimos anteriormente es criterio reiterado de nuestros tribunales que la situación de paro ni es por sí sola causa y de forma automática para no fijar pensión alimenticia, no en este caso para reducir la cuantía de la fijada con anterioridad. La AP Córdoba, Sec. 1.ª, en su Sentencia 2 de mayo de 2006 indicó que «No procede reducir la pensión de alimentos de 330 € para dos hijos, al ser ilógico y reprobable que una persona de 34 años, sin enfermedad incapacitante, alegue que no encuentra trabajo que le reporte ingresos para abonarla, máxime si se tiene en cuenta que la actual realidad social el país tiene que acudir a mano de obra inmigrante para cubrir determinados puestos de trabajo. Aunque el informe de la Consejería de Empleo afirma que no consta que haya rechazado ningún empleo, tampoco se dice si en tan largo periodo no se le ha ofrecido por ser muy singular el recurrente». Por su parte la Sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 1.ª, de 9 de mayo de 2011 concluyó indicando: «No consta impedimento físico ni psíquico del progenitor obligado al pago de la pensión alimenticia para intensificar su esfuerzo en la obtención de más ingresos con los que hacer frente a sus obligaciones principales».

B) Trabajadores por cuenta propia

La falta de transparencia en los ingresos de los trabajadores por cuenta propia motiva que los tribunales muestren una actitud de prevención ante las demandas de modificación de medidas en las que se persigue reducir la cuantía de la pensión alimenticia.

Las situaciones a las que se puede enfrentar un trabajador autónomo pueden ser las siguientes:

- Continúa desarrollando la misma actividad pero alega una reducción de ingresos.

¿Cuándo puede un tribunal «creerse» que los ingresos de un trabajador por cuenta propia han disminuido? En principio debemos dejar claro que no basta para acreditar la reducción de ingresos la mera presentación de las declaraciones fiscales (AP de Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2011). En segundo lugar hay que tener presente que sobre él recae la carga de acreditar la realidad de la disminución de sus ingresos, por lo que ante el más mínimo atisbo de opacidad, la demanda será desestimada, siendo buen ejemplo de ello la Sentencia de la Sec. 3.ª de la AP de Pontevedra de fecha 22 de septiembre de 2011: «Esta ocultación ha sido el fundamento de la Juez *a quo* para desestimar la petición de reducción de la pensión alimenticia del hijo menor». En tercer lugar, habrá que analizar si la reducción de los ingresos es paralela al nivel de vida que mantiene el progenitor

No han considerado que exista causa para reducir la cuantía de la pensión alimenticia las siguientes Sentencias:

— AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2011: «La pérdida de un importante cliente en el taller como es una aseguradora no es causa para reducir la cuantía de la pensión alimenticia, pues deben probarse cumplidamente las circunstancias que concurrían cuando se fijó aquella».

— AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2011: «Se desestima la demanda que pretendía la reducción de la pensión alimenticia al constatarse la opacidad de los

ingresos del padre pues con lo que dice percibir es imposible que atienda los gastos que han quedado acreditados».

— AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 23 de junio de 2010: «No se reduce la pensión alimenticia dado que pese a la rebaja de los ingresos, el padre sigue conduciendo un vehículo de alta gama cuyo mantenimiento es costoso, tiene un caballo, siendo notorios los altos costes de mantenimiento de estos animales, y constan a su nombre propiedades inmobiliarias, incluida la casa en que habita, signos éstos que revelan que, pese a la disminución notable de ingresos, cuenta con ingresos suficientes como para mantener dichos bienes».

En cambio, sí se ha considerado que existe causa para reducir la pensión alimenticia en los siguientes casos:

— AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2011: «Consta acreditada la alteración sustancial de circunstancias pues el padre ha visto que sus ingresos han disminuidos en un 40%, siendo de profesión agente comercial, como consecuencia de la crisis económica por la que estamos atravesando».

— AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 24 de septiembre de 2009: «Sí se detecta cierta alteración sustancial pues el padre regentaba dos empresas de las que hoy una se encuentra totalmente inactiva por la situación crítica y general de la economía por la que está atravesando en el país. Consta además que la otra empresa figura en las listas del RAI, lo que indudablemente limita no solo la capacidad de endeudamiento, sino también su maniobra operativa. En estas condiciones es imposible el pago de la elevada pensión de alimentos pactada, por lo que procede su reducción.

— AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de julio de 2009: «Si bien, tal y como refiere la parte apelante, las declaraciones tributarias del demandante-apelado, que son realizadas por módulos, pagando unos cánones estándar en base a coeficientes fiscales, impiden conocer con precisión cuáles son los exactos ingresos, este tribunal considera un hecho notorio que la crisis que la construcción está padeciendo en nuestro país la están padeciendo también todos los gremios profesionales que tenían en la construcción a su principal cliente, entre los que están, desde luego, el sector de la carpintería. Por ello se encuentra justificada la reducción de la pensión alimenticia».

— AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 19 de marzo de 2008: El padre, titular de dos agencias de intermediación en transacciones inmobiliarias, invoca que la sentencia de no ha apreciado debidamente la prueba practicada en orden al cierre de una de esas dos oficinas, así como la conocida crisis del sector y su falta de liquidez, pero ha quedado acreditado en autos la constitución con su actual pareja de una comunidad de bienes dedicada también a la intermediación inmobiliaria».

• La empresa o el negocio ha tenido que cerrarse como consecuencia de la crisis económica.

Siendo la fuente de ingresos del progenitor la actividad mercantil que desarrollaba por cuenta propia, como podrá comprenderse, habrá que indagar en el motivo del cese de la actividad. La AP Málaga, Sec. 6.ª, en su Sentencia de 29 de abril de 2010 señaló lo siguiente:

«Al ser el administrador único de la mercantil el propio demandante, no ha logrado probar que ese cambio de circunstancias constituido por la disolución de la sociedad no haya sido provocado o buscado voluntariamente o de propósito para obtener una modificación de la cuantía de la pensión alimenticia, pues ninguna alegación contiene la demanda sobre las causas que llevaron al demandante a disolver la mercantil».

También se presentan en la práctica situaciones aparentes de insolvencia, dándose la circunstancia de que el anterior negocio está a nombre de una tercera persona unida al progenitor por vínculos afectivos o de parentesco. Este es el caso que analizó la SAP de Castellón, Sec. 2.ª, de 2 de diciembre de 2010: «No puede aceptarse que quien tiene una profesión y dice estar desempleado, no ejerza su ocupación de toda la vida pero conviva con una persona curiosamente de mínima experiencia en las artes gráficas de lo que vivió toda su vida el esposo. Hay otra interpretación mucho más natural, que la lógica impone: el esposo trata de aparentar una condición de desocupado —que no tiene— en orden a pasar por insolvente y eludir las obligaciones para con sus hijas».

Al igual que vimos en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, aunque se acredite la reducción de ingresos del progenitor que realiza un trabajo por cuenta propia, la cuantía de la pensión nunca podrá reducirse por debajo de la pensión que se considera mínimo vital. Un ejemplo de ello es la Sentencia de la sec. 5.ª de la AP de Granada de 23 de septiembre de 2011, que desestimó la petición de rebajar la pensión por debajo de los 150 euros por hijo.

3. Que el cambio de circunstancias sea permanente, o al menos que no obedezca a una situación de carácter transitorio

La alteración producida en las circunstancias debe tener cierto carácter permanente, no siendo base suficiente para la demanda de modificación el paso de alguno de los progenitores por una mera situación transitoria de peor fortuna. Y ello es así porque el legislador no pretende que las medidas adoptadas constituyan un semillero de pleitos, provocándose continuos incidentes de modificación de medidas al hilo de las particulares vicisitudes de la vida separada de cada uno de los ex cónyuges, pues es indudable que las situaciones ocasionales o transitorias que sitúan a uno u otro provisionalmente en una situación de mayor o menor desahogo económico no deben ser motivo de revisión de lo judicialmente aprobado, que tiene vocación de permanencia.

La AP de Madrid, Sec. 22.ª, en su Sentencia de 9 de julio de 2010 calificó como de no meramente coyuntural la situación en la que se encontraba el padre que dos años antes había perdido el empleo sin que, pese al tiempo transcurrido, hubiese cambiado su estatus económico laboral.

Sin embargo, la AP Badajoz, Sec. 2.ª, en su Sentencia de 10 de septiembre de 2009 razonó que «Un descenso de ingresos durante tres meses es un tiempo excesivamente reducido como para que pueda pensarse que vaya a ser permanente». La AP de Madrid, Sec. 22.ª, en Sentencia de 17 de noviembre de 2006 razonó que una sola nómina no acreditaba la reducción de ingresos, y la AP de Valencia, Sec. 10.ª, tampoco consideró suficientemente acreditada la reducción de ingresos con la aportación de dos nóminas.

La AP Málaga, Sec. 6.ª, en su Sentencia de 8 de mayo de 2009 no redujo la cuantía de la pensión alimenticia pues el padre seguía trabajando con la misma empresa, con unos ingresos similares, sin perjuicio de pequeños periodos de paro, volviéndole a contratar la misma empresa.

4. Que se trate de circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad del progenitor que solicita la modificación

Si la causa que ha provocado el cambio de circunstancias ha sido buscada o provocada voluntariamente por el progenitor que solicita la modificación, la demanda difícilmente podrá prosperar. De esta forma, si la modificación de circunstancias ha sido consecuencia de una baja laboral voluntaria, de la petición de excedencia, o del endeudamiento voluntario del mismo por la compra de bienes muebles o inmuebles, se tiene prácticamente asegurada la desestimación de la demanda. Lo contrario sería dejar siempre a merced de la mejor o peor voluntad del obligado el cumplimiento del convenio regulador o de las medidas judiciales, lo que evidentemente conculcaría lo establecido en el art. 1256 del CC: «La validez y cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

Al igual que cuando abordamos el tema de fijación de la pensión alimenticia llamamos la atención de aquellas situaciones en las que existía una cierta connivencia del empleador con el trabajador, cuando se solicita la modificación de medidas alegando una reducción de ingresos debemos estar atentos a este tipo de situaciones. Así por ejemplo, la AP de Pontevedra, Sec. 6.ª, en su Sentencia de 22 de diciembre de 2010 desestimó la demanda de modificación de medidas al entender que «No es en absoluto creíble que los ingresos del apelante se limitan a los 808,52 euros que se hacen constar en tres nóminas emitidas por la empresa familiar, donde consta de alta como peón a partir de junio 2009, es decir, pocos meses después de interpuesta la demanda».

Por su parte la AP de Murcia, Sec. 4.ª, en su Sentencia de 10 de septiembre de 2009 consideró que la pérdida del empleo se debió a la propia voluntad del trabajador y no estimó la demanda: «No ha acreditado cuáles eran sus ingresos padre cuando se fijaron las medidas. La situación económica de los hijos no ha variado y la del padre se debe a su propia voluntad, al darse de baja en la empresa, aparte de que ha recibido en los dos últimos años hasta 118.000 € por la venta de dos bajos comerciales y la indemnización por despido, todo lo cual acredita que no ha empeorado económicamente».

Tampoco consideró la AP de Valencia, Sec. 10.ª, en su Sentencia de 24 de enero de 2008 que hubiese cambio de circunstancias al considerar que su situación económica procede de su exclusiva y única voluntad, pues dejó voluntariamente la empresa donde obtenía suficientes ingresos para pagar la pensión, resultando «cuanto menos, incomprensible, por anómalo e ilógico, dejar un trabajo para percibir menos ingresos». En similares términos se pronunció la AP de Asturias en su Sentencia de 12 de junio de 2007 en un supuesto en el que el padre cambió en poco tiempo, sin solución de continuidad y voluntariamente, de empleador, traduciéndose ello en una progresiva y notable disminución de ingresos. Nuevamente se pronunció sobre un caso similar la Sec. 10.ª de la AP de Valencia en su Sentencia de 11 de junio de 2007: «En el caso de autos debe tenerse en cuenta que el demandado en la actualidad trabaja en la empresa de su suegro; tal hecho, de por sí, lleva a mirar con recelo todo lo concerniente a sus verdaderos ingresos, habida cuenta que la pura lógica

lleva a pensar que nadie abandona un trabajo para ir a otro donde va a percibir menos ingresos, y, sobre todo, si dicha nueva empresa es del suegro, por lo que estima la Sala debe mantenerse la misma pensión alimenticia». La AP de Murcia, Sec. 1.ª, en su Sentencia de 15 de enero de 2007 rechazó la petición de reducción de la cuantía de la pensión al considerar que la minoración en los ingresos fue debida al cambio voluntario del puesto de trabajo.

Aunque el cese de la relación laboral fue consecuencia de un despido, la AP de Málaga, Sec. 6.ª, de 20 de septiembre de 2006, entendió que se trataba de una situación de insolvencia buscada voluntariamente, pues el despido se produjo después de llegar a un acuerdo el trabajador con la empresa. Igual de contundente fue la AP de Madrid, Sec. 24.ª, en su Sentencia de 8 de marzo de 2006: «No procede reducir la pensión de alimentos acordada en la instancia, ni suprimir la obligación de abono de la mitad del préstamo hipotecario, al haberse acreditado que su alegado despido laboral y disminución de ingresos ha sido buscado de propósito: la carta de despido se basa en faltas muy graves contra un superior directo y proferir amenazas a la empresa si no se le despedía». Por su parte, la AP de Valencia, Sec. 10.ª, en su Sentencia de 30 de junio de 2005 acordó no reducir la cuantía de la pensión alimenticia al no acreditar el padre que su relación contractual con la anterior empresa finalizase por causas ajenas a su voluntad.

A diferencia del criterio seguido por las anteriores sentencias, la AP de Navarra, Sec. 2.ª, en su Sentencia de 4 de julio de 2006 sí tuvo en cuenta la reducción de ingresos en el progenitor motivada por un cambio voluntario de destino: «La disminución de ingresos del actor no puede calificarse de caprichosa o arbitraria, sino que obedece a una circunstancia normal en la vida, dentro de los avatares a que tiene derecho una persona de cambiar de destino, dándose la circunstancia, por causas ajenas al mismo, de que pasa a una zona donde ejerce su función de Agente de la Policía Nacional donde no hay la problemática que existe en las regiones del norte, de ahí que los complementos sean menores». En cambio en un supuesto similar el criterio decisorio de la misma Audiencia Provincial y sección fue distinto en la Sentencia de 11 de abril de 2006: «Se desestima la solicitud de reducción de la pensión alimenticia en base al cambio de destino, forzado por su situación personal de "estrés", producido por su trabajo como Guardia Civil desde Viana hasta Huelva al no revestir los caracteres exigidos por la doctrina jurisprudencial a este respecto de ajenidad a la voluntad, en este caso del progenitor que insta la reducción».

Por último comentar un supuesto muy particular en el que el progenitor prestaba sus servicios en la empresa de su suegro, abandonándola tras la separación, no accediendo a la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia la Sec. 22.ª de la AP de Madrid en su Sentencia de 12 de enero de 2010: «No se reduce la pensión al haber dejado el ex esposo voluntariamente el trabajo que desempeñaba en la empresa, no siendo inconveniente alguno que el padre de la ex esposa sea el director de aquella, sin que se haya justificado la mayor o menor incomodidad que el mismo pudiera sufrir, en referencia a su relación con los demás socios o trabajadores».

5. Que se acredite en forma por el cónyuge que solicita la modificación el cambio de circunstancias

Por último, no basta con alegar nuevos hechos que sean base suficiente para modificar las medidas preexistentes, sino que estos deberán probarse cumplidamente, utilizando para

ello todos los medios de prueba admitidos en derecho. Hay que precisar que, conforme al art. 217 de la LEC, en principio la carga de la prueba recaerá sobre el cónyuge que solicita la modificación.

Es importante tener en cuenta que el procedimiento de modificación de medidas consiste en comparar la situación existente en el momento en que se adoptaron las medidas y la situación actual, ya que ésta es la única manera de poder comprobar si se han modificado o no las circunstancias. Precisamente por ello, no sólo será necesario acreditar la situación actual sino que también debe ser objeto de prueba la que existía cuando se dictaron las medidas que se pretenden modificar. Si el anterior procedimiento se sustanció de forma contenciosa bastará con aportar al procedimiento de modificación un testimonio de las pruebas que sirvieron de base para la adopción de aquellas medidas. Sin embargo, si las medidas se adoptaron en un procedimiento de mutuo acuerdo, y en los antecedentes del convenio regulador no se indicó nada respecto a la situación económica de los cónyuges, dichas circunstancias deben ser objeto de prueba en el posterior procedimiento de modificación, puesto que si falta este dato será imposible comprobar si se han alterado o no las circunstancias y si dicha modificación ha sido o no sustancial.

En los casos en los que se considere que se han cumplido todos los requisitos que hemos analizado anteriormente y por tanto sea pertinente la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia, la segunda cuestión que habrá que abordar es la cuantía que deberá tener. En relación con esta cuestión es uniforme la jurisprudencia que entiende que aunque los ingresos del progenitor se hayan reducido de forma muy importante, la pensión nunca podría rebajarse por debajo de lo que se considera el mínimo vital, es decir, 150 euros por hijo.

Cuando la reducción de los ingresos del progenitor permitan abonar una pensión superior al mínimo vital, un criterio seguido por muchos tribunales es reducir la cuantía de la pensión en la misma proporción que se han reducido los ingresos del progenitor obligado a su pago. Este es el criterio seguido, por ejemplo, por la AP de Pontevedra, Sec. 1.ª, en su Sentencia de 29 de septiembre de 2011. En términos similares se pronunciaron las siguientes sentencias:

— AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2009: «Aunque los ingresos del padre han disminuido no se reduce la cuantía de la pensión alimenticia, ya que los 200 euros se consideran el límite vital que cubre las necesidades esenciales del menor».

— AP Sevilla, Sec. 8.ª, Sentencia de 12 de diciembre de 2005: «No procede minorar ni extinguir la cuantía de la pensión de alimentos de la hija por el mero hecho de que los ingresos del padre hayan disminuido sensiblemente, pues no ha acreditado que subsistan las cargas que tenía que soportar cuando sus ingresos eran superiores. Además, el importe fijado es el necesario para subvenir a las necesidades de la hija, y puede seguir siendo abonado por el padre sin dejar de atender sus propias necesidades»

V. LA LIMITACIÓN TEMPORAL DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

Cuando los hijos llegan a determinada edad, o cuando han terminado el periodo de formación, es frecuente cuestionarse si la pensión alimenticia debe tener un límite temporal. En

principio, hay que precisar que en el Código Civil no se pone ningún límite temporal para tener derecho a una pensión alimenticia, dado que lo determinante es si esa persona, por causa no imputable a él, tiene o no necesidades alimenticias. Ahora bien, lo que sí se cuestiona es si esa obligación alimenticia debe mantenerse en el marco del proceso de divorcio de sus padres, o por el contrario, pasado un determinado espacio temporal, será necesario que el hijo inste un procedimiento independiente de alimentos frente a ambos progenitores reclamando la pensión alimenticia.

Es un hecho notorio que la crisis económica que sufrimos está provocando que los jóvenes accedan mucho más tarde a un empleo estable y que continúen conviviendo en el domicilio familiar hasta edades muy tardías, a diferencia de la generación de sus progenitores, que con menos de veinticinco años ya se habían emancipado del hogar familiar. Precisamente por ello, los juzgados y tribunales, sirva de ejemplo la Sentencia de la AP León, Sec. 1.ª, de 25 de mayo de 2012, entienden que «No podemos establecer un límite temporal a la pensión de alimentos porque no tiene carácter indemnizatorio y está condicionada únicamente a las necesidades del alimentista y a las posibilidades del alimentante. En alguna ocasión, y en relación con hijos mayores de edad, se ha llegado a fijar un límite temporal cuando la edad del alimentista supera muy ampliamente la mayoría de edad y la situación de necesidad se percibe como provisional o incierta en un futuro inmediato. Pero, en este caso, la hija del matrimonio sólo tiene 23 años y ya ha completado sus estudios universitarios básicos, ya que participa actualmente curso de postgrado, con lo que pone de relieve que se dedica activamente a su formación de modo diligente sin que haya llegado a completarla. Por todo ello procede mantener la pensión de alimentos, sin perjuicio de que se pueda instar su extinción por el alimentante cuando cese la situación de necesidad».

VI. LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

Cuando los hijos son menores de edad, la pensión alimenticia nunca puede extinguirse, aunque se acredite fehacientemente que el progenitor no percibe ningún tipo de ingresos. Por tanto resulta de aplicación todo lo que hemos indicado en los anteriores apartados en relación a aquellos supuestos en los que el progenitor se encuentra en situación de desempleo.

En el caso de los hijos mayores de edad la situación es distinta, pues puede mantenerse o reducirse su cuantía cuando los hijos se encuentran aún en periodo de formación y disminuyen drásticamente los ingresos del progenitor, pero también extinguirse cuando el padre no percibe ingresos pues el hijo mayor de edad entra en una situación muy similar a la del padre dado que puede acceder a trabajos, aunque sean no cualificados, para atender sus necesidades. En algunos casos, como fue el analizado por la AP de Vizcaya, Sec. 4.ª, en su Sentencia de 24 de enero de 2002, se indicó que «Debido a los ingresos tan reducidos que percibe el padre, se deja sin efecto la pensión alimenticia que se fijó, debiendo entenderse que la única contribución que el recurrente puede hacer a las cargas del matrimonio es el uso de la vivienda familiar por la hija, todo ello, claro está, sin perjuicio de que si accediera a un empleo estable, se fijaría dicha pensión».

Es cierto que la circunstancia de que el hijo haya terminado su formación académica y esté en disposición de ejercer un empleo es causa de extinción de la pensión alimenticia

tal y como indica el art. 152.3 del CC («Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria»). Pero también lo es que en la situación actual está muy complicado el acceso de los jóvenes a un empleo, llegándose a situaciones en las que, como el caso analizado por la Sentencia de la AP Cáceres, Sec. 1.ª, de 13 de marzo de 2012, el hijo está próximo a la treintena de años, rechazándose la extinción de la pensión ante esta más que notable dificultad de acceso al empleo: «Aun cuando no deba desconocerse que, atendiendo a la edad del alimentista (28 años), se esté ante un supuesto dable de calificarse de extremo, aun cuando no rebase, objetivamente los límites jurisprudencialmente establecidos para decretar la extinción de la obligación alimenticia, sobre todo cuando los Tribunales debe ser sensibles con la realidad social actual (artículo 3.1 del Código Civil) donde la situación de profunda crisis económica y laboral, con una más que notable dificultad de acceso al empleo, impide sobremanera el que personas con titulación académica y universitaria puedan introducirse en el mercado laboral por causas que, desde luego, no son imputables al alimentista. Es de destacar, asimismo, que D. Juan Luis terminó sus estudios universitarios en el año 2009, de modo que, aun sin desconocer su edad, ha transcurrido un periodo de tiempo objetivamente corto como para poder aseverar con rigor que no ha favorecido con su conducta el acceso al empleo, hecho determinante de que pretenda continuar su formación realizando un Master de Diseño Gráfico; sin que se haya acreditado que desempeñe actividad laboral alguna estable y permanente que le permitiera gozar de independencia económica. Es cierto que el demandado ha realizado alguna actividad laboral, temporal y esporádica y en sectores que nada tienen que ver con su formación académica, circunstancia carente de relevancia en la medida en que (constituyendo, sin duda, un hecho documentalmente acreditado) no demuestra, en definitiva, que el alimentista desempeñe un trabajo estable y continuo que le permita gozar de independencia económica (circunstancia que es la que adquiere una importancia nuclear a estos efectos), no habiéndose acreditado la suficiencia de sus ingresos en tan cortos y limitados periodos laborales, ni su afiliación a la Seguridad Social, ni la continuidad en el empleo, todo lo cual sugiere, más bien, el desempeño de trabajos eventuales, temporales y discontinuos para coadyuvar en las necesidades de la familia, lo que no exonera al padre de abonar la correspondiente pensión de alimentos».

LA VOLUNTAD DEL MENOR EN EL CAMBIO DE CUSTODIA

ESTHER MORO BONILLO
Abogada

RESUMEN

La voluntad del menor en el cambio de custodia

Son numerosos los procedimientos de modificación de medidas en los que uno de los motivos básicos para pedir el cambio de custodia, es el deseo del hijo menor de edad. La primera cuestión que nos planteamos es determinar cuándo un menor tiene un grado de madurez suficiente para que su opinión tenga trascendencia jurídica. Posteriormente, acudiendo a la casuística jurisprudencial, se analizan de forma minuciosa los distintos criterios que suelen utilizarse por nuestros tribunales, diferenciando cuando los menores tienen menos de doce años, de doce a dieciséis y más de dieciséis, con la finalidad de obtener unas pautas que nos permitan conocer si el interés del menor pasa por mantener la convivencia actual o atribuir la custodia al otro progenitor.

Palabras Clave: Guarda y custodia, patria potestad, capacidad jurídica y capacidad de obrar en el menor de edad, interés superior del menor, personalidad del menor, derecho del menor a intervenir en el procedimiento, voluntad del menor en el cambio del régimen de guarda y custodia.

ABSTRACT

The minor's will in the change of custody

They are numerous the procedures of revision of measures in which one of the basic reasons to request the change of custody, is the will of the under age children. The first issue we think about is to determine when a minor is mature enough so that his opinion has legal transcendence. Later on, turning to the jurisprudential casuistry, there is a meticulous analysis the different approaches that are usually used by our courts, distinguishing those under twelve, those between twelve and sixteen and those over sixteen, with the purpose of obtaining some guidelines that allow us to know if the interest of the under-age is to continue the current coexistence or to attribute the custody to the other progenitor.

Key Words: Guardianship and custody, patria potestas, legal capacity and capacity to work in the under age, higher interest of the minor, the minor personality, the minor's right to intervene in the procedure, the minor's will in the change of the guardianship and custody regime.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. REFERENCIA A LA PATRIA POTESTAD Y LA GUARDA Y CUSTODIA.

1. Atribución de la guarda y custodia del menor a uno de los progenitores.

III. DERECHOS PROTEGIDOS.

1. Capacidad Jurídica y capacidad de obrar en el menor de edad.

2. Interés superior del menor.

3. Personalidad del menor.

IV. DERECHO DEL MENOR A INTERVENIR EN EL PROCEDIMIENTO.

1. ¿Cuándo se considera que un menor tiene suficiente madurez para intervenir en un procedimiento? ¿Qué requisitos se deben cumplir?

V. CAUSAS DE MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES.

1. Causas de modificación de la guarda y custodia en menores de 12 años.

A) Modificación favorable a la voluntad del menor.
B) Modificación no favorable a la voluntad del menor.

2. Causas de modificación de la guarda y custodia en hijos mayores de 12 años pero menores de 16 años.

A) Modificación favorable a la voluntad del menor.
B) Modificación no favorable a la voluntad del menor.

3. Causas de modificación de la guarda y custodia en hijos mayores de 16 años pero menores de edad.

A) Modificación favorable a la voluntad del menor.
B) Modificación no favorable a la voluntad del menor.

VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La evolución social ha propiciado que en la actualidad, en los procedimientos de divorcio y separaciones, las medidas sobre el cuidado de los hijos sean adoptadas en beneficio de ello, tras oírles si tuvieren suficiente juicio, y siempre a los mayores de doce años (arts. 92 y 159 del CC). Este derecho del menor está reconocido en el art. 12 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990. La finalidad principal es la protección del menor pero, a su vez, promover su autonomía como sujetos, objetivo que se encuentra contenido en el art. 9 de la LOPJM.

No obstante, para que se cumpla la finalidad de las legislaciones que protegen tanto la capacidad de decisión del menor en determinados procedimientos en que existe controversia entre los progenitores sobre un asunto concerniente a este, y a su vez proteja sus intereses tanto presentes como futuros, hay que tener en consideración que la decisión del menor debe ser madura, razonada, firme, contundente y prolongada en el tiempo, debiendo responder a hechos o motivos objetivos exentos de la manipulación de uno de los progenitores.

No en todos los casos la decisión del menor debe ser aplicada automáticamente, ya que previamente hay que ponderar si esta decisión es factible para una correcta estabilidad

emocional y afectiva que no influya en su normal desarrollo de la personalidad del menor debiendo en consecuencia realizar una exhaustiva valoración judicial de los hechos y circunstancias con el auxilio, en su caso, de especialistas, velando correctamente por los derechos de los menores tal y como establece el art. 39 de la CE. Pero, ¿qué criterios deben seguirse para proteger correctamente los intereses del menor?

La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/1986, de 15 de diciembre, sobre Intervención del Ministerio Fiscal en los Procesos de Separación y Divorcio, se pronuncia al respecto considerando necesaria la asistencia de especialistas para determinados casos en concreto con el fin de proteger con efectividad los derechos de los menores. No obstante, como podrá comprobarse a continuación, la indeterminación existente en la materia y el vacío legal respecto a cómo realizar las exploraciones del menor favorecen la variabilidad en nuestra jurisprudencia y, con ello, la inseguridad de la resolución del litigio ante un caso concreto.

II. REFERENCIA A LA PATRIA POTESTAD Y LA GUARDA Y CUSTODIA

Nuestro ordenamiento distingue entre titularidad y ejercicio de la patria potestad y ejercicio de la guarda y custodia, con la finalidad de distinguir con mayor discernimiento los derechos y obligaciones que son inherentes a los progenitores, ya que la relación paterno-filial establecida por la vía natural o por la vía adoptiva tiene como consecuencia un conjunto de derechos y deberes inherentes a los padres respecto de sus hijos con el fin de suplir las carencias de los menores o incapaces, tanto de orden personal como patrimonial, denominada en nuestro ordenamiento jurídico como «patria potestad».

Podría definirse la patria potestad como el conjunto de derechos y deberes que ambos progenitores tienen respecto a sus hijos menores o incapaces, para garantizar su cuidado, alimentación, formación, educación, representación y administración de bienes, tendente a conseguir un adecuado desarrollo de la personalidad de los mencionados hijos[(1)].

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002, de la que fue ponente el Magistrado D. Alfonso Villagómez Rodil, destaca que la patria potestad es un derecho inherente a la paternidad-maternidad y viene configurada en nuestro ordenamiento como «una función instituida en beneficio de los hijos, que abarca un conjunto de derechos concedidos por la Ley a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesa sobre dichos progenitores».

Conforme al artículo 1541.º C.C. la patria potestad comprende, en la esfera personal del hijo, los deberes de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una educación integral

Igualmente, el art. 156 del CC establece que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del

(1) PÉREZ SALAZAR-RESANO, Margarita, *Tratado Derecho de familia, aspectos sustantivos y procesales*, Capítulo III, «Patria Potestad»., Editorial jurídica Sepin, 2005.

otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad.

Por lo tanto el ejercicio de la patria potestad por uno solo de los progenitores obedecerá a motivos concretos que lo justifiquen, aunque ello no impide que en determinadas situaciones las decisiones puedan ser adoptadas por uno de ellos conforme al uso social o de urgente necesidad, tal y como se establece legalmente.

Sin embargo, los términos de guarda y custodia respecto a las normas que las regulan en el Código Civil son imprecisos y confusos, ya que surgen numerosos interrogantes. No obstante, y acudiendo a la doctrina, podemos entender con mayor claridad lo que podemos considerar como guarda y custodia.

ZARRALUQUI señala que se trata de una distribución entre los padres del tiempo de estancia con cada uno de ellos, manteniendo ambos progenitores todos los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, si bien los que se derivan de la convivencia son ejercidos, en cada momento, por aquel con quien estén físicamente[(2)].

La Magistrado SALAZAR- RESANO entiende que la guarda y custodia puede definirse como el derecho de los progenitores a estar en compañía del menor, elemento integrante de la patria potestad ante la separación o ruptura de la pareja[(3)].

Tras este breve análisis podemos comprobar que la patria potestad y la guarda y custodia van unidos de la mano, con la salvedad de que uno de los progenitores disfrutará más tiempo en compañía de sus hijos que el otro, pudiendo en consecuencia ejercer de un modo real y efectivo la patria potestad, mientras que el progenitor que no ostenta la guarda de los menores verá sus derechos relegados a un ejercicio limitado temporalmente mediante un régimen de visitas por días alternos, mayormente.

1. Atribución de la guarda y custodia del menor a uno de los progenitores

El art. 92 del CC contiene como medios probatorios esenciales la exploración del menor y el informe pericial. No obstante, es un derecho del menor, y por lo tanto si este se opone a intervenir en el procedimiento, está en todo su derecho.

Los mecanismos que ayudan al juzgador a determinar qué es lo más beneficioso para el menor son fundamentalmente el interrogatorio de los progenitores, la audiencia del menor cuando sea preceptiva y el informe pericial de expertos[(4)].

Para determinar quién de los progenitores está más capacitado para ostentar la guarda y custodia, es decir, el más capacitado para cuidar a su hijo y procurarle un buen futuro, se tienen en cuenta por la jurisprudencia unos criterios para resolver el conflicto. De este modo se valora la capacidad de uno y otro progenitor, la predisposición de cada uno de los

(2) L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, «Algunas cuestiones relativas a los hijos menores e incapacitados en la crisis matrimonial», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 19, 3.ª época, septiembre 2001.

(3) PÉREZ SALAZAR-RESANO, Margarita, *Tratado Derecho de familia, aspectos sustantivos y procesales*, Capítulo III, «Patria Potestad», Editorial jurídica Sepin, 2005.

(4) LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coordinación), *Los menores en el derecho español*, capítulo III, 2002.

padres a permitir la relación de los hijos con el otro, la existencia de patologías mentales que impidan o dificulten el ejercicio de la guarda, la toxicomanía o alcoholismo de uno de los progenitores, el tiempo que le pueden dedicar a su hijo, la relación de uno de los progenitores con un tercero que el hijo no acepte o que pueda convivir con este, y el cambio de residencia(5).

Los argumentos para otorgar la custodia a uno de los progenitores son muy variados y dependen de las circunstancias y de muchos otros factores influyentes en la vida del menor. Este tema es abordado en la Sentencia del Tribunal Supremo 97/2005 de 14 de febrero, siendo ponente D. José Almagro Nosete, en el que en primera instancia se atribuyó la guarda y custodia al padre, argumentando como razón el trabajo nocturno de la madre. No obstante, en el momento de dictarse la sentencia por el Tribunal Supremo, la madre ya no se encontraba desempeñando ningún trabajo nocturno, lo que desembocó en que el Tribunal no apreciase razones impeditivas para otorgar a la madre la guarda y custodia de su hijo, siendo para el menor lo más favorable debido al contacto diario que había tenido hasta el momento con la progenitora, apreciándose la estrecha relación como un elemento esencial para el desarrollo de la personalidad del menor.

No obstante, y haciendo mención a los criterios que tienen en cuanta la jurisprudencia para otorgar la custodia a uno de los progenitores, señalamos la sentencia de la AP de Baleares de 1 de septiembre de 2004, la cual se establece que «... el interés y bienestar de la menor se hallan mejor salvaguardados si se atribuye la guarda y custodia al padre, toda vez que: 1.º) Si bien no se ha acreditado que la Sra. Isabel y su nuevo compañero consuman frecuentemente sustancias psicotrópicas, sin embargo, la desatención de la Sra. Isabel hacia su hija ha quedado demostrada dado que la menor cuando estaba en su compañía en ocasiones no asistía al Colegio, y además cuando asistía no había realizado las tareas escolares. Por el contrario, cuando está bajo el cuidado del padre la niña acude al colegio y realiza sus tareas. 2.º) Las necesidades elementales de la niña no siempre son cubiertas por la madre, lo que sí procura el padre».

«... Pese a que el padre padece adicción al alcohol tiene un trabajo fijo… y se ha venido ocupando de su hija cuando la tenía en su compañía en ejercicio del derecho de visitas, y desde que su madre marchó a Italia, se ocupa de que vaya al colegio, y haga los deberes, ha venido abonando puntualmente la pensión y no existe hecho alguno que permita intuir que la niña no gozará de la estabilidad y cuidados necesarios para su desarrollo físico y psíquico si continúa bajo la guarda y custodia del padre...».

Por lo tanto, en este caso y valorando las circunstancias que rodean a la menor, se estima que el padre es el que debe ostentar el cuidado de esta, ya que, aunque padezca una adicción al alcohol, se ocupa de la menor y procura darle una buena educación, hechos no consumados por su madre.

Como podemos comprobar, para determinar con cual de los progenitores convivirán sus hijos menores son básicamente el principio de *favor filii* y la búsqueda del beneficio del menor, siendo en ocasiones más beneficioso para el menor, la atribución de la guarda

(5) PÉREZ SALAZAR-RESANO, Margarita, *Tratado Derecho de familia, Aspectos sustantivos y procesales*, «Patria Potestad», Capítulo III, Editorial jurídica Sepin, 2005, pp. 187-189.

y custodia a persona distinta de sus progenitores vinculadas íntimamente con los menores como es el caso de los abuelos.

La Sentencia de la AP Valencia, de 12 de enero de 2011 en la que es ponente D. José Enrique De Motta García, establece que en el instante de decidir a cuál de los progenitores debe atribuirse aquella guarda y custodia, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales, y este criterio proteccionista se refleja también en las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos cuando sus padres se separan, pues como ya dijo la STS 9-3-89, es una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas, muy en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española, lo que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en materia de los hijos y la sociedad, pronunciándose en el mismo sentido las SSTS 5-10-78, 11-10-91 y 12-2- 92, que, en definitiva, vienen a sentar la doctrina de que informada toda la normativa legal reguladora de las medidas relativas a los hijos en casos de separación de los padres en el criterio fundamental del relevante, *favor filii* (arts. 92, 103, 154, 159 CC) los acuerdos sobre su cuidado y educación y además cuestiones que les afecten habrán de ser tomadas, «siempre en beneficio de los hijos», como taxativamente expresa el mismo de los preceptos legales citados[(6)].

III. DERECHOS PROTEGIDOS

1. Capacidad Jurídica y capacidad de obrar en el menor de edad

En nuestra legislación vigente, se contempla que las personas podemos poseer dos cualidades básicas para el derecho; capacidad jurídica y capacidad de obrar. No obstante, en ocasiones y según el grado de madurez que alcancemos como individuos, nos hace poseedores de ambas cualidades o por el contrario de alguna de ellas.

En este sentido se puede entender que la capacidad jurídica se concreta en la idoneidad para ser titular de derechos y deberes, y que la capacidad de obrar, se refiere a la posibilidad de actuar por sí mismo en el mundo del Derecho. La capacidad jurídica es inherente y corresponde a toda persona, mientras que la capacidad de obrar puede requerir la concurrencia de determinadas circunstancias, como por ejemplo que se haya alcanzado una concreta edad. Con lo dicho se puede apreciar que la cuestión de la capacidad va unida a la consideración de persona, pues ésta constituye un atributo que el legislador le reconoce para que pueda asumir su protagonismo en el sistema jurídico. Por ello, aunque no son conceptos enteramente coincidentes, se puede predicar cierta identificación entre uno y otro, pues sólo las personas pueden ser sujetos del Derecho, y para que puedan serlo se requiere que tengan, al menos, capacidad jurídica[(7)].

---

(6) Sentencia AP Valencia, Sec. 10.ª, 18/2011, de 12 de enero, Recurso 956/2010. Ponente: José Enrique DE MOTTA GARCÍA.

(7) LÓPEZ LÓPEZ, MONTÉS PENADÉS, CAPILLA RONCERO, ROCA TRÍAS, VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derecho Civil*, parte general, *Derecho de la persona*, 3.ª edición, «Persona y Capacidad», Tirant lo Blanch, 1998.

En nuestro ordenamiento, por el mero hecho de haber nacido se tiene capacidad jurídica incluso al «nasciturus». para aquellos casos que le sean favorables, y solo la muerte puede privar de dicha aptitud (arts. 29, 30 y 32 del Código Civil), sin embargo la capacidad de obrar en el mayor de edad se presume («iuris tantum») salvo que se demuestre que la persona incurre en alguno de los preceptos establecidos en el art. 200 del CC (causas de incapacitación). No obstante y con algunas excepciones el mayor de doce años o el menor que el tribunal considere con un grado de madurez suficiente podrán intervenir en los procedimientos de familia que le afecten. Esta premisa se contiene en el art. 159 del actual Código Civil.

Por lo tanto, se estableció una edad para adquirir concretamente la capacidad de obrara siendo a partir de los 18 años, no obstante por debajo de la fijada edad, en este caso los menores de edad, la tendrán limitada debiendo diferencia distintos grados de madurez que facultan al menor y lo hacen poseedor de la capacidad de discernimiento y por lo tanto de decisión en determinados procedimientos. Concretamente este es el caso que nos ocupa. Esta limitación igualmente se encuentra contemplada en el art. 1 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, la cual establece que «Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad».

La capacidad limitada de un menor de edad se encuentra dividida en fases de madurez y la capacidad de elección, dejando entrever por el transcurso del tiempo una limitación en las edades. De este modo autores como DE CASTRO señalaron que el menor era una persona limitadamente capaz. Argumenta que el menor solo es incapaz cuando carece de capacidad natural, es decir, cuando goce de capacidad natural el menor puede actuar, si bien sus actos son anulables por ser objeto de protección jurídica y estar sometido a patria potestad o tutela, lo que significa que mientras no se anulen son válidos[8].

En la jurisprudencia española hasta el momento, no se ha planteado la imputabilidad de un menor de 7 años, no obstante, se entiende que la capacidad de discernimiento se encuentra nula o muy restringida considerándose de un modo generalizado la in imputabilidad de estos menores, aunque si bien es cierto que nuestra legislación no recoge este límite de edad. No obstante una vez rebasado este límite entendido como «infancia», al menor se le reconoce una capacidad limitada. Prueba de ello es la Sentencia del TS de 24 de marzo de 1979, la cual señala, respecto de los hijos de 10 años, que el contexto social no constituye un impedimento para que el padre se le exija una adecuada vigilancia y educación. Así pues, si el padre tiene bajo su cuidado a los hijos que carecen de la capacidad necesaria para regirse por sí mismos, ha de ejercer sobre ellos una vigilancia y atención especial en orden a evitar que por ignorancia, impremeditación o falta de necesario discernimiento, produzca algún daño. En este caso se señalo que como consecuencia de la infracción civil cometida por el menor, debía de ser condenado el padre[9].

(8) DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, II, *cit.*, pp.174-193.

(9) LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *La responsabilidad civil del menor*, edit. Dykinson, 2001, p. 201.

El autor RAMOS CHAPARRO[10] establece una diferenciación entre las distintas etapas psicológicas de un menor, siendo estas la incapacidad; la capacidad natural, la cual es aquella que se refiere al grado intermedio que adquiere la persona entre la total incapacidad y la capacidad de obrar plena; y la capacidad limitada, que es aquella que se reconoce en el individuo desde el momento en que posee uso de razón y va aumentando con la pubertad.

Sin embargo, junto a esta tesis formalista de la capacidad de obrar existe una tendencia cada vez mayor a tener en cuenta la capacidad natural del menor de edad en aras a otorgar eficacia a los actos jurídicos que éste realice —artículos 92.2; 156.2; 162 y 287 CC—.

2. Interés superior del menor

El principio de interés superior del menor viene recogido por numerosos textos tanto internacionales, europeos, nacionales y autonómicos con la finalidad de proteger los derechos de los menores en su beneficio. No obstante, es un concepto jurídico indeterminado.

El interés superior del menor es un principio que tiene como finalidad proteger a los menores debido a su especial vulnerabilidad a causa de la imposibilidad que tiene de dirigir su vida con total autonomía. Este principio, también denominado *favor filii,* será aplicado a todos los procedimientos en los que intervenga o pueda verse afectado todo menor de edad.

El interés superior del menor se encuentra recogido en la Constitución española (art. 39), en nuestro Código Civil (arts. 92, 154 y 170), en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del menor así como en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, sin descontar las diversas regulaciones autonómicas, tratados y Pactos internacionales que vinculan a nuestro ordenamiento, tal y como hemos mencionado anteriormente.

Las consecuencias del principio del «favor filii» en el orden procesal o adjetivo son, por un lado, que las medidas que afectan a los hijos menores de edad, y que se derivan de una sentencia de nulidad matrimonial, separación o divorcio, han de ser imperativamente acordadas por el Juez, incluso de oficio y sin necesidad de someterse estrictamente a los principios dispositivo y de rogación, característicos del proceso civil, según se infiere de la expresión «determinará» que emplea el citado art. 91 del Código Civil. Por otro lado, el Juzgador debe tener en cuenta, como elemento relevante de su decisión, la propia voluntad de los hijos, los cuales habrán de ser oídos sobre este particular concerniente a su cuidado y educación, que les afecta de manera tan personal, «si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años» (art. 92, párrafo segundo del Código Civil).

El contenido del interés superior del menor es bastante complejo y aborda la mayoría de las cuestiones que afectan a la protección y promoción de la infancia y adolescencia en concordancia con las recomendaciones del II informe del Comité de los Derechos del Niño, concibiéndose que «en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones publicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se realizará una consideración primordial a que se atenderá el interés superior del niño. Ello conlleva el compromiso de asegurar al niño la

(10) RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995, pp. 282 y 285.

protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la Ley y, con este fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas».

No obstante, y a pesar de su numerosa mención en nuestras legislaciones, no se ha alcanzado una premisa o concepto exacto de lo que se entiende por interés superior del menor debido a que es una concepción totalmente subjetiva y no autónoma, puesto que depende mayormente del análisis de las circunstancias que rodean al menor afectado. Es decir, a cada menor de un modo individual le afectan unas circunstancias especiales y concretas que, aun asemejándose a otros casos, no son exactamente iguales, pues la especialidad de esta materia nos demuestra que cada caso requiere un estudio pormenorizado de la materia en cuestión. En este mismo sentido se pronuncia la autora SÁNCHEZ HERNÁNDEZ(11), la cual define el principio de interés del menor como «concepto jurídico indeterminado que se forma en la conciencia del Juez a partir de la valoración de una serie de circunstancias que adquiere a los largo del proceso, en base a los datos aportados por las partes interesadas, para lo cual debe prescindir de sus principios personales, convicciones políticas, religiosas o educacionales, sobre el matrimonio, la familia, los hijos y el divorcio».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia fecha 11/07/2000 establece que las medidas relativas la cuidado de los hijos en estas situaciones de crisis matrimonial han de estar inspiradas por el principio, elevado a rango constitucional (artículo 39 de la Constitución Española), del «favor filli», procurando, ante todo, el beneficio o interés de los mismos, en orden a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, por encima de los legítimos intereses de su progenitores. Este principio, de protección integral de los hijos, constituye un criterio teleológico de interpretación normativa expresamente reconocido en los arts. 92 párrafo segundo, 96 y 103, entre otros, del Código Civil, que debe presidir la aplicación de la ley en esta materia.

La STS de fecha 28 de septiembre de 2009(12) declara: «ciertamente, la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo, que lo califica como "estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional"».

Igualmente, autores como CAMPS MIRABET(13) concluye que el interés superior del niño «es un concepto abstracto e indeterminado cuya concreción no es fácil y será necesario un proceso de individualización en la aplicación del mismo a un supuesto en concreto». No obstante la indeterminación no es absoluta de lo contrario se podría convertir en discrecionalidad, sino que es una indeterminación relativa ya que se puede reducir teniendo en cuenta lo siguiente:

---

(11) SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, «Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión», en *Actualidad Civil*, núm. 12, marzo 1999, p. 308.

(12) AP La Rioja, Sec. 1.ª, 266/2010, de 21 de junio, Recurso 88/2010. Ponente: José Luis DÍAZ ROLDÁN.

(13) CAMPS MIRABET, Nuria, «El principio de interés superior del menor: marco normativo e internacional y aplicación en el Derecho interno», en *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*, edit. Tirant lo Blanch, 2207, p. 38.

- La participación del menor que puede ser escuchado cuidando que sea en unas condiciones que no le generen mayores costes psicológicos.
- Su aplicación trasversal poniéndolo en conexión con el conjunto de derecho y obligaciones formulados en la normativa interna e internacional, en especial la CDN de 1989.
- Su determinación debe resultar de la ponderación tanto del interés actual del menor como de su posible interés en un futuro atendiendo a las circunstancias singulares de cada supuesto concreto.

Algunas definiciones ofrecidas por la Doctrina arrojan luz a esta cuestión, entre las que podemos recoger la entendida por ROCA TRIAS[14], la cual entiende que el interés superior del menor «no es más que las seguridad de la protección de sus derechos fundamentales». El interés superior del niño «es una proyección en las personas menores de edad, de un tema más complejo como es el de la personalidad».

3. Personalidad del menor

Nuestro art. 10 de la CE establece que «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

Este artículo ampara la libertad de decisión y de expresión de la voluntad del menor cuando tenga capacidad de discernir y comprender en un grado de madurez que se lo permita, ya que en caso contrario se estaría coartando el libre desarrollo de la personalidad. Como bien indicábamos en la introducción de la exposición. Este derecho del menor está reconocido en el art. 12 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, el cual establece que se deberá garantizarán al niño el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan en función de la edad y madurez de este.

Igualmente, el art. 9 de la LOPJM establece que «El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad», teniendo como finalidad la protección del menor pero, a su vez, fomentar su autonomía como persona sujeto de derechos.

La Dra. DE LAMA AYMÁ considera que para ejercer los derechos de la personalidad debe estarse a la madurez del menor si bien es aconsejable establecer una franja de edad orientativa para determinar cuándo el menor posee madurez suficiente teniendo en cuenta que ello dependerá de cada menor y de la relevancia del acto que éste pretende realizar. Antes de los doce años se considera, como regla general, que el menor no tiene madurez

(14) ROCA TRIAS, Encarnación, «El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado», discurso de contestación a la academia de número Dra. Alegría Borras, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1994, pp. 976-977.

para ejercer sus derechos de la personalidad mientras que por encima de los dieciséis años la regla es que sí existe madurez suficiente. Entre los doce y los dieciséis años existe una zona difusa en la cual debe estarse al caso concreto y a la relevancia del acto entendiendo como norma general que, salvo que el acto a realizar sea de especial gravedad, existe madurez a partir de los doce años.

Cuando la figura del derecho subjetivo deviene inútil en aras a la tutela de los bienes jurídicos de la personalidad porque no existe madurez suficiente para ejercerlos, es preciso acudir al interés legítimo de los titulares de la patria potestad que, en la medida que ostentan un derecho-función, deben procurar la efectiva protección de los bienes jurídicos de la personalidad del menor.

El interés del menor consiste en la protección de sus bienes jurídicos de la personalidad bien a través de la figura del derecho subjetivo permitiendo que el menor ejerza sus derechos de la personalidad cuando tenga madurez para ello, bien a través de la figura del interés legítimo de los titulares de la patria potestad o tutela que están llamados a cumplir esta función social, bien a través de la actuación de otras instituciones como el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial[15].

IV. DERECHO DEL MENOR A INTERVENIR EN EL PROCEDIMIENTO

La autora MARISCAL DE GANTE[16] entiende que el art. 7.1 y 2 y el art. 8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil son claros al negar capacidad procesal al menor de edad no emancipado. «Nuestro sistema procesal, lejos de posiciones rigoristas o desproporcionadas, asegura de manera absolutamente eficaz la representación y defensa del menor, de manera que siempre, en cualquier circunstancia, vea suplida su falta de capacidad. De aquí las previsiones de nombramiento de defensor judicial para el caso de que pueda existir conflicto de intereses con los padres o tutores, asumiendo la representación y defensa del menor, hasta que aquél sea designado, el Ministerio Fiscal. Esto que se dice es perfectamente compatible con los derechos integrados en el art. 24.1 CE "... derecho de cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente a ser oído en vía judicial en la adopción de medidas que afectan a su esfera personal … también forma parte del contenido esencial del art. 24.1 que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal…"». En realidad, son manifestaciones del principio de Audiencia que informa nuestro ordenamiento. Pero no se debe olvidar que la aplicación de este principio no permite al sujeto realizar cualquier manifestación, de cualquier manera, y en cualquier momento. Muy al contrario, las alegaciones procesales deben observar los requisitos de forma impuestos por las leyes y es por ello por lo que se arbitran todos los mecanismos necesarios para evitar que un formalismo excesivamente rígido pueda producir lesiones de derechos.

(15) DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, conclusiones, Tirant lo Blanch, 2006.

(16) MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN, Rosa. *Revista Sepin*. Jurisprudencia comentada. Marzo 2009.

1. ¿Cuándo se considera que un menor tiene suficiente madurez para intervenir en un procedimiento? ¿Qué requisitos se deben cumplir?

Este asunto es abordado por la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia Sevilla, núm. 7, 486/2010, de 1 de septiembre, en el que se establece que «No puede darse una regla general en cuanto a la edad a partir de la cual los niños tienen "juicio suficiente". En principio, aun cuando pudiera pensarse que a partir de los nueve años el menor cuanta ya con un grado de madurez suficiente para ser explorado, no hay reglas generales y dependerá de la madurez psicológica de cada niño. El párrafo último del art. 770.4 LEC, permite al Juez, de forma excepcional, recabar el auxilio de especialistas en la exploración cuando ello sea necesario… En cualquier caso, la voluntad manifestada por el menor no vincula ni puede vincular al juzgador; el juez no puede acordar el cambio de guarda y custodia (con tanta trascendencia para el futuro) en base al mero deseo del niño y sin que concurran otras circunstancias objetivas».

La última doctrina del Tribunal Constitucional sobre audiencia de los menores, recogida en las SSTC 139/2008, de 26 de mayo[17] y 163/2009, de 29 de junio[18] esta última, haciendo una interpretación integrada de los arts. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996 y 92.2 y 6 del CC, señala que «La audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (art. 9.2 de la ley orgánica 1/1996) y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor (art. 92. 6 Cc)».

Así pues, podrá prescindirse de dicha audiencia cuando la opinión del menor ya sea conocida a través del informe pericial psicosocial emitido por el equipo técnico del Juzgado, con base en las manifestaciones hechas por el menor a los peritos. Queda así matizada la anterior doctrina del Tribunal Constitucional, que había establecido con rotundidad la nulidad de las resoluciones judiciales relativas a hijos menores dictadas por el Juez en los procesos de familia, sin haber practicado la previa exploración de los mismos cuando éstos hubieren cumplido la edad de 12 años o tuvieren suficiente juicio, aunque no hubieren alcanzado esa edad[19].

GONZÁLEZ DEL POZO entiende que la voluntad manifestada para la resolución de la controversia existente entre los progenitores sobre un asunto concerniente a la guarda y custodia del menor, es tenida en cuenta cuando es reflejo de una decisión firme, madura, autónoma y razonada, que responde a hechos, motivaciones o circunstancias objetivos y no a meros deseos caprichosos o a la influencia negativa de uno de los progenitores. En este sentido, dice la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/1986, de 15 de diciembre, sobre Intervención del Ministerio Fiscal en los Procesos de Separación y Divorcio, en su apdo. II C), dedicado a las «Actuaciones del Ministerio Fiscal en la práctica», que, para valorar ajustadamente las manifestaciones del menor, hay que tener en cuenta no sólo lo

(17) SP/AUTRJ/182222.

(18) SP/SENT/467731.

(19) SP/DOCT/6723. Artículo Monográfico. Octubre 2010, autor: Juan Pablo GONZÁLEZ DEL POZO, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 24, de Familia, de Madrid.

que literalmente diga, sino, también, y sobre todo, cómo lo dice, pues no debe olvidarse que en ocasiones sus declaraciones están mediatizadas. Esa orientación al Fiscal, en orden a la valoración de la exploración de los menores, conserva plena vigencia y es igualmente válida para el Juez.

En la misma Circular a la que hacemos mención, se establece que «En efecto, el Juez deberá hacer siempre una valoración de los intereses del hijo antes de su asignación a uno u otro de los padres, porque si bien lo normal es que los padres interpreten ajustadamente el interés de los hijos, en ocasiones se ha redactado el convenio atendiendo otros intereses y sin conocimiento de los hijos; de ahí el que, en todos los casos, parezca oportuno explorar la voluntad de los hijos si concurren las circunstancias personales que recoge el art. 92, párrafo segundo, del Código Civil, aunque, por supuesto, no sea vinculante su parecer por carecer de la formación precisa o estar influenciados por uno de los padres, por lo que, evidentemente, puede resolverse en contra de sus deseos; como complemento, no deberá olvidarse el informe de los especialistas (psicólogos, psiquiatras, educadores), del que puede inferirse también qué será lo más conveniente para el desarrollo de la personalidad de los hijos con independencia de la situación social y económica de cada uno de los padres».

Por lo tanto y tras la lectura anterior, se puede apreciar que lo conveniente en los casos en que el menor sea interrogado al respecto, es precisar del asesoramiento de psicólogos o asistentes sociales para poder comprobar que los deseos del menor referente a la custodia de uno de los progenitores, son firmes, fundados y no mediatizados con la finalidad de evitar un perjuicio futuro tanto en el menor como en las relaciones de este con sus progenitores.

V. CAUSAS DE MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES

Como hemos podido comprobar, el deber procesal de oír judicialmente a los hijos, antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación, permite considerar la voluntad manifestada de los menores como un criterio legal relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés de los hijos. No obstante, este interés, en ocasiones, puede ser contrario con el deseo o voluntad expresada por el menor, en cuyo caso no ha de seguirse necesariamente y de forma automática la solución conforme a dicha voluntad, aunque si tenerla en cuenta, ya que esta representa un factor esencial para la propia estabilidad emocional o afectiva y para el desarrollo integral de la personalidad del menor afectado[20].

No hay un régimen taxativo de requisitos a cumplir para que se efectúe la modificación en el régimen de guarda y custodia a favor de uno de los progenitores, ya que deberán valorarse las circunstancias en cada caso concreto. No obstante, algunos Tribunales han querido aproximarse al necesario cumplimiento de unos requisitos mínimos para que esta modificación originaria de la voluntad del menor se lleve a cabo. Entre la jurisprudencia

(20) Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 5 de Julio de 2000.

que podríamos nombrar se encuentra la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia Sevilla, núm. 7, 486/2010, de 1 de septiembre, la cual establece algunos requisitos que señalan cuales son las causa que deben favorecer el cambio de custodio de un menor de edad. Alguno de los requisitos son los siguientes:

a) «... Cambio beneficioso para el menor. Principio del *favor filii.*

Para que se admita la modificación de la atribución de la guarda y custodia será necesario que se cumpla un tercer requisito (el más importante): que la situación que nazca de la modificación de las medidas no sea más perjudicial para el menor que la situación existente. No se debe cambiar una situación que hasta el momento ha dado buenos resultados. Así parece entenderlo la sentencia de la AP Barcelona, Sección 12.ª, 28 de abril de 2003. La sentencia de la AP Las Palmas, Sección 5.ª, 30 de julio de 2003, no obstante de reconocer la satisfactoria situación en la que se ha encontrado la menor, termina accediendo a la pretensión de la parte actora.

Con esta exigencia se trata de garantizar y proteger el interés del menor. Si el menor está adaptado a la actual convivencia e integrado socialmente o en un centro escolar, lo más beneficioso para el menor es permanecer en esa misma situación. Es menos perjudicial requerir al progenitor custodio para que subsane las deficiencias existentes, que el menor reinicie una nueva vida. En este caso, el interés del menor coincide con el mantenimiento de su *statu quo*, con su estabilidad.

La SAP Almería de 5 de octubre de 1999 declara que el beneficio e interés de los hijos debe ser la piedra angular sobre la que gire la decisión judicial. En las situaciones de crisis matrimonial, las medidas relativas al cuidado de los hijos han de estar inspiradas por el principio del *favor filii* elevado a rango constitucional —principio de protección integral de los hijos del artículo 39.2 CE, como señala la sentencia de la AP Las Palmas, Sección 5.ª, 30 de Julio de 2003—. Se ha de procurar la satisfacción del beneficio o interés de los menores, por encima incluso de los legítimos intereses de sus progenitores...».

Deberá oírse a los menores, sin que haya una regla general en cuanto a la edad a partir de la que los niños tienen «juicio suficiente». y sin que el Juez esté vinculado y pueda acordar el cambio en base a la mera voluntad del menor.

b) «... Audiencia de los hijos mayores de doce años y de los que tengan juicio suficiente».

«... el art. 92.2 CC impone al Juez el deber genérico de velar por el cumplimiento del derecho de los hijos menores a ser oídos antes de la adopción de cualquier medida sobre su custodia, cuidado y educación, y en el apartado sexto del art. 92 CC se contiene un mandato de similar estructura. Así es requisito procesal antes de acordar el régimen de guarda y custodia, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes, miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor». Finalmente, idéntica redacción ha sido utilizada para modificar el apartado quinto del art. 777.

Igualmente el art. 9.1 LO 1/1996, de 15 de enero, reconoce y regula el derecho del menor a ser oído en todo procedimiento administrativo o judicial en el que esté directamente implicado.

En conclusión, tanto los apartados 2 y 6 del art. 92 CC como en el núm. 5 del art. 777 LEC, como el núm. 4 del art. 770 suprimen la imperatividad de la audiencia a los mayores de 12 años, primando los principios de flexibilidad y facultatividad que se ajustan más al interés superior del menor del art. 2 de la LO 1/1996.

c) Otro dato a valorar será la racionalidad de las pretensiones del menor: que éstas no obedezcan a un mero capricho pasajero y respondan a una voluntad autónoma, firme y decidida.

En cualquier caso, la voluntad manifestada por el menor no vincula ni puede vincular al juzgador; el juez no puede acordar el cambio de guarda y custodia (con tanta trascendencia para el futuro) en base al mero deseo del niño y sin que concurran otras circunstancias objetivas. Según la SAP Salamanca de 4 noviembre 1992 para transferir la guarda y custodia a uno u otro cónyuge, no basta con el expresivo deseo de los niños, porque puede hallarse muy mediatizado o manipulado por los deseos e intereses de sus progenitores o, como señala la sentencia de la AP Barcelona, Sección 12.ª, 11 de mayo de 2004, «tener unas expectativas idealizadas respecto al padre, por la figura de éste y su entorno y estar sugestionados por una hipotética mejora de vida, no procediendo la modificación si las circunstancias objetivas revelan que no hay causas para variar la situación existente...».

No obstante, para poder realizar un estudio más exhaustivo de la materia, debemos individualizar los criterios y las causa que nuestro Tribunales han tenido en consideración a la hora de pronunciarse acerca de porque han de otorgar a uno o a otro progenitor la custodia del menor tras exponer este su así, como las causas de su modificación. De este modo diferenciaremos del siguiente modo los criterios tenidos en cuenta por nuestro Tribunales a la hora de modificar o no la guarda y custodia de estos:

1. Causas de modificación de la guarda y custodia en menores de 12 años

El artículo 92 del Código civil contiene que deberá oírse al menor siempre y cuando se le considere con suficiente juicio para intervenir en el procedimiento, y siempre a los mayores de 12 años. Por lo tanto, por norma general los menores de 12 años no intervendrán en los procedimientos si no tuvieren suficiente juicio para hacerlo siendo en consecuencia una práctica entre nuestros tribunales, bastante inusual. No obstante y en el caso que nos ocupa, se considerará necesario cuando la modificación de la guarda y custodia a favor de uno de los progenitores, sea voluntad manifiesta e inequívoca por parte del menor.

A) Modificación favorable a la voluntad del menor

Como ya hemos mencionado, no es muy usual entre nuestros Tribunales abordar situaciones de cambio de guarda y custodia solicitadas por un menor de menos de 12 años. No obstante, entre nuestra jurisprudencia, podemos encontrar la sentencia de la AP Girona, Sec. 2.ª, 116/2005, de 21 de marzo[21], en la que se determina que «... Debe tenerse en cuenta que Fidel cuenta a fecha de hoy con dieciséis años de edad, por lo que su deseo

(21) AP Girona, Sec. 2.ª, 116/2005, de 21 de marzo, Recurso 551/2004. Ponente: Jaime MASFARRE COLL.

de pasar a convivir con su padre no puede soslayarse sin más, y debe ser tenido muy en cuenta para la resolución de la cuestión sometida a controversia. Por su parte Ana tiene sólo nueve años, por lo que, ciertamente, sus manifestaciones deben ser prudentemente ponderadas por el Tribunal, siendo en ese sentido menos determinante su parecer. Aun así, debe dejarse constancia que, en cierta medida, resulta muy significativo que pese a los años que lleva bajo la guarda de la madre siga manifestando (como ya hiciera de bien pequeña en el procedimiento de divorcio, según se reseña en la sentencia de instancia allí dictada —fundamento jurídico cuarto—) su deseo de pasar a convivir con su padre, sin perjuicio de seguir viéndose con su madre. Si partimos de la voluntad de Fidel, de lo manifestado por su hermana Ana, de la voluntad de ambos hermanos de permanecer juntos y de lo informado por l'Equip D'Assessorament Judicial en el sentido de entender que ese cambio parece lo más conveniente para los menores, deberá convenirse con lo decidido en la instancia en que debe accederse a la modificación de medidas instadas...».

En este caso concreto, se han tenido en cuanta diversos factores tales como el informe favorable del Equipo de Asesoramiento Judicial, la voluntad de la menor que cuenta con 9 años de edad, pero sobre todo y el factor determinante para el Fallo favorable a lo manifestado, es el deseo inequívoco de querer convivir con su padre y a su vez no separarse de su hermano el cual cuenta con 16 años de edad y ha expresado igualmente su deseo rotundo de vivir con su padre, lo que lleva al tribunal a pronunciarse rigiéndose por el principio de «favor filii». de no separar a los hermanos ponderando las circunstancias de ambos menores.

Igualmente la sentencia de la AP Madrid de 27 de octubre de 2006[(22)], o la emitida por la AP de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.ª, de 28 de abril de 2006, establece que «... el informe psicológico obrante a las actuaciones pone de manifiesto y considera adecuado que la guarda y custodia sea ejercida por la madre de las niñas y que exista para el padre un régimen de visitas amplio y flexible haciéndose eco de los deseos de las niñas que manifiestan a los peritos que quieren seguir viviendo con su madre y visitar a su padre, significando aquel dictamen, que ha sido la madre de las niñas la que más tiempo ha estado con ellas y ha ejercido de forma adecuada sus funciones parentales...».

No obstante, en otras Sentencias como la emitida por la AP de Málaga, Sec. 6.ª, de 1 de julio de 2010, se valora el insistente deseo del hijo de 7 años de convivir con su padre en Málaga, acordándose en consecuencia el cambio de guarda y custodia a favor de este.

B) Modificación no favorable a la voluntad del menor

Por el contrario, hay jurisprudencia más numerosas que se inclina por no favorecer a la voluntad de un menor de 12 años por entender que es una responsabilidad muy elevada para que recaiga en la decisión de un menor, la cual puede producir con el transcurso del tiempo, un conflicto de lealtades tras ver la separación de sus progenitores y el deber de pronunciarse por uno de ellos, así como la escasa capacidad de discernimiento que suele caracterizar a un menor de 12 años.

(22) AP Madrid, Sec. 22.ª, 645/2006, de 27 de octubre, Recurso 643/2006. Ponente: Carmen NEIRA VÁZQUEZ.

En este sentido se pronuncia la Sentencia de la AP de Valencia, Sec. 10.ª, 265/2006, de 3 de mayo[23], en la que se establece que a pesar de que la menor demuestre un gran amor por su padre y una adecuación social y escolar es entre otros datos atribuible a la persona a la que se ha otorgado su custodia, en este caso la madre. Por lo tanto «… Como podrá, fácilmente colegirse, no puede ser determinante la voluntad de una pequeña de 9 años de edad, a los efectos de decidir su custodia, por lo que de asunción de responsabilidad extemporánea tiene de por sí así como de peligro de alimentar el conflicto de lealtades que se genera tras la separación de sus seres más queridos. Puede ser atendida la voluntad de la menor pero en ningún caso hacer recaer sobre ella la responsabilidad de determinarla...».

Las causa que determinan que finalmente la guarda y custodia la siga ejerciendo su madre son el acuerdo de los padres en su día que asignaba a la madre como guardadora de la menor, porque en nada se ha modificado en dicha atribución, porque su madre es su principal figura de apego, y porque no se sabe si el padre va a atender debidamente a la menor, tras las pruebas practicadas.

Igualmente la Sentencia de la AP de Asturias, Sec. 6.ª, 254/2002, de 27 de mayo[24], se establece que la decisión de dos menores de 9 y 10 años de edad carece de capacidad libre y voluntario discernimiento, no pudiendo valorarse y pronunciarse automáticamente tras la manifestación de estos ya que las causa que han llevado a valorar a los menores con cuál de sus progenitores quieren convivir, vienen dadas por las relaciones provenientes de distinta naturaleza tras la ruptura matrimonial, las cuales vienen dadas por pautas correctivas de la madre custodia quien imparte disciplina todos los días, mientras que el padre quien disfruta de un régimen de visitas, favorece a los caprichos de ocio los fines de semana. Tal voluntad debe ser tenida en consideración pero realmente no es favorecedor para los menores ya que ello les produciría inestabilidad emocional y un desequilibrio en los valores de la educación. Por lo tanto, en este caso la voluntad de las menores no se corresponde con el principio de interés del menor mencionado anteriormente.

Como bien indica la Sentencia de la AP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 10 de septiembre de 2010, el cambio de voluntad del menor de 10 años no puede servir de exclusivo fundamento para modificar el régimen de custodia sino que han de ser los Tribunales los que valoren, con el soporte probatorio pertinente, si esta voluntad es o no conforme con los superiores

---

(23) AP de Valencia, Sec. 10.ª, 265/2006, de 3 de mayo, Recurso 208/2006. Ponente: María Pilar MANZANA LAGUARDA.

(24) AP Asturias, Sec. 6.ª, 254/2002, de 27 de mayo, Recurso 48/2002. Ponente: María Elena RODRÍGUEZ VIGIL RUBIO. «... tal deseo exteriorizado de las menores, a más de que por su edad, 10 y 9 años cuando lo manifestaron, presenta los límites que esta produce en la capacidad de libre y voluntario discernimiento, en todo caso ha de ser tomada en consideración teniendo en cuenta que ambas han manifestado que estaban bien tanto con su padre como con su madre, siendo la preferencia por este último no razonada y en última instancia debida, como así lo ponen de manifiesto los profesionales que han efectuado el informe psico-social, a la mediatización o instrumentalización de su voluntad que se ha efectuado en el entorno de la familia paterna, así como muy posiblemente a la distinta naturaleza de las relaciones que desde la situación de crisis matrimonial han venido manteniendo las mismas con ambos progenitores, continuada la madre, a quien se atribuyó su guarda, con lo que ello supone habitualmente de mayor dedicación, atención y sobre todo imposición de límites y pautas de comportamiento consustanciales a toda educación y, por el contrario, de ocio con su padre los fines de semana. Por ello a tal deseo de las niñas no puede dársele trascendencia suficiente en este caso para justificar una medida tan drástica como lo es la de modificación de guarda y custodia, con la quiebra de estabilidad para las niñas que la misma supone, habida cuenta la permanencia y duración de la misma en la persona de su madre desde su nacimiento y tras la situación de crisis matrimonial...».

criterios que deben ser tomados en consideración en orden a asegurar el desarrollo integral del menor.

Hay situaciones en que el Tribunal aprecia influencias o decisiones no autónomas de los menores, como es el caso de la sentencia emitida por la AP de Barcelona, Sec. 18.ª, de 27 de marzo de 2007, por lo que no se accede a la modificación de la custodia por la voluntad del menor, o como se establece en la sentencia de la AP de Asturias de 27 de mayo de 2002, en la que no basta el deseo de la menor para vivir con su padre, máxime cuando el informe psicosocial desaconseja lo contrario.

Por lo tanto, y como podemos apreciar, la voluntad de estos menores es tenida en cuenta, pero se deberán tener en cuenta otros factores determinantes como el nuevo entorno, la implicación en la educación por parte del nuevo guardador y un informe psicosocial favorable. En caso contrario, no se preservaría el principio de «favor filii» y por lo tanto, no sería posible emitir una sentencia favorable a la voluntad del menor.

2. Causas de modificación de la guarda y custodia en hijos mayores de 12 años pero menores de 16 años

Como hemos indicado anteriormente, la regulación actual requiere en los procedimientos en los que se vean afectados menores de edad, pero mayores de doce años, la intervención de estos en el procedimiento. Por lo tanto ello nos lleva a valorar cuales son las causas que inducen a nuestro Tribunales para pronunciarse a favor o en contra de la voluntad manifiesta del menor.

A) Modificación favorable a la voluntad del menor

Generalmente en los casos en que el menor de edad es mayor de doce años, los requisitos principalmente que debe cumplir la voluntad del menor es que esta sea una decisión manifestada de forma clara, contundente, madura y reflexiva.

En consecuencia, podemos nombrar la Sentencia de la AP de Girona, Sec. 1.ª, 493/2011, de 5 de diciembre[25], en la que se establece que «... En el caso presente, la voluntad de los menores expresada en la exploración judicial, ha evidenciado que los menores quieren residir con el padre y esta opción no lo es tanto por no mantener el mismo vínculo afectivo con la madre que con el padre, sino fundamentalmente porque el padre representa y significa para ellos una continuidad en lo que ha sido su entorno en todos los aspectos, familiar, educativo de amistades, etc. Su voluntad la manifestaron de forma clara y contundente, desprendiéndose de su exploración una madurez y una base educativa muy buena, fruto claro esta de la educación recibida de ambos progenitores. Y si nos atenemos a la edad de los mismos, 14 casi 15 Jordi y 13 años Albert, … esta Sala estima que en el caso presente debe respetarse la voluntad de los menores, ya que este cambio se estima redundará en interés de los mismos, al poder retornar al que ha sido su entorno habitual desde su nacimiento...».

(25) AP de Girona, Sec. 1.ª, 493/2011, de 5 de diciembre, Recurso 553/2011. Ponente: María Isabel SOLER NAVARRO. Extractos.

En este caso se valora la decisión del menor interpretada de modo convincente y madura, vinculada con la edad de los hijos que en este caso oscilan los 14 años de edad, como factor determinante para adoptar la voluntad manifiesta del menor en un procedimiento de modificación de guarda y custodia.

En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la AP de La Rioja, Sec. 1.ª, 266/2010, de 21 de junio[26], en la que se determina que «como consecuencia de una situación de deterioro constante de la relación madre-hija, como esta Sala tuvo ocasión de comprobar de manera directa mediante la exploración de la menor, quien de forma firme y rotunda mostró su frontal y total oposición a permanecer con su madre, pudiendo apreciarse que, pese a lo incómodo de la situación por la que tuvo que pasar Adelina, en la exploración judicial realizada se mostró en todo momento reflexiva y madura en sus contestaciones y en la conversación que sobre diversas cuestiones se mantuvo con ella, no aparentó en absoluto falta de madurez o confusión de ideas, fue clara y terminante en cuanto su deseo de vivir con su padre, tal y como consta en el Acta levantada al efecto a la cual nos remitimos...».

A favor de esta teoría se encuentra igualmente la Sentencia fundamentada por la AP Baleares, Sec. 4.ª, 259/2009, de 14 de julio, en la que se valora fundamentalmente la voluntad inequívoca y madurada de la hija de 15 años, que avala mantener la guarda compartida, amparada igualmente por un informe judicial favorable a su decisión[27], así como la sentencia de la AP Navarra, Sec. 2.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2011, en la que los hijos de 14 y 15 años 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.

Sentencias que igualmente corroboran esta teoría son las pronunciadas por la AP de Baleares, Sec. 4.ª, 255/2009, de 13 de julio, Recurso 185/2009. Ponente: María Pilar Fernández Alonso, la de la AP A Coruña, Sec. 3.ª, de 20 de septiembre de 2011. Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Jesús Fernández Porto García, y la de la AP de Valencia, Sec. 10.ª, 18/2011, de 12 de enero, Recurso 956/2010. Ponente: José Enrique de Motta García, en las que, tras la exploración de los menores (en este caso de 15 y 13 años de edad), han manifestado rotunda y claramente su deseo de vivir con el progenitor hasta el momento no guardador, además de expresar la mala relación con el progenitor custodio, lo que en caso de mantener la guarda y custodia redundaría en un empecinamiento mayor del hijo en sus malas relaciones para con él, hecho avalado por informe técnico judicial que aconsejan su modificación.

Por lo tanto, es importante valorar la relación existente entre el menor y sus progenitores así como la actitud de estos hacia el menor. En este sentido se pronuncia la Sentencia de AP Ciudad Real, Sec. 1.ª, 56/2011, de 16 de febrero, la cual valora que tras la entrevista con los menores se detecta un desapego emocional importante en relación con la madre,

(26) AP de La Rioja, Sec. 1.ª, 266/2010, de 21 de junio, Recurso 88/2010. Ponente: José Luis DÍAZ ROLDÁN.

(27) La decisión se fundamenta en que «Los argumentos expuestos por la hija de los litigantes son incontestables, y demuestran su madurez y su claridad de ideas a pesar de su juventud. Como quiera que la guarda y custodia es una institución al servicio del bienestar de los menores, y a la vista de que la voluntad de Claudia se sustentan en una experiencia ya vivida y no en un simple deseo huérfano de fundamento, no resta sino aprobar la guarda y custodia compartida en la forma que ha sido propuesta por el Ministerio Fiscal».

con múltiples reproches hacia ella, que evidentemente, y como se dice en la sentencia de instancia, pueden estar relacionados con la forma con la que ésta entiende debe cumplir sus obligaciones para con sus hijos, pero que tienen como consecuencia ese desapego que parece que se intensifica según pasa el tiempo, lo que también parece demostrar una cierta incapacidad de comunicación de la madre, pues detectado ese problema, al menos, desde el inicio de este procedimiento, en más del año que ha transcurrido desde entonces la situación no ha mejorado tal como tuvo la oportunidad de percibir este Tribunal cuando fueron oídos los menores. Tampoco cabe olvidar que el mayor de los hijos está a punto de cumplir los 15 años, una edad que debe valorarse especialmente en relación al contenido de sus manifestaciones.

Por lo tanto, lo que lleva a pronunciarse en este caso a favor de un progenitor o hacia otro para otorgarle la custodia es la observancia de que en igualdad de condiciones, los menores estén mejor vinculados con su padre, lo que debe en consecuencia acordar que los hijos queden bajo la guardia y custodia del mismo.

En esta otra Sentencia de Audiencia Provincial de Burgos, Sentencia de 30-9-2010[(28)] se tienen en cuenta diversos factores determinantes para evaluar la voluntad del menor, entre ellos, y el más importante, la coincidente voluntad del menor e interés del menor. Esta Sentencia, bastante completa en sus fundamentos de derecho, nos indica que:

Respecto de la atribución de custodia del menor de 15 años, señalar que a la hora de adoptar medidas como la atribución del régimen de custodia se ha de atender fundamentalmente al interés de los hijos, o el principio del *favor filii,* que ha sido reiteradamente recogido en la jurisprudencia. Así, la sentencia del TS de fecha 27 de marzo de 2001 señaló que: «es principio elemental, necesario e indeclinable de cualquier medida atinente a los hijos, como así se consagra en distintos preceptos del Código civil (artículos 92, 93, 94, 103-1.ª, 150 y 170) y, en general, en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, que sea el interés de aquéllos el que deba prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores; y su beneficio, la razón de ser o el fundamento de las prescripciones legales», consideraciones que se reiteran en la sentencia de fecha 9-7-2003.

En el presente caso se invocaba la falta de audiencia del hijo menor a la hora de establecer su referencia sobre el progenitor custodio. El artículo 92.2 CC establece la obligación del Tribunal de velar en estos casos y el 92.6 la de «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».

En el presente caso en el informe técnico emitido por la Sección de Protección a la infancia de Burgos ya constaba la preferencia del hijo por estar en compañía de su padre y esa preferencia ha sido reiterada en la prueba de exploración del menor realizada en esta 2.ª instancia.

---

(28) Audiencia Provincial de Burgos, Sentencia de 30-9-2010, Rollo de Apelación número 221 de 2010, dimanante Divorcio Contencioso núm. 420 de 2008, del Juzgado de Primera, Ponente: Mauricio MUÑOZ FERNÁNDEZ.

Es cierto que no siempre son coincidentes voluntad del menor e interés del menor, pero en el presente caso se considera que si lo son, toda vez que la prueba practicada acredita que:

— Aunque en el pasado la madre se dedicó como ama de casa al cuidado de su familia, aquella se encuentra en situación de desequilibrio mental, habiendo materializado intentos de suicidio (informe técnico y exploración del menor).

— La madre mostró conformidad en medidas provisionales a que la guardia y custodia del menor la ejerciera el padre.

— El menor tiene ya 15 años y ha manifestado estar bien con su padre y preferir estar bajo su custodia, estando ahora estabilizado.

En la misma línea de salvaguarda del interés del menor ante todo se pronuncia la Sentencia de la AP de Córdoba, Sec. 2.ª, 53/2009, de 23 de febrero, en la que se entiende que un cambio de guarda y custodia solicitado por la madre de la menor que se encontraba conviviendo con la abuela de esta, determina que los factores a tener en cuenta además de la voluntad de la menor, es que esta sea conveniente para la menor y su decisión salvaguarde el interés del mismo, teniendo en cuenta valores tales como la estabilidad de la menor y la aplicación del principio de *favor filii*[29].

Igualmente avala esta teoría la Sentencia de la AP de Málaga, Sec. 6.ª, 439/2010, de 14 de septiembre[30], en la que se establece que la guarda de la menor ha de otorgarse a la madre, y ello no sólo por la voluntad expresada de la menor, la existencia del fuerte vínculo emocional con la madre y los cuidados diarios de que ha sido objeto la niña desde que nació, por su madre, con carácter primordial, sino porque, además, todos los peritos, de una manera u otra, han venido a decantarse por esta solución, como la más beneficiosa para la niña, en la medida en que es la situación que menos cambios entraña en la vida de la menor.

En todos estos casos, se ha tenido en cuenta, principalmente, la contundente voluntad del menor y la valoración positiva de mejora de su nuevo entorno, en caso de efectuarse el cambio de guarda y custodia a favor del progenitor no guardador.

B) Modificación no favorable a la voluntad del menor

Por el contrario, en ocasiones nuestros Tribunales estiman que la voluntad del menor no es favorable para sus intereses, pronunciándose como consecuencia en sentido contrario a sus deseos y manifestaciones en el sentido de modificar el régimen de guarda y custodia a favor de uno de sus progenitores.

Entre nuestra jurisprudencia podemos nombrar la Sentencia de la AP de Valencia, Sec. 8.ª, 69/2000, de 3 de febrero, en la que se entiende que el simplemente deseo manifestado por la menor, sin soporte fáctico o petición fundada de ninguna de las partes en tal aspecto,

(29) AP de Córdoba, Sec. 2.ª, 53/2009, de 23 de febrero, Recurso 402/2008. Ponente: José Antonio CARNERERO PARRA.

(30) AP de Málaga, Sec. 6.ª, 439/2010, de 14 de septiembre, Recurso 1072/2009. Ponente: María Inmaculada SUÁREZ-BÁRCENA FLORENCIO.

permaneciendo, en aquel momento, con su madre y teniendo una edad en que entendemos no basta una simple declaración, en absoluto fundada en circunstancia relevante alguna, como se deduce del examen de la prueba psicológica llevada a cabo, que no evidencia trastornos o inestabilidad que desaconseje esta situación, para modificar lo que, en un principio, fue voluntad común de ambos cónyuges, revelada incluso por los términos en que se planteó la demanda; procede, en consecuencia, salvo mejor acuerdo de los progenitores en materia en que, como la que nos ocupa, resulta tan deseable, establecer que la madre ostentará la guarda y custodia de las hijas menores .

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la AP de Barcelona, Sec. 12.ª, de 21 de octubre de 2003, en la que se establece que «... consta en autos que Alejandro, de 15 años, manifestó "Que él preferiría vivir con su padre porque cree que podrá estar mejor. Tiene la sensación de que si estuviere con su padre estaría mejor". Por su parte Asunción, de 13 años, manifestó llevarse bien con ambos progenitores; que le gustaría ver más a su padre; que cree que mejor vivir con su padre, aunque quiere seguir viendo a su madre, si bien posteriormente manifestó que "...le gustaría vivir con los dos igual, quiere verlos a los dos", añadiendo que quiere estar con Alejandro, y que "... le gustaría estar dos días entre semana con su padre y fines de semana alternos". Siendo ello así, no se aprecian razones de suficiente entidad que justifiquen una modificación del sistema de guarda y custodia establecido, que como tiene declarado esta Sala (así Sentencia de 21 de febrero del 2000), no puede sustentarse exclusivamente en la voluntad de los propios menores, cuando en modo alguno consta que la madre ejerza incorrectamente la guarda que le fue atribuida,extremo éste que de hecho no se alega, ni siquiera la existencia de una mala relación materno-filial, y habiéndose establecido un régimen de visitas que garantiza el adecuado mantenimiento de las relaciones paterno filiales...».

En este otro caso, la AP Barcelona, mediante su Sentencia de 17 de octubre de 2003, no ve fundado el deseo de los menores de modificar la custodia para vivir con el padre, ya que *los motivos que alegan son meramente económicos*, los cuales podría solventarse sin necesidad de proceder a un cambio de custodia(31).

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia emitida por la AP Madrid, Sec. 24.ª, de 15 de septiembre de 2011. Ponente: Ilma. Sra. D.ª María del Rosario Hernández Hernández, y la sentencia AP Madrid, Sec. 22.ª, de 20 de septiembre de 2011. Ponente: Ilma. Sra.

(31) «... De la exploración practicada a los menores vemos que los tres (de 14 y 12 años) quieren vivir con el padre, deseo que vinculan a las mejores circunstancias económicas del mismo —uno manifiesta que así cambiaría de zona de vivir porque le gusta más el barrio de su padre, otro que su madre gana menos y no les puede comprar cosas por falta de dinero, el cual a veces nos les llega, y otro que cree que sería más feliz con su padre porque estaría más seguro—. Reconocieron que su madre les quería. De lo expuesto entendemos, partiendo de que la voluntad de los menores no vincula al órgano judicial, aunque indudablemente es de tener muy en cuenta a la hora de tomar una decisión al respecto, que en realidad, no hay causa alguna que justifique un cambio en la guarda y custodia de los menores; efectivamente, éstos quieren a su madre, están bien con ella, solo que tienen problemas económicos, problemas que el padre, que tanto quiere a sus hijos, podría ayudar a solventar; y por otro lado, el deseo manifestado por los mismos, como bien expresa el Ministerio Fiscal, parece vincularse al temor a perder a su padre, que les abandone si no van con él, lo que poco ayuda a lo hora de tomar la decisión que se peticiona. En definitiva, debemos confirmar la resolución recurrida, recomendando a las partes que acerquen en los posible sus respectivas posiciones pensando siempre en el supremo interés de sus hijos, acudiendo a mediación familiar para paliar los problemas que tengan los mismos, máxime atendida su edad...».

D.ª Carmen Neira Vázquez, en la que se establece que no es dable en las circunstancias concurrentes, arrancar a la menor de 15 años de edad del entorno materno para insertarla sin más en el del padre, sobre la sola base de una manifestación efectuada por la hija en un momento puntual, no reiterada en el tiempo, ni fundada en decisión de carácter definitivo, entendiendo los peritos que la guarda y custodia continúe siendo ejercida por la madre, con ampliación de visitas con el padre en una tarde semanal con pernocta.

No obstante, en ocasiones el Tribunal, además de apreciar que la decisión del menor es infundada y carece de valor real para realizar una modificación de medidas, en casos anteriores se le ha concedido el cambio de guarda y custodia a favor de otro progenitor con el fin de salvaguardar su interés, pero se le deniega por considerarse caprichoso cuando por segunda vez se solicita su modificación por deseo del mismo menor y por circunstancias similares, como es el caso que refleja la Sentencia de la AP de Córdoba, Sec. 1.ª, 512/2003, de 9 de diciembre, en la que «... La Juzgadora de instancia no ha incurrido en error alguno en la valoración de la prueba sino que valorando en su conjunto la totalidad de las practicadas, ha llegado a la conclusión, que esta Sala comparte, de que no se ha producido circunstancias esenciales que aconsejen un nuevo cambio de la custodia de los menores. El único punto a que puede aferrarse los apelantes es en el hecho de que ahora los menores manifiestan que quieren vivir con la madre, como antes dijeron que preferían estar con el padre y dentro de un tiempo pueden volver a estimar lo contrario. Una cosa es buscar lo más beneficioso para el menor, principio que guió al legislador y preside la jurisprudencia al respecto y algo muy distinto que las resoluciones judiciales puedan quedar supeditadas a los caprichos y veleidades de los menores».

En este otro caso similar contenido en la Sentencia de la AP de Asturias, Sec. 4.ª, de 28 de abril de 2010, o la emitida por la AP de Madrid, Sec. 22.ª, 165/2011, de 28 de febrero, Recurso 778/2010. Ponente: Eduardo HIJAS FERNÁNDEZ, se concluye tras el análisis de los menores que los deseos de estos por cambiar la guarda y custodia responden a razonamientos infundados, dejando ver que sus intenciones están verbalizadas por sus progenitores, quienes realmente no saben manejar la educación de los menores adolescentes. Por ello, y tras el informe emitido por los peritos judiciales, consideran que en nada beneficia para el establecimiento de un marco educativo coherente y, por tanto, sólido y seguro, un cambio en la guarda y custodia; aunque los peritos estiman que la Sra. Leocadia presenta falta de habilidades y asertividad en la comunicación con menores en una edad adolescente, destacan también, respecto del Sr. Inocencio, su manifiesta incapacidad en la imposición de límites a los menores, careciendo de habilidades suficientes para valorar o reconocer el sufrimiento afectivo de los hijos, pues añaden, en la ratificación ante la Juzgadora *a quo*, que según aquél, Jaime está estupendamente, a salvo de su marcha escolar. Y se concluye recomendando que los hijos permanezcan bajo la custodia de la madre, sin perjuicio de derivar a todo el grupo familiar al CAI para su tratamiento, a fin de mejorar las relaciones entre ellos y las habilidades parentales.

En ocasiones como la que a continuación exponemos los deseos del menor no se ajustan a su bienestar o intereses objeto de protección, tal y como se refleja en la sentencia de la AP Barcelona, Sec. 12.ª, de 7 de septiembre de 2011. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Martín Villa, en la que se señala que «En el caso enjuiciado nos encontramos "prima facie" con la voluntad o los deseos de una menor de trece años de edad, que, aunque —como ha

asegurado— está bien y se lleva bien con su padre, ahora quiere cambiar y pasar a vivir con su madre, ya que hay ciertas cosas relacionadas con la adolescencia que el progenitor paterno no sabe explicarle bien. Lo que es preciso indagar, por tanto, por este Tribunal, a fin de dar una solución a la delicada cuestión planteada es hasta qué punto ese interés de la menor de pasar a convivir con su progenitora materna es lo más beneficioso para ella o, por el contrario, podría poner en peligro el óptimo desarrollo de su personalidad». En definitiva, si el cambio que se interesa podría resultar perjudicial para su bienestar futuro concluyendo en el caso actual, tal y como afirma la psicóloga que asistió a la menor, «que no es que la menor no sea consciente de los cambios que se producirían en el caso de que ahora pasase a convivir con su madre, sino que esas "preferencias" actuales van en contra de las recomendaciones que a nivel psicológico la misma necesita, dadas las características personales de la niña, a las que la madre parece dar muy poca importancia».

Por lo tanto, y tras el análisis de la jurisprudencia expuesta, se puede apreciar que en los casos en que el menor manifieste su voluntad inequívoca en el cambio de guarda y custodia a favor de uno de los progenitores, debe estar amparada por una decisión madura, autónoma, firme, y fundada en razones concretas y coherentes que conlleven un irremediable cambio de custodia por no poder aplicar otra solución menos agresiva para el entorno familiar. Esta decisión no debe ser perjudicial para el menor o acarrear un detrimento en la atención o en la educación ofrecida por alguno de sus progenitores, ponderando en consecuencia muchas circunstancias que los rodean, eliminando de este modo una aplicación automática de sus deseos, con el fin de evitar arrepentimientos debido a la inmadurez o incoherencia de su decisión, como hemos podido comprobar en la jurisprudencia aquí señalada.

3. Causas de modificación de la guarda y custodia en hijos mayores de 16 años pero menores de edad

En estos casos en que el menor está más próximo a la mayoría de edad, se tienen en cuenta otros aspectos ya no tan relevantes tras la manifestación de voluntad de cambiar de progenitor custodio. Las razones de flexibilidad frente a la voluntad del menor se pueden concretar en los supuestos que se exponen a continuación.

A) Modificación favorable a la voluntad del menor

En estos casos, la simple expresión y deseo del menor de modificar la custodia es suficiente para que se produzca, por norma general, siempre y cuando el cambio no sea perjudicial por razones particulares. Un ejemplo de ello es la Sentencia de la AP Segovia, Sec. 1.ª, 107/2011, de 3 de junio, en la que se determina que «... El cambio de circunstancias en la vida laboral del padre no supone una variación sustancial que determine la modificación del régimen de custodia, máxime cuando la menor cuenta ya con 16 años de edad y tiene suficiente autonomía para tomar decisiones al respecto. Hay que destacar por ello la exploración de la menor, SOFÍA, quien manifestó encontrarse contenta con su madre y hermanas, con quienes convive, no deseando estar con su padre, con el que no mantiene relación desde hace años. Prevaleciendo, por tanto, la voluntad e interés de la menor frente al de los progenitores, sin que se haya justificado la necesidad de un cambio en el régimen

de custodia que pudiera beneficiar a SOFÍA, por encima de cualquier interés puramente particular, procede la desestimación de la demanda planteada...».

En otros pronunciamientos, se aprecia que el motivo relevante y casi individual para determinar el Fallo de la Sentencia es la cualidad irrefutable de la edad del menor. En este sentido se pronuncia la Sentencia de la AP de León, Sec. 2.ª, 297/2005, de 13 de diciembre, en la que en este caso se tiene en cuenta tan solo la voluntad del menor que en este caso cuenta con la edad de 16 años y ha expresado de manera contundente su deseo de vivir con su padre.

La misma consideración adopta la AP Valencia, Sec. 10.ª, 473/2005, en su Sentencia de de 14 de julio, en la que igualmente se tiene en cuanta la voluntad del menor que en este caso cuenta ya con la edad de 17 años el cual consideran que «este elemento de convicción tiene un peso especial en el presente caso, habida cuenta de la edad del menor; por otro lado, no se advierte que la voluntad del hijo esté mediatizada u obedezca a intereses espurios; por ello, al estimar que el pronunciamiento del Juzgado responde al interés objetivo del menor, debe ser confirmado...».

Como puede observarse en estos casos, se valora de modo especial la edad del menor próximo a la mayoría de edad como es el caso de la Sentencia pronunciada por la AP Barcelona, Sec. 18.ª, 309/2007, de 21 de junio[32], la sentencia de la AP de Valencia, Sec. 10.ª, 575/2008, de 30 de septiembre[33], la de la AP de Madrid, Sec. 24.ª, 1024/2011, de 13 de octubre, así como la Sentencia de la AP de A Coruña, Sec. 3.ª, 503/2009, de 4 de diciembre, en la cual se entiende que «... Lucía cuenta en la actualidad con 16 años de edad, próxima a cumplir los 17. En tales edades, la opinión de la menor tiene unos matices muy distintos a las manifestaciones o deseos de niños que no alcanzaron la pubertad o infantes. A esa edad, próxima a la mayoría de edad, en plena adolescencia, y cuando están desarrollando su personalidad, la capacidad de imponer un régimen de guarda y custodia contra su voluntad está limitada. Es una pretensión imposible. No se trata exclusivamente de mantener una situación fáctica precedente: que la hija se quedó con el padre cuando la madre abandonó el domicilio conyugal por tener otra pareja. A de buscarse lo mejor para la menor, atendiendo de forma primordial a sus derechos, y la conveniencia de no separar a los hermanos...».

---

(32) «... En cuanto a la medida relativa a la custodia, ésta es impugnada por la parte demandada que alega que durante diecisiete años, se ha mantenido una situación fáctica de custodia compartida y que no hay motivo para modificarla. La sentencia ha atribuido la custodia de las hijas a la madre, atendiendo de forma fundamental a la voluntad manifestada por las menores en la exploración, valorando especialmente la edad de las mismas. Como se ha señalado anteriormente, la hija mayor ha alcanzado la mayoría de edad, por lo que no procede hacer ningún pronunciamiento al respecto. La menor Meritxell, tiene en la actualidad casi diecisiete años…Si bien no constituye un requisito indispensable para acordar la custodia compartida que exista consentimiento entre los padres, como señala la sentencia, en el caso de autos, no se estima resulte la medida más oportuna, considerando que debe respetarse la voluntad de las hijas, en este momento la voluntad de una de ellas, atendida la mayoría de edad de la otra, pues la edad de la misma así lo aconseja...».

(33) «... teniendo en cuenta la edad del hijo, prácticamente 17 años cumple dentro de escasos días, necesariamente ha de estarse a lo resuelto por la sentencia de instancia habida cuenta de la voluntad inequívoca del mismo que impide poderle obligar a convivir con distinta persona de la que la misma desea, por lo que debe mantenerse la sentencia de instancia en este punto...».

No obstante, en ocasiones los progenitores intentan mediar en el cambio de guarda y custodia a favor de sus hijos, en aquellos casos en que por circunstancias especiales o acontecimientos puntuales puedan repercutir negativamente en la vida del menor, pero nuevamente la edad avanzada de estos repercute decisivamente en el juzgador, entrañando que una imposición de la custodia a unos de los progenitores a un menor de avanzada edad, puede ser más perjudicial a su estabilidad. Este es el caso de la Sentencia pronunciada por la AP Córdoba, Sec. 2.ª, 86/2010, de 22 de abril, en la que es ponente José Antonio Carnerero Parra, o la Sentencia de la AP Baleares, Sec. 4.ª, 337/2007, de 17 de julio, en la que es ponente Miguel Álvaro Artola Fernández.

B) Modificación no favorable a la voluntad del menor

Como hemos podido comprobar paulatinamente en el análisis de la jurisprudencia expuesta, la decisión de los menores próximos a la mayoría de edad es tenida muy en cuenta como factor determinante, aun siendo en ocasiones no perjudicial para el menor, pero sí no muy acorde con la protección de sus intereses.

El Magistrado GONZÁLEZ DEL POZO entiende que, aun siendo la voluntad del menor caprichosa e infundada, movida por el puro interés material o crematístico, o producto de la manipulación, en el caso de adolescentes próximos a alcanzar la mayoría de edad, de 15, 16 o 17 años, no es posible ignorar su voluntad a la hora de establecer el sistema de custodia. En estos casos, «atribuir la custodia del menor a aquel progenitor con quien el menor no desea vivir, o imponer un régimen de estancias contrario a los deseos del menor, son decisiones inviables porque resultan de imposible ejecución. Y es que, en el caso de adolescentes próximos a alcanzar la mayoría de edad, no es posible desconocer la voluntad de los mismos a la hora de fijar un determinado régimen de comunicaciones y estancias con el progenitor no custodio o de hacerlo cumplir. En estos casos, imponer un régimen de estancias contrario a los deseos del menor, es una decisión improcedente por inviable ya que es completamente ineficaz y resulta de imposible ejecución. No existe un modo de conseguir la ejecución judicial de un pronunciamiento sobre comunicaciones y estancias contrario a los deseos de un menor adolescente, y, además, ello podría tener un efecto contraproducente en la estabilidad psíquica del menor al imponérsele un contacto no deseado con uno de sus progenitores, y crearía una situación de tensión y rechazo del menor hacia dicho progenitor que sólo contribuiría al deterioro del vínculo afectivo entre ambos. Así suelen entenderlo también los propios progenitores rechazados, que, en la mayoría de los casos, manifiestan no querer que se obligue a sus hijos a verles»[(34)].

Estoy totalmente de acuerdo con esta teoría, puesto que la imposición a un menor muy próximo a la mayoría de edad repercutiría muy negativamente en la relación con sus progenitores, pudiendo tomar una actitud rebelde cargada de ansiedad, que conllevaría un desinterés absoluto una vez alcanzara la mayoría de edad, estando tras ello los progenitores carente de todo poder persuasorio para encauzar o intentar recuperar el afecto de su hijo.

Razonamientos tales como la Sentencia de la AP de Salamanca, Sec. 1.ª, 394/2005, de 14 de septiembre nos explican por qué carecemos de sentencias que contradigan la volun-

(34) Artículo Monográfico. Octubre 2010, autor: Juan Pablo GONZÁLEZ DEL POZO, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 24, de Familia, de Madrid.

tad de un menor al borde de cumplir la mayoría de edad, fundamentándolo en que «… tal decisión, adoptada en la sentencia de instancia, se mantiene aquí, por cuanto, como se ha dicho, la edad de la misma, su convivencia en los últimos años con ambos progenitores, le permite ya, con responsabilidad y al margen de ocasionales "caprichos", opinar sobre aspecto tan importante para ella y para su formación integral, como es la determinación de convivir con su padre. Tanto la prueba pericial como la exploración judicial practicadas, al efecto, con la menor, inciden, en su correcto entendimiento, en la conclusión antedicha. La primera destaca que en el estado en que se encuentra la relación o cambio de custodia (parte de la situación de hecho existente) no resolvería el problema, reforzaría el rechazo de la menor (hacia la madre), y más con 17 años. La segunda muestra la decidida opinión de la menor, sobre el particular. Por demás, no consta la existencia de una voluntad de la menor viciado o influenciada por el padre ...».

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la AP Barcelona, Sec. 12.ª, 707/2006, de 21 de diciembre, la cual establece que «... es el interés de los hijos el que debe prevalecer, incluso por encima del de sus progenitores» (STS de 9 de julio de 2003), y pudiendo optar libremente la referenciada hija con cuál de sus progenitores desea estar, no es dable, atendida su edad, violentar su voluntad y obligarla a convivir con un progenitor con el que claramente ha manifestado en la exploración practicada en la instancia que no desea estar, razón por la que, incluso, el Ministerio Fiscal «quiere señalar», dice, «que el régimen de visitas fijado y en atención a la edad de la menor, sin perjuicio de que sea con carácter subsidiario y en defecto de acuerdo, debería ser libre y no sujeto a periodos, ya que la propia menor así lo expresa manifestando de forma reiterada que no quiere ver a su padre lo que, atendida la próxima mayoría de edad de la hija el 24 de diciembre 2006, carece, incluso, de objeto...».

No obstante, y aun siendo escasas las sentencias que abordan la negativa a modificar la guarda y custodia por expresa voluntad de un menor próximo a la mayoría de edad, la Sentencia de la AP de Madrid, Sec 24.ª, de 7 de marzo de 2007 entiende que no procede modificar a favor del padre la guarda y custodia del hijo, ya que en sus prioridades está antes el domicilio familiar que su hijo. Entiende que el padre desconoce sus conductas desadaptadas, ya que nunca ha vivido con él y se muestra escéptico y crítico con las intervenciones institucionales, así como no implicado ni colaborador en una actuación educativa continuada. Por lo tanto, no resulta relevante el deseo manifestado por el hijo de 17 años en la exploración judicial.

En este caso, y pese a la voluntad manifestada por el menor de 17 años, muy próximo a la mayoría de edad, el tribunal entiende que no es favorable para él debido al desinterés que muestra el padre por su bienestar, denegándose en consecuencia el cambio de custodia.

VI. CONCLUSIONES

— Los principios inspiradores para fomentar la participación de los menores en los procedimientos que les afecten, son principalmente el principio del «favor filii» y la autonomía como sujetos de derecho para preservar la personalidad de los menores, principios que se encuentran amparados principalmente en los arts. 92 y 159 del Código Civil, el art. 12 de

la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, el art. 9 de la LOPJM y el art. 39 de la Constitución Española.

— Los mecanismos que ayudan al juzgador a determinar qué es lo más beneficioso para el menor son fundamentalmente el interrogatorio de los progenitores, la audiencia del menor cuando sea preceptiva y el informe pericial de expertos.

— No puede darse una regla general en cuanto a la edad a partir de la cual los niños tienen «juicio suficiente». En principio, aun cuando pudiera pensarse que a partir de los nueve años el menor cuenta ya con un grado de madurez suficiente para ser explorado, no hay reglas generales y dependerá de la madurez psicológica de cada niño. El párrafo último del art. 770.4 LEC permite al Juez, de forma excepcional, recabar el auxilio de especialistas en la exploración cuando ello sea necesario.

— La voluntad manifestada por el menor no vincula ni puede vincular al juzgador, es decir, el juez no puede acordar el cambio de guarda y custodia en base al mero deseo del niño y sin que concurran otras circunstancias objetivas. Los requisitos imprescindibles para que surta efecto la modificación de medidas por voluntad expresa del menor son principalmente que dicha modificación preserve el principio de «favor filii», es decir, que la situación que nazca de la modificación de las medidas no sea más perjudicial para el menor que la situación existente; realizar la audiencia de los hijos mayores de 12 años y de los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes, miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor y que la decisión del menor no obedezca a un mero capricho pasajero, debiendo responder a una voluntad autónoma, firme y decidida,

— No obstante, para el caso de que el menor esté próximo a la mayoría de edad se entiende que, aun siendo la voluntad del menor caprichosa e infundada, movida por el puro interés material o crematístico, o producto de la manipulación, no es posible ignorar la voluntad de este a la hora de establecer el sistema de custodia, de lo contrario sería contraproducente.

— Tras la exposición, entiendo que se hace imprescindible explorar al menor que solicita voluntariamente el cambio de guarda y custodia, por un equipo psicosocial adscrito al Juzgado competente, así como la exploración de los progenitores para una resolución más ajustada a derecho. Con ello, se esclarecerán los motivos reales por los que el menor solicita el cambio de guarda y custodia, lo que permitiría aplicar otro tipo de medidas menos agresivas para el entorno familiar y para el menor, quien en el futuro y debido a la variabilidad de las decisiones de este por su edad, se pueda ver perjudicado en un futuro. En innumerables ocasiones los menores utilizan estos procedimientos como chantajes a sus padres con el fin de que accedan a todas sus peticiones. Con ello estamos promocionando que el menor, al igual que se fomenta su autonomía como persona, demuestre a sus progenitores que puede utilizarla a su libre antojo, cambiando de progenitor custodio cuando este muestre mayor disciplina o cuando el otro le permita llegar más tarde de la hora establecida por el guardador. En este sentido se pronuncia el Magistrado D. Eladio Galán Cáceres, el cual entiende que, antes de adoptar cualquier decisión al respecto, sería conveniente la audiencia en sede judicial de dicho menor, que ya ostenta un alto grado de discernimiento y criterio propio, en orden a la averiguación de las causas o circunstancias que generan el rechazo al progenitor no custodio, o cualquier tipo de comunicación o vi-

sitas, con pernoctas o sin ellas, sin descartar la posibilidad de indagar y averiguar sobre su situación psicosocial, en el seno del grupo familiar en el que actualmente se desarrolla su vida, instando la intervención del equipo psicosocial correspondiente, del centro de atención a la infancia, o de los puntos de encuentro, etc., sin excluir la posibilidad de practicar la diligencia de audiencia de ambos progenitores, conjuntamente o por separado[35]. En este caso, la cuestión debatida es distinta a la planteada, aunque en mi opinión es perfectamente aplicable al caso actual.

— En caso de no tomarse la medidas adecuadas cuando un menor solicita el cambio de guarda y custodia y se accede a sus pretensiones, es posible que exista un trasfondo que no sea apreciado mediante un interrogatorio escueto realizado en apenas escasos minutos y que, con el transcurso del tiempo, el mismo menor solicite nuevamente el cambio de guarda y custodia. Ello conlleva que el tribunal, en su segunda petición de modificación de medidas, valore la decisión como caprichosa e infundada, negándole la deseada convivencia con el progenitor custodio de origen, aplicándole en consecuencia un severo castigo por su decisión temprana o inmadura. Pero ello nos lleva a plantearnos si realmente es el menor responsable de su decisión o si, por el contrario, no se han tomado las medidas necesarias para comprobar si su voluntad era fundada, necesaria y prolongada en el tiempo. En mi opinión, y como indiqué con anterioridad, un estudio pormenorizado del menor y sus progenitores impuesta de oficio cuando este solicite el cambio de custodia evitaría futuros arrepentimientos muy usuales entre los infantes y adolescentes, aplicando medidas reconciliadoras para aquellos casos en que no resulten prejudiciales para el menor, tales como el sometimiento del propio menor, y del progenitor custodio hasta el momento, a programas de terapia o apoyo impartido por un equipo multidisciplinar de los recursos sociales existentes, con la finalidad de mejorar la relación entre progenitores e hijos, como alternativa a métodos que conllevan mayores alteraciones en la vida del menor.

(35) Eladio GALÁN CÁCERES. Magistrado Sección 22.ª, de Familia, de la Audiencia Provincial de Madrid, Foro abierto, «¿Resultaría jurídicamente correcto decretar la suspensión del régimen de visitas cuando los menores con alto grado de discernimiento rechazasen la figura del progenitor no custodio?», *El Derecho.*

Revista de

Derecho de Familia

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

INCAPACIDAD

Una vez que el centro médico comunica al Juez el internamiento involuntario, éste dispone de 72 horas para confirmarlo, plazo que no puede prorrogarse aduciendo carga excesiva de trabajo en el juzgado. Igualmente, el interno debe ser informado de su derecho a la defensa jurídica y a la prueba.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 141/2012, de 2 de julio

Ponente: **Excmo. Sr. D. Ramón Rodríguez Arribas**

ANÁLISIS DEL CASO

Con fecha 2 de mayo de 2007, el Director del Hospital Universitario de San Cecilio de la ciudad de Granada, perteneciente a la red sanitaria del Servicio Andaluz de Salud, remitió comunicación «a efectos del cumplimiento del art. 211 de la Ley 13/83», dirigida al «Ilmo. Sr. Juez de Primera Instancia», en la cual se limita a informar del ingreso por vía de urgencia del aquí recurrente en amparo, de quien se dice presenta un diagnóstico de «trastorno bipolar, por lo que ha sido sometido al siguiente tratamiento desde el momento de su ingreso: narcoléptico, previéndose que necesitará continuar con el siguiente: el mismo. Habiendo comprobado la necesidad de continuar la hospitalización, solicitamos a V.I. la autorización pertinente». Excepto las palabras «trastorno bipolar», «narcolépticos» y «el mismo», el resto es un texto pre-impreso con renglones en blanco rellenados.

El Juzgado que asumió la competencia del caso, el núm. 16 de Primera Instancia de los de Granada, recibió la comunicación el 3 de mayo y dictó providencia al día siguiente, 4 de mayo de 2007, dando cuenta de dicha comunicación y ordenando su registro e incoación de procedimiento de internamiento núm. 1150-2007, conforme a lo dispuesto en el art. 763.1 párrafo segundo de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), decretando además: «Procédase al examen de la persona internada y se designa al médico forense adscrito a este Juzgado, para que emita el preceptivo dictamen facultativo sobre la procedencia del internamiento». El mismo día aparece un requerimiento dirigido al Instituto de medicina legal de Granada para se designe médico forense a fin de practicar el mencionado dictamen.

Sin que conste ninguna actuación más hasta el 9 de mayo de 2007, en esta fecha aparece un «acta de examen» del Sr. Magistrado Juez, levantada en el centro hospitalario de referencia, donde recoge el contenido de su entrevista con el recurrente, anotando que éste cuenta que ha sido traído a la fuerza y refiere sus problemas familiares especialmente con

su esposa e hijos. El acta no detalla ninguna conducta anómala del paciente durante la entrevista, escribiendo tan sólo: «Hablador y comunicativo, relatando con detalle todos los [palabra ilegible] de su ingreso».

No se hace constar en este «acta de examen», ni existe ninguna diligencia en las actuaciones con tal objeto, de que se hubiere informado al recurrente de su situación legal ni del derecho a poder designar Procurador y Abogado en dicho procedimiento, así como tampoco de su derecho a solicitar pruebas.

En la misma fecha, 9 de mayo de 2007, se levanta acta de «peritación médico forense», donde el facultativo designado por el Juzgado coloca en un impreso con espacios en blanco para rellenar, tras su examen del recurrente, el siguiente diagnóstico: «T. Bipolar. Refiere que lo trajo la ambulancia del SDS desde Almuñécar el 2-5-07. Tiene T. Bipolar y tto. con litio. Dice que tiene problemas familiares y que le pidió la separación por [palabra ilegible] a su mujer». Debajo y de nuevo en formato estereotipado, figura la frase: «Dado su estado seria conveniente la continuidad del ingreso en el centro». No se añade ninguna observación a mano.

El 14 de mayo de 2007, el Fiscal presenta escrito manifestando sólo que no se opone al internamiento involuntario del aquí recurrente.

Obra en las actuaciones una comunicación del Director del Hospital Universitario de San Cecilio, fechada el 16 de mayo de 2007 y dirigida al Juzgado, informando que el paciente «ha sido dado de alta puesto que las causas que recomendaban su hospitalización han cesado» (letra pre-impresa).

Sin que conste realizada ninguna actuación del Juzgado entre el 10 y el 20 de mayo de 2007, el día 21 se dicta Auto ratificando el internamiento del aquí recurrente. En orden a fundamentar su decisión, el Auto se limita a transcribir en su integridad el art. 763 LEC vigente (razonamiento jurídico primero) para luego entrar a resolver el caso concreto.

Tras su notificación al recurrente, actuando por vez primera con Abogado y Procurador promovió recurso de apelación contra el indicado Auto, denunciando diversas infracciones legales, así como la vulneración de su «derecho fundamental a la libertad personal» por el incumplimiento por exceso (diecinueve días) del plazo máximo de 72 horas del que disponía el Juzgado para resolver y la falta de procedimiento contradictorio [art. 24.1 CE]. Aporta como documental una copia de su historial clínico, informes del servicio de urgencias del Hospital Comarcal de Santa Ana, Hospital de Motril y del servicio de urgencias del Área de Gestión Sanitaria Sur de Granada de 2 de mayo de 2007, coincidentes en su diagnóstico de trastorno bipolar y que derivaron el paciente al Hospital San Cecilio; un permiso terapéutico concedido al recurrente mientras estaba sujeto a internamiento, el 7 de mayo de 2007; diversos análisis clínicos y un informe detallado del alta, de 16 de mayo de 2007. Ninguna de esta documental aparecía en poder del Juzgado. También solicitó la práctica de diversa prueba testifical que no se admitió.

El recurso de apelación interpuesto resultó desestimado por Auto de 1 de abril de 2009, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada.

La persona que fue internada interpuso recurso de amparo por vulneración de los derechos fundamentales a la libertad personal (art. 17 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Posteriormente, se desistió del recurso, no admitido dicho desistimiento el Tribunal Constitucional que entendiendo que existían razones de interés público, dictó Sentencia declarando que se había vulnerado el derecho fundamental a la libertad personal.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Constitucionalidad de la medida de internamiento involuntario.

Con independencia de la singularidad del caso, este Tribunal si tiene asentada doctrina referente a la conformidad de la medida de internamiento involuntario, desde la perspectiva del derecho fundamental del art. 17.1 CE, cuando es acordada directamente por la autoridad judicial bien como medida cautelar de un proceso ya iniciado, bien como medida definitiva impuesta en Sentencia. En concreto, tenemos declarado que dicha situación personal comporta para el afectado una privación de su libertad personal que «ha de respetar las garantías que la protección del referido derecho fundamental exige, interpretadas de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por España (art. 10 C.E), y, en concreto, con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales… la legalidad del internamiento de un enajenado, prevista expresamente en el art. 5.1 e) del Convenio, ha de cumplir tres condiciones mínimas, según ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar dicho artículo en su Sentencia de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp). Estas condiciones son: a) haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real; b) que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y c) dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo» [SSTC 112/1988, de 8 de junio, FJ 3 y 24/1993 de 21 de enero, FJ 4, respecto del internamiento como medida de seguridad (penal); STC 104/1990, de 4 de junio, FJ 2, para internamiento decretado tras Sentencia civil de incapacitación; y STC 129/1999, de 1 de julio, FJ 3, resolviendo cuestión de inconstitucionalidad sobre el párrafo segundo del art. 211 del Código civil, regulador entonces del internamiento cautelar en el orden civil].

Conviene tener presente asimismo en esta materia lo dispuesto en tratados y convenios internacionales suscritos por España, habiendo recordado recientemente al respecto que «las disposiciones tanto de los tratados y acuerdos internacionales… en la medida que "pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales" (STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6), puedan constituir "valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce" (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 3;y 248/2005, de 10 de octubre, FJ 2; Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6; y en sentido similar, STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6), convirtiéndose así en "una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional" [SSTC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a); y 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5], quien precisará su concreto contenido, entonces, "a partir de la concurrencia, en su definición, de normas internacionales y normas estrictamente internas" (Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6)» (STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12; también, STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 4).

Así, el derecho a la libertad personal y a la seguridad personales reconocido en el art. 9.1 del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos de 1966, con la consiguiente garantía de legalidad en su restricción, ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos

de la ONU (cuyas resoluciones también hemos considerado fuente interpretativa válida: entre otras, SSTC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3; y 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 4) en el sentido de que tal derecho resulta «aplicable a todas la formas de privación de libertad… como por ejemplo las enfermedades mentales».

Considerando por ello su repercusión directa sobre el derecho fundamental a la libertad personal, este Tribunal ha declarado que «la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 CE» (STC 129/1999, de 1 de julio, FJ 2). De ahí que hayamos declarado la inconstitucionalidad, por ausencia del debido rango legal orgánico, de los concretos apartados de la norma en vigor que determinan la decisión del internamiento: así, respecto del ya citado art. 211 del Código civil (STC 131/2010, de 2 de diciembre, FJ 6 y fallo); y en cuanto al art. 763.1 de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil —que derogó al anterior— (STC 132/2010, de 2 de diciembre, FJ 3). En ambos casos, no obstante, optamos por un pronunciamiento de inconstitucionalidad sin nulidad de las disposiciones, al no haberse cuestionado su contenido material y atendiendo al vacío no deseable que de otro modo se hubiera creado dentro del ordenamiento. Instamos entonces al legislador a que «a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica» (STC 132/2010, FJ 3), sin que a día de hoy este requerimiento haya sido todavía atendido, por lo que procede reiterarlo.

2. Requisitos legales para la adopción de la medida cautelare civil de internamiento involuntario.

En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 763 LEC regula los requisitos y actos esenciales para la adopción de la medida cautelar civil de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Ésta podría también imponerse como medida definitiva en la Sentencia que declare la incapacidad del demandado (art. 760.1 LEC), en cuyo caso el precepto es aplicable también para articular la revisión judicial de la medida cada seis meses —o plazo inferior, si así se fija— en previsión de un esperable o eventual, según el caso, cambio de circunstancias.

Interesa detenernos, a los efectos de este amparo, en las condiciones fijadas para el internamiento urgente por el mismo precepto, cuyo régimen le fue aplicado al aquí recurrente. En este supuesto el legislador permite excepcionalmente y por «razones de urgencia que hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida», que el responsable de un centro médico pueda ordenar el internamiento de una persona por razón de trastorno psíquico, con la obligación de comunicarlo al órgano judicial competente, a la sazón el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique el centro, para que provea a la ratificación o no de la medida, previa realización de las diligencias determinantes a este fin:

a) Se configura como presupuesto objetivo de la medida la existencia en la persona de un trastorno psíquico, al que viene a sumarse la circunstancia de la «urgencia» o necesidad inmediata de la intervención médica para su protección. El significado de lo que ha de entenderse por trastorno psíquico, transitorio o permanente, en línea con lo dispuesto en instrumentos internacionales, remite a los conocimientos propios de la ciencia médica; sin que en ningún caso puedan considerarse como expresión de trastorno o enfermedad mental la discrepancia del afectado con los valores sociales, culturales, políticos o religiosos imperantes en la comunidad.

b) La procedencia de la medida y su completa duración, deben satisfacer en cada caso concreto los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

La fase extrajudicial del internamiento urgente se encuentra determinada en su validez por el cumplimiento de cuatro exigencias básicas derivadas del respeto al derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE), cuales son:

a) Existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento inmediato: si bien el responsable del centro médico está facultado para tomar

ab initio la decisión de internar a la persona, es evidente que esto se condiciona al hecho de que consten acreditadas en ese momento y tras su reconocimiento, la necesidad y proporcionalidad de la medida, de la que ha de informarse al interesado hasta donde le sea comprensible, debiendo quedar plasmado por escrito el juicio médico para su posterior control por la autoridad judicial.

b) Información al afectado o su representante acerca del internamiento y sus causas: resulta evidente que nadie puede ser privado de libertad sin conocer los motivos que lo determinan, como proclama el art. 17.3 CE para la detención.

c) Obligación del centro de comunicar al Juez competente el internamiento y los motivos que lo justificaron, en el plazo de 24 horas: la imposición de un límite temporal ha de venir impuesto por la norma legal de desarrollo, en este caso el ya citado art. 763 LEC, donde se señala que «el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida».

Plazo que el legislador actual o futuro no podría elevar en ningún caso más allá de las setenta y dos horas, al resultar vinculante en este ámbito privativo de libertad la limitación que fija el art. 17.2 CE para las detenciones extrajudiciales, el cual, como tenemos declarado, no opera con carácter exclusivo en el orden penal (SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6; 179/2000, de 26 de junio, FJ 2; y 53/2002, de 27 de febrero, FJ 6).

Se trata, en todo caso, no de un plazo fijo sino máximo, que por ende no tiene que agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente. De este modo, la comunicación al Tribunal habrá de efectuarla el director del centro en cuanto se disponga del diagnóstico que justifique el internamiento, sin más demora, siendo que las veinticuatro horas empiezan a contar desde el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad. Precisión esta última importante, en aquellos casos en los que la persona ha podido acceder inicialmente al tratamiento de manera voluntaria y en algún momento posterior exterioriza su cambio de criterio, siendo en ese preciso momento cuando, tornándose en involuntario, se precisará la concurrencia de los requisitos del art. 763.1 LEC para poder mantener el internamiento, empezando simultáneamente a correr el cómputo de las 24 horas para comunicarlo al órgano judicial.

En todas aquellas situaciones donde el centro médico responsable incurra en exceso del plazo legal de las veinticuatro horas, la tutela judicial del afectado podrá ser recabada mediante el procedimiento de *habeas corpus* por su representante o familiares, aplicable también a este ámbito del internamiento *ex* art. 1 b) de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo («Las [personas] que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar»).

d) Control posterior sobre el centro: desde que tiene lugar la comunicación antedicha ha de considerarse que la persona pasa a efectos legales a disposición del órgano judicial, sin que ello exija su traslado a presencia física del Juez, como hemos tenido ocasión de precisar en el ámbito de las detenciones judiciales (SSTC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 4; y 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 5). Traslado que además tratándose de internamiento psiquiátrico contradiría la necesidad misma de la medida, de allí que lo normal es que el examen judicial directo del afectado se realice en el propio establecimiento hospitalario. En todo caso, el director de este último sigue siendo responsable de la vida e integridad física y psíquica del interno mientras no acuerde el alta, bien por orden judicial o porque a criterio de los facultativos encargados se aprecie que han desaparecido o mitigado suficientemente las causas que motivaban el internamiento; incluso cuando tal ratificación judicial ya se hubiere producido.

Por lo que respecta a la fase de control judicial en el internamiento urgente, expresión en nuestro sistema procesal del procedimiento revisor resulta exigible *ex* art. 17.1 CE y que en este ámbito garantiza también el art. 5.4 del Convenio europeo para la protección de los derechos

humanos y de las libertades fundamentales, y se regula en el propio art. 763 LEC que fija un plazo de setenta y dos horas, desde que se produce la comunicación al Tribunal competente de que ha tenido lugar la adopción de la medida por el centro, para que aquél practique las pruebas y ratifique el internamiento o, en caso contrario, ordene su cesación.

Interesa poner de manifiesto que el juicio de ratificación comprende desde luego la consideración del estado mental del interno a la fecha en que tienen lugar las pruebas judiciales sobre su persona, pero también la procedencia del internamiento cuando se adoptó por el responsable sanitario, esto es, la revisión de lo actuado por éste: primero porque el Juez, que es quien garantiza la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), independiente (art. 117.1 CE) e imparcial (art. 24.2 CE) de los derechos del interno, debe determinar si la medida estuvo justificada en su origen, pues lo contrario llevaría a convertir la fase extrajudicial previa en un limbo sin derechos para el afectado. Pero segundo, porque si aparecen dudas fundadas acerca de la no necesidad de la medida en aquel primer instante y, sin embargo, sí parece justificarse *a posteriori* con el resultado de las pruebas judiciales, deberá dilucidar el Tribunal si ello se debe a la implementación —o no— de un tratamiento inadecuado para el paciente, lo que dejando al margen otras consecuencias legales, podría ser justo motivo para no ratificarla.

Como garantías propias de esta fase del procedimiento, cohonestadas directamente con el derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE), aparecen las siguientes:

a) El Juez ha de informar al interno o a su representante acerca de su situación material y procesal, lo que implica a su vez el derecho del afectado (o su representante en su nombre) a ser oído personalmente dentro del procedimiento.

Además y conforme recoge expresamente el art. 763.3 LEC, el privado de libertad también será informado de su derecho a contar con Abogado y Procurador en este trámite y de su derecho a la práctica de pruebas.

b) En el plano probatorio, además de efectuar el examen directo del interno en el centro, el Juez proveerá a la práctica del reconocimiento pericial por un médico designado por él.

c) Sin duda una de las principales garantías de este marco regulador del internamiento urgente lo constituye el límite temporal del que dispone el Juez para resolver, inédito hasta la aprobación de la LEC 1/2000. La base constitucional de dicho plazo, al tratarse de una privación de libertad judicial, no reside en el art. 17.2 CE, sino el art. 17.1 CE, como tenemos ya dicho (SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 2).

El plazo ha de considerarse improrrogable, tal como hemos reconocido con otros plazos de detención judicial que desarrollan el art. 17.1 CE [SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4 B); y 180/2011 de 21 de noviembre, FFJJ 5 y 6]. Por tanto no puede mantenerse el confinamiento de la persona si a su expiración no se ha ratificado la medida, ni cabe aducir dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora, ni puede considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el Auto y éste resulte confirmatorio. Vencido el plazo no desaparece la facultad del Juez para ordenar el internamiento, pero si éste se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad, sin perjuicio de que tras esa ratificación deba ejecutarse la orden judicial con todos sus efectos. Otra interpretación llevaría a vaciar de contenido el límite previsto, confundiría lo que es una dilación procesal indebida con la lesión injustificada del derecho a la libertad e introduciría un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente.

Como consecuencia, la superación del plazo de las setenta y dos horas conllevará la vulneración del derecho fundamental del art. 17.1 CE.

En fin, las infracciones del procedimiento cometidas por el órgano judicial resultarán denunciables ante este mismo en orden a su inmediata reparación, solicitando una respuesta y en su caso recurriéndola. No obstante, en esta materia de internamiento involuntario civil hemos dejado abierta la puerta, en casos de inactividad objetiva del órgano judicial, para poder acudir al procedimiento de habeas corpus ante el Juez de instrucción competente en procura de la necesa-

ria tutela de la libertad (STC 104/1990, de 4 de junio, FJ 3).

3. Análisis del caso concreto.

Sentadas las consideraciones precedentes, nos hallamos ya en condiciones de pronunciarnos sobre el fondo de las quejas interpuestas en el presente recurso de amparo. El examen de las actuaciones habidas en el caso determinan, en primer lugar, que se produjo la lesión del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) del recurrente en amparo de tres maneras diferentes:

a) En cuanto al cumplimiento de los plazos legales: estando acreditado que el demandante de amparo ingresó en el Hospital Universitario San Cecilio de la ciudad de Granada el día 2 de mayo de 2007, cuando se ordena su internamiento por diagnóstico de trastorno bipolar y que la comunicación al Juzgado competente se produce al día siguiente, según consta en el hecho primero del Auto del Juzgado, no hubo superación del plazo de las veinticuatro horas por parte del centro médico.

El Juzgado encargado del caso, sin embargo, no cumplió con el límite de las setenta y dos horas que le correspondía. Así, dictándose providencia de apertura del procedimiento el 4 de mayo de 2007, tenía el deber de haber dictado el respectivo Auto resolutorio el 7 de mayo tras la práctica de las pruebas. En cambio y sin constancia en las actuaciones de ningún obstáculo impeditivo, el Magistrado-Juez espera hasta el 9 de mayo, es decir, ya fuera de plazo, para constituirse con el médico forense en el hospital de referencia, sito en la misma ciudad del Juzgado y practicar el examen judicial y pericial del interno. Con todos los datos en su poder, sin embargo, tampoco resuelve de inmediato sino que de nuevo sin exponer motivo alguno el procedimiento se dilata doce días más, hasta el 21 de mayo. Antes de esa fecha, se produce un hecho tan importante como el alta médica del recurrente el 16 de mayo; alta que fue comunicada antes del día 21 al Juzgado.

En total, el Juzgado incurrió en un exceso de catorce días respecto de la fecha de vencimiento del plazo legal. El plazo de las setenta y dos horas, como ya se ha razonado en esta Sentencia, devenía improrrogable y no podía ser demorado ni siquiera aduciendo carga excesiva del Juzgado. Mas ni siquiera el Auto resolutorio intenta excusar este incumplimiento, limitándose a pronunciar su decisión como si el trámite hubiera discurrido con total normalidad, lo que claramente no ocurrió. Lejos después de censurar este hecho, la Audiencia Provincial califica este exceso como «leve y razonable demora», trasladando toda la responsabilidad al centro médico en cuanto a su obligación de conceder el alta. Todo ello determina que el recurrente estuvo, en todo caso, privado ilegalmente de su libertad entre el 7 de mayo de 2007 y el 16 de mayo de 2007.

b) En segundo lugar, ha de darse la razón al recurrente cuando se queja de no haber recibido la necesaria información sobre sus derechos dentro del procedimiento, ni en cuanto a designar Abogado y Procurador para su defensa, ni sobre la práctica de posibles pruebas pertinentes. Las actuaciones remitidas muestran la ausencia de cualquier diligencia de notificación de tales derechos y en el acta de examen personal del interno levantada por el Sr. Magistrado-Juez, ninguna alusión se hace a esa puesta en conocimiento de sus derechos. Como ya hemos establecido, ese derecho a la información se integra por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como una garantía propia del derecho a la libertad personal y su omisión además de infringir el propio art. 763.3 LEC y no es constitucionalmente aceptable.

No cabe hablar estrictamente de la denegación de ciertas pruebas, como la testifical de algunos parientes del recurrente o de la aportación de otro dictamen pericial, como se queja la demanda de amparo, porque formalmente no hubo ni siquiera una petición que fuese rechazada. El problema arranca antes: faltando la información sobre el derecho a la defensa jurídica y a la prueba, estos sencillamente no pudieron ser ejercitados. En este concreto ámbito, en el que la persona interna se halla prácticamente indefensa mientras está encerrada, la ley y la jurisprudencia de derechos humanos impone que el órgano judicial tome la iniciativa en la información, no presuponer su conocimiento por el afectado, como erróneamente sostiene el Auto de la Audiencia Provincial para disculpar lo sucedido,

ni tampoco dar por cubierta esa defensa con la presencia del Ministerio Fiscal, el cual actúa en defensa de la legalidad y no como defensor judicial del interno, quien ha de tener por tanto siempre su propia voz y defensa dentro del procedimiento, ya que en este momento procesal no está declarado incapaz. El resultado es una nueva lesión del derecho fundamental del art. 17.1 CE del recurrente.

c) Respecto del contenido de la decisión adoptada en el Auto de 21 de mayo de 2007, ratificando la medida de internamiento, entendemos que ésta carece de la motivación reforzada que le era exigible, teniendo en cuenta su incidencia como medida privativa de la libertad personal (SSTC 251/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 120/2008, de 13 de octubre, FFJJ 2 y 3; 191/2009, de 28 de septiembre, FJ 4 y 179/2011, de 21 de noviembre, FFJJ 3 y 5).

El citado Auto, tras efectuar la transcripción completa del art. 763 LEC e invocar «las actuaciones realizadas y… los informes obrantes en autos», afirma que el recurrente «tiene anuladas sus capacidades cognitivas y volitivas, y su estado de salud requiere de una intervención inmediata», por lo que considera «correcta y adecuada la medida».

Dicha respuesta ha de considerarse objetivamente incorrecta, porque el material de convicción del que el Juzgado dispuso para resolver, esto es, el informe de un folio del hospital universitario remitido el 3 de mayo de 2007, el acta de examen judicial personal del recurrente y el informe del médico forense, no permiten llegar al diagnóstico que describe el Auto en su fundamento segundo. Ninguno de esos informes ni tampoco el acta hablan de anulación de capacidades, ni cognitivas ni volitivas, del recurrente; limitándose los dos primeros (periciales) a referir un estado de trastorno bipolar de éste, y el acta judicial el resultado de su conversación con el Sr. Magistrado-Juez, sin ningún altibajo o anomalía en la conducta del interno referida en el acta y menos aún la constatación de un estado de enajenación fundante de la necesidad de mantenerle interno. Que tanto el informe del hospital como también el del médico forense, recomendaran en un texto pre-impreso que continuara el internamiento, sin una concreta argumentación acerca de la necesidad y proporcionalidad de la medida, esto es, sin explicar por qué no hubiera bastado con un tratamiento ambulatorio para tratar el referido trastorno, como al parecer ya venía sucediendo con el recurrente, hace indebida su asunción acrítica por el Juzgado, quien ante ese vacío debió solicitar como mínimo aclaraciones o ampliación de su informe al médico forense, fuese para dar por ciertas aquellas notas de necesidad y proporcionalidad, fuese para no ratificar la medida caso de no obtener una opinión científica convincente. No habiéndolo hecho así, no cabe considerar, ni razonable ni dotada de la debida motivación reforzada, su decisión.

Por lo demás y ahondando en esa falta de razón, el Auto no solamente no hace ninguna referencia al alta médica del recurrente el 16 de mayo de 2007, que ya conocía y que como mínimo circunscribía la ratificación al periodo anterior a esa fecha; sino que se incluye un requerimiento a la Unidad de Salud Mental del Hospital Universitario San Cecilio, «en la que se halla actualmente» —dice— el recurrente, para el seguimiento futuro de la medida (a saber: comunicar al Juzgado cualquier cambio de residencia y remitir informe acerca de su estado cada seis meses), cuyo contenido evidencia su desfase con la realidad de los hechos.

Nada se reconsidera tampoco en este punto en apelación, donde el Auto de la Audiencia parte de rechazar de plano cualquier control judicial en momento anterior a la práctica de las pruebas por el Juzgado, tesis que ya hemos rechazado aquí expresamente (fundamento jurídico 6) y se limita a considerar adecuada la valoración de medios hecha por el Auto de primera instancia.

8. Procede por tanto el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE) del demandante y la declaración de nulidad de los dos Autos impugnados. No obstante la Sentencia ha de tener efectos puramente declarativos, sin acordar retroacción alguna de las actuaciones destinada a subsanar la omisión de derechos dentro del procedimiento, teniendo en cuenta la situación de libertad del recurrente materializada tras aquel alta médica y que la tutela de su derecho fundamental queda garantizada con los pronunciamientos indicados, siguiendo así la

doctrina de este Tribunal fijada para situaciones similares (SSTC 12/2007, de 15 de enero, FJ 4; 169/2008, de 15 de diciembre, FJ 7 y 179/2011, de 21 de noviembre, FJ 6).

Finalmente el ejercicio de las potestades atribuidas a este Tribunal por el art. 86.3 LOTC, en materia de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la publicación y difusión de sus resoluciones, se ha resuelto que la presente Sentencia no incluya la identificación completa del recurrente, con el fin de respetar su intimidad teniendo en cuenta los hechos del caso (SSTC 114/2006, de 5 de abril, FJ 7; 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 9; y 77/2009, de 23 de marzo, FJ 5).

TRIBUNAL SUPREMO

GUARDA Y CUSTODIA

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª María y D. Obdulio contrajeron matrimonio en 1999. Tuvieron tres hijos, Karlota, Peru y Telmo, cuyas edades en el momento de formular la demanda en 2008 eran de 4 años y 10 meses, 3 años y medio y 23 meses respectivamente. El menor, Telmo, nació con síndrome polimalformativo congénito, lo que le ha obligado a una larga hospitalización, quedando aquejado de diversas patologías y requiriendo una atención constante durante las 24 horas del día.

D.ª María presentó demanda de divorcio en 2008; además pidió que se establecieran medidas provisionales, que fueron acordadas por auto de 17 de julio de 2008, que fueron las siguientes: a) la guarda y custodia de los hijos se atribuyó a la madre demandante, con derecho de visitas a favor del padre; b) se atribuyó el domicilio a la progenitora custodia, y c) se estableció una pensión de alimentos con cargo al padre.

En su contestación a la demanda, D. Obdulio pidió la atribución de la guarda y custodia compartida de forma semanal y que subsidiariamente se le atribuyese de forma exclusiva, así como otras cuestiones.

El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 6 de Bilbao dictó sentencia el 4 de noviembre de 2008, acordando el divorcio y decidiendo lo siguiente: a) respecto a la guarda y custodia compartida pedida por el padre demandado, y después de valorar los diferentes informes, acordó que se atribuyese de forma exclusiva a la madre, con un amplio y flexible derecho de visitas al padre; b) fijó una pensión alimenticia a cargo del padre; c) atribuyó a los menores y a la madre la vivienda familiar, y d) estableció que los gastos extraordinarios que enumeraba debían ser sufragados por los padres por mitad.

En grado de apelación la Sec. 4.ª de la AP de Vizcaya dictó Sentencia el 14 de diciembre de 2009, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el padre. Señaló que la denuncia del recurrente sobre la infracción de su derecho a la tutela judicial efectiva por no haberse admitido la prueba propuesta en la segunda instancia, se había resuelto ya en los autos de 17 junio y 24 septiembre 2009. Respecto del fondo, se argumentó lo siguiente: a) la valoración de la prueba no podía ser considerada como ilógica o irracional; b) no se podía admitir la petición subsidiaria de que se acordara una guarda y custodia compartida porque no existía acuerdo entre los cónyuges, el Ministerio Fiscal había informado desfavorablemente y «el beneficio de los menores tampoco aconsejaría su adopción, pues la falta de comunicación de los progenitores que pone en evidencia el informe pericial judicial, dificultaría gravemente su puesta en práctica pudiendo ser origen de conflictos innecesarios»; c) el importe fijado como pensión alimenticia por el juzgador de instancia se correspondía al nivel de vida que se había mantenido constante matrimonio.

D. Obdulio interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, estimándose el primero y acordando el Tribunal Supremo la nulidad de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial y reponiendo las actuaciones al momento de admisión de la prueba en segunda instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el recurso extraordinario por infracción procesal hay dos bloques básicos, el relativo a la admisión de la prueba en la segunda instancia y el relativo a la motivación. Por razones de método, se examinará en primer lugar el referido a la admisión de la prueba. Los argumentos están recogidos en la parte del recurso señalada con la letra A, que bajo el epígrafe «en relación con la guarda y custodia de los hijos, señala que se ha vulnerado el art. 24 CE, por haberse rechazado la práctica de pruebas necesarias para determinar la protección del interés de menor. Estas pruebas son las siguientes: a) testificales-periciales, referidas a la enfermedad de Telmo; b) pericial psiquiátrica; c) testificales diversas y, d) testifical psicológica. Dice que al no haberse admitido en primera instancia una serie de pruebas, el recurrente pidió en segunda instancia que se llevaran a cabo pruebas diversas de peritos psicólogos, sobre todo en lo relativo a las necesidades del hijo menor, Telmo, afectado por el síndrome polimalformativo congénito. Y todo ello con la finalidad de que se pudiera acordar un sistema de guarda y custodia compartida que beneficiara a los hijos. El auto de la AP de Bizkaia, sección 4.ª, de 17 junio 2009 denegó la petición sobre la base de que habían sido ya presentadas en la 1.ª instancia y se habían denegado correctamente por las siguientes razones : a) una testifical pericial, porque era evidente el síndrome que padece el hijo Telmo, ya que no son hechos controvertidos ni la propia enfermedad, ni su alcance, ni las necesidades de atención especializada; b) respecto a la pericial psiquiátrica, porque no existe ninguna evidencia de que ninguno de los progenitores presente patología alguna que les incapacite para ejercer la guarda y custodia de los hijos; c) respecto a la prueba de contenido patrimonial, porque hay suficientes datos en el procedimiento; d) las periciales testificales propuestas son innecesarias porque sus informes se unieron como prueba documental; e) son innecesarias las pruebas referidas a la disponibilidad horaria del recurrente, y f) respecto de la prueba pericial psicológica solicitada en base a la existencia de hechos nuevos, no se admitió «porque nada se razona sobre la improcedencia de su inadmisión, siendo evidente, y a salvo de acontecimientos excepcionales que aquí no concurren, que no puede tener consideración de hecho nuevo con relevancia el proceso de adaptación de unos menores ante la ruptura de sus padres». El recurso contra este auto fue desestimado por el auto de 24 septiembre 2009.

El Ministerio Fiscal apoya la estimación del recurso.

La AP de Bizcaia argumenta la denegación de la admisión de estas pruebas en la segunda instancia porque no se produce el supuesto del art. 460.2,2.ª LEC, al haberse denegado debidamente en la instancia la prueba pedida por el ahora recurrente, por considerarse innecesaria para esclarecer los hechos controvertidos.

Sin embargo, la regla de la prueba presenta una excepción en el art. 752 LEC, que evita la aplicación en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, del art. 271.1 LEC y del propio art. 460 LEC, dada la naturaleza del objeto del proceso. De este modo, el art. 752.1 LEC contiene reglas sobre la prueba, de naturaleza diversa a las que rigen en los procesos generales, que son: a) la posibilidad de alegar e introducir prueba a lo largo del procedimiento, y b) que el Tribunal decrete de oficio cuantas pruebas estime pertinentes.

Esta Sala ha aplicado esta disposición en las SSTS 660/2011, de 5 octubre; 397/2011, de 13 junio y 258/2011, de 25 abril, entre otras.

Por estas razones, 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 del menor Telmo, constituye una violación del art. 24 CE, que ha producido indefensión en el ahora recurrente.

Esta indefensión es tanto más patente cuanto que la argumentación sobre la atribución de la guarda y custodia de forma exclusiva a la madre, la efectúa la sentencia recurrida sobre la única razón de la «falta de comunicación» entre los cónyuges, motivación que resulta insuficiente, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Por ello se estima el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, identificado bajo el epígrafe «en relación con la guarda y custodia de los hijos», con las letras A-1- A-6.

La estimación del motivo señalado con la letra A del recurso extraordinario por infracción procesal determina que esta Sala no deba examinar el resto de los motivos de este recurso y tampoco el recurso de casación.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 476.2, 4 LEC, al estimarse el recurso extraordinario por infracción procesal, por haberse vulnerado el art 24 CE, y haber producido indefensión al recurrente, la Sala anula la sentencia recurrida y ordena que se repongan las actuaciones en el momento en que se incurrió en la infracción que produjo la indefensión, esto es, la denegación de la prueba pedida por el recurrente, apelante, en segundo instancia por auto de 17 junio 2009, confirmado por el auto de 24 de septiembre de 2009. La Sala debe examinar cuáles de las pruebas propuestas por el recurrente/apelante son necesarias en relación con el interés de los menores y proceder a su realización.

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Torcuato y D.ª María Teresa contrajeron matrimonio en 1996. Tienen dos hijas, Laura y Visitación. D. Torcuato en el momento del divorcio sufría una distonía focal.

D.ª María Teresa interpuso una demanda contenciosa de divorcio, que se transformó en divorcio por acuerdo mutuo al firmar los cónyuges el convenio regulador, homologado por la sentencia de 19 septiembre 2006. Los acuerdos de dicho convenio, en lo referente a la guarda y custodia de las hijas fueron: a) que en atención a las circunstancias personales y laborales del padre, las hijas permanecerían en compañía de la madre durante los días lectivos de la semana, y b) se establecía un sistemas de visitas y convivencia con el padre los fines de semana, regulándose asimismo lo relativo a los festivos y vacaciones.

La madre y las hijas viven en la actualidad en la vivienda familiar situada en Madrid.

D. Torcuato interpuso demanda de modificación de medidas contra D.ª María Teresa solicitando que se dicte sentencia acordando: 1.º Atribuir la guarda y custodia compartida de las menores Laura y Visitación a ambos progenitores D.ª María Teresa y D. Torcuato, estableciendo un régimen mensual alternativo de custodia. La patria potestad será compartida por ambos progenitores. 2.º El régimen de visitas será alternativo para cada uno de los progenitores, estableciéndose los fines de semana alternos, con independencia de quién ejerza en cada mes la guarda y custodia. En cuanto a las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, se repartirán por mitad entre ambos progenitores, eligiendo los años pares la madre y los impares el padre. En todo caso ambos progenitores facilitarán las comunicaciones fluidas con el otro progenitor y comunicarán el lugar donde se pasen las vacaciones. 3.º El uso y disfrute del domicilio familiar sito en Madrid, en la calle ..., se atribuye a las hijas menores Laura y Visitación, en compañía del progenitor con el que convivan en cada periodo mensual. 4.º D.ª María Teresa podrá disfrutar de uso y disfrute del piso anejo al anterior sito en Madrid, en la calle ..., en los periodos en los que no conviva con las hijas comunes. 5.º D. Torcuato entregará a D.ª María Teresa las cantidades acordadas en el Convenio Regulador de fecha 7 de julio de 2006 para las hijas comunes durante los periodos que convivan con la madre y atenderá en todo caso la totalidad de los gastos extraordinarios de dichas menores. 6.º D. Torcuato entregará a D.ª María Teresa la cantidad estipulada en concepto de pensión compensatoria en el Convenio Regulador de fecha 7 de julio de 2007, hasta que se cumplan los diez años acordados».

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de D.ª María Teresa, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... Dicte resolución desestimando la demanda de modificación de medidas interpuesta de contrario, confirmando las medidas establecidas en la Sentencia de Divorcio de fecha 19 de septiembre de 2006, con expresa condena en costas al actor».

El Ministerio Fiscal presentó escrito alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: «... Se dicte sentencia de conformidad con lo probado y acreditado en autos».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid dictó Sentencia el 21 de julio de 2008 desestimando la demanda, aunque estimando la pretensión deducida por el Ministerio Fiscal en las conclusiones formuladas en el acto de la vista se acordó ampliar el régimen de visitas, comunicaciones y estancias del padre con las dos hijas menores de edad establecido en el expresado convenio regulador en el sentido en los términos que se indican en el fundamento jurídico quinto de esta sentencia. Se impusieron las costas de la primera instancia a la parte actora, que ha visto rechazadas todas las pretensiones deducidas.

En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 29 de mayo de 2009, estimando el recurso interpuesto por el padre en el único sentido de dejar sin efecto la condena en costas.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Juzgado de Primera Instancia entendió que los hechos nuevos alegados no reunían estos requisitos, ya que: a) «porque de no tener los progenitores su domicilio en la misma población, los cambios de progenitor custodio comportarían cambio de domicilio de los menores de una a otra población y cambios de colegio que harían totalmente inviable una guarda exclusiva sucesiva por periodos alternos, tal como propone el actor. La segunda porque el padecimiento por un progenitor de enfermedades físicas invalidantes para el desarrollo de tareas o funciones de la vida diaria del propio enfermo, le inhabilitan para el ejercicio de una guarda conjunta en la medida en que dentro de la misma están comprendidas funciones de protección material y cuidado de los menores que el progenitor custodio ha de estar en condiciones físicas de poder realizar»; b) ello haría viable el ejercicio de una guarda compartida, pero este no es el único sistema posible de protección, porque se requiere que ambos progenitores estén de acuerdo en los criterios para la crianza de los hijos comunes, siendo «imprescindible la plena coincidencia de los padres en los valores éticos o humanos que deben presidir la educación y formación de los hijos [...]»; c) no concurrían las condiciones porque las relaciones entre los progenitores no son buenas, el informe psicosocial desaconsejaba el cambio de medidas, la ex esposa deseaba distanciarse del padre y los estilos educativos diferentes hacían que no concurrieran las condiciones requeridas para la modificación de medidas, y d) sin embargo, se consideró que debía ampliarse el régimen de visitas, de acuerdo con la petición del Ministerio Fiscal.

La sentencia de la Audiencia Provincial utilizó los siguientes argumentos para desestimar la petición del padre: a) rechazó la petición de planteamiento de la cuestión prejudicial europea, la cuestión de inconstitucionalidad del art. 92 CC y la indefensión alegada; b) respecto al fondo del asunto, señaló que «no se justifica la pretensión planteada sobre la custodia compartida, por el hecho de que hayan variado las circunstancias personales y materiales o profesionales del progenitor que no tiene la custodia, si no obstante tal variación, por el contrario, existe prueba suficiente del actual bienestar, en todos los sentidos, de los hijos de la situación que viven cotidianamente en compañía de la madre», «no existiendo dato que permita afirmar que la madre no cumpla adecuadamente con el ejercicio de tal función de custodia de las mismas, pues dichas hijas actualmente se encuentran integradas y adaptadas a su organización familiar actual, si bien se acepta por parte de aquéllas la comunicación y el contacto con el padre en los periodos de visitas».

1. Recurso extraordinario por infracción procesal.

Uno de los motivos del recurso se funda en la desestimación de la interposición del incidente de prejudicialidad europea (art. 469.1,3 LEC, en relación al art. 234 del Tratado de la UE y el art. 96.1 CE). El recurrente solicitó el planteamiento de esta cuestión en el acto del juicio oral; se repitió en el recurso de apelación, siendo rechazado en la sentencia que se recurre. Señala que el tribunal nacional no puede dejar de presentar este incidente para que se considere si la normativa interna es o no adecuada a la europea. La razón estriba en la vulneración por el proceso civil, de los arts. 1, 10, 14 y 24 CE y ello en la interpretación que se les debe dar al amparo de los arts. 3.1, 6, 7, 20, 21, 23, 24, 33 y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, los arts. 2 y 3 del Tratado Constitutivo de la UE y el principio jurídico de no discriminación conte-

nido en el art. 14 del Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales, ya que existe una discriminación indirecta contra el hombre, puesto que el único argumento de la sentencia para justificar un régimen privilegiado para la madre es que ésta ha ejercido satisfactoriamente la guarda y custodia y que ello no ha sido perjudicial para las niñas. En estas actuaciones, el padre solicita un régimen de custodia que comporta un reparto de tareas y a pesar de admitirse la guarda y custodia compartida en nuestro derecho interno, constituye una discriminación indirecta por motivos sexuales, compuesta por normas de derecho interno contrarias al derecho comunitario, violando el capítulo relativo a la igualdad en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE promulgada en el año 2000.

El motivo se desestima.

Se formula en este motivo del recurso extraordinario por infracción procesal la cuestión relativa a la necesidad de presentar una cuestión prejudicial europea, por haberse vulnerado las reglas del Tratado de la UE que protegen el Principio de igualdad y la Carta de los derechos fundamentales de la UE. La respuesta debe ser negativa por las siguientes razones:

a) De acuerdo con el art. 234 TCE, «El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación del presente Tratado; [...] Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo [...]». De acuerdo con esta disposición, no concurren en el presente supuesto los requisitos exigidos en el Tratado CE, porque no presenta ninguna duda sobre derecho europeo. La cuestión prejudicial de interpretación es el instrumento privilegiado del que dispone el Tribunal de Justicia para desempeñar su función de garante de la interpretación y aplicación uniforme del derecho comunitario y al no tratarse de derecho comunitario, es imposible acceder a la petición relativa a la prejudicialidad.

b) La protección del principio de igualdad entre hombre y mujer no requiere la interposición de una cuestión prejudicial ante el Tribunal europeo, porque su incorporación al ordenamiento jurídico español en el art. 14 CE y su imposición a los progenitores en el art. 39 CE determina que sea el derecho interno el que debe aplicarse para resolver la cuestión planteada.

c) La cuestión de prejudicialidad se circunscribe solo a la interpretación del derecho comunitario. La respuesta del TJCE debe ser necesaria para la solución de un caso real, de modo que la cuestión prejudicial sea imprescindible para su solución.

Ninguna de estas condiciones se encuentra en el presente litigio, que no requiere el recurso a la legislación europea para la solución del caso.

El segundo motivo del recurso por infracción procesal se presenta al amparo del art. 469, 1,2 LEC, denuncia la falta de motivación de la sentencia (art. 24.1 CE, art. 11.1 y 3 LOPJ y art. 208.2 LEC) y la valoración de la prueba (art. 752.2 LEC). En realidad, contiene diferentes submotivos:

Falta de motivación de la negativa a presentar una cuestión de inconstitucionalidad relativa a la exigencia de que concurra informe favorable del Ministerio Fiscal para declarar la custodia compartida. Esta disposición supone una extralimitación de las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal que invade las competencias otorgadas al juez por imperativo constitucional. No se estima. El problema denunciado no se plantea en el presente recurso, puesto que la sentencia ahora recurrida basa su argumentación en el informe de los servicios psicosociales, que analiza y no en el informe del Ministerio Fiscal, al que se hace referencia. Además, en este momento, se ha admitido a trámite el recurso, con el informe del Fiscal.

Errónea valoración de la prueba. Se basa la sentencia en que las niñas han manifestado el deseo de continuar con la madre, lo que se deduce del informe psicosocial, cuando éste reconoce inequívocamente que se reúnen para la viabilidad de la guarda y custodia compartida, aunque sus conclusiones son contradictorias. No se estima. La valoración de la prueba del informe de los servicios psicosociales debe ser

asimilada a la de los peritos, aunque tenga una naturaleza no totalmente equiparada al informe pericial. La STS 660/2011, de 5 octubre, dijo que el juez debe valorar los informes periciales de acuerdo con lo que dispone el art. 348 LEC. De este modo, solo cuando dicha valoración no respete «las reglas de la sana crítica», podrá impugnarse, pero no es aceptable la sustitución de la estimación efectuada por el juez por la realizada por el recurrente.

2. Recurso de casación.

El recurso de casación está dividido en dos motivos, aunque el primero se divide en tres submotivos. Se formula porque el recurrente entiende que presenta interés casacional, al amparo del art. 477, 1, 3 LEC. Su enunciado dice que la sentencia recurrida afirma que se requiere acreditar la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley para la modificación de las medidas referentes a la guarda y custodia de las hijas y que no se ha atestiguado que tal régimen sea el único sistema de guarda capaz de proteger el interés de los menores, lo que entra en contradicción con lo sentado en otras sentencias y en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales.

El primer motivo se encuentra dividido en tres submotivos y se resume de la siguiente manera: 1.º) la compatibilidad o no del sistema de guarda compartida con el ordenamiento jurídico español, con cita de dos sentencias de la AP de Madrid y dos de la AP de Valencia, que entienden que la guarda compartida es compatible con el ordenamiento jurídico español; 2.º) sobre la idoneidad o inidoneidad genérica del sistema de custodia compartida para la mejor protección del supremo interés de los menores, y 3.º) sobre la excepcionalidad o generalidad del sistema de custodia compartida en la resolución de los conflictos sobre guarda de menores.

Los tres submotivos se desestiman.

Debe repetir esta Sala la argumentación contenida en la STS 659/2011, de 3 octubre, formulada en un recurso de casación prácticamente idéntico. Se resumen a continuación los argumentos principales, aplicables en este recurso:

a) El interés casacional lo constituye no la simple diferencia entre sentencias pronunciadas por las Audiencias Provinciales y la sentencia impugnada, sino «la existencia de un previo y reiterado antagonismo entre órganos jurisdiccionales» que da lugar a una jurisprudencia contradictoria, que en virtud del principio de seguridad jurídica, el legislador trata de evitar.

b) 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 (STS 578/2011, de 20 julio).

c) No se ha demostrado la contradicción entre las sentencias aportadas.

d) El TS debe examinar si la resolución recurrida ha aplicado correctamente los criterios objetivos en los que se concreta el interés del menor, no está autorizada para formular doctrina general cuando no existe contradicción entre las sentencias aportadas como discordantes.

El motivo segundo se formula al amparo del art. 477.2,3 LEC por presentar interés casacional al ser el art. 92 CC una norma con menos de cinco años de vigencia. Desarrolla el motivo una historia de la reforma del art. 92 CC, recogiendo las intervenciones parlamentarias y la Exposición de motivos de la ley 15/2005, para acabar diciendo que se trata de un sistema legal no incompatible con el ordenamiento jurídico vigente, es generalizable y considerado beneficioso para los menores. El motivo se desestima. El recurrente no alega en ningún caso la vulneración del principio del interés del menor por la sentencia recurrida, lo que por sí solo lleva a la desestimación de este motivo del recurso. El recurso de casación debería haber examinado los argumentos utilizados en la sentencia recurrida para atribuir la guarda y custodia compartida, puesto que como se ha dicho en otras SSTS, este sistema está concebido en el art. 92 CC como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda (SSTS 496/2011, de 7 julio; 84/2011, de 21 febrero y 94/2010, de 11 marzo). En el presente caso, no se ha ni tan solo alegado en el recurso de casa-

ción la vulneración del interés de las hijas del recurrente, ambas menores de edad, en cuyo único beneficio debe acordarse esta medida. Y todo ello, sin perjuicio de que vuelva a plantearse un procedimiento de modificación de medidas si concurren circunstancias para ello.

RÉGIMEN DE VISITAS

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Andrea no mantenía relaciones con su hijo desde hacía largo tiempo. El 5 de julio de 2006 éste tuvo un hijo, cuya visita los padres negaron a la abuela, hoy recurrente.

A raíz del nacimiento de la primera hija de su hijo, D.ª Andrea había ya interesado el reconocimiento del ejercicio del derecho de visitas a su nieta, que le fue reconocido por sentencia del juzgado de 1.ª Instancia de Llíria, confirmado en la SAP 148/2006, de Valencia. La ejecución de esta sentencia se hallaba en suspenso en el momento de presentar la demanda origen del pleito actual.

D.ª Andrea demandó a su hijo D. Jesús Miguel, y a su esposa, D.ª Elsa, pidiendo que se le reconociera su derecho a visitar y relacionarse con su nieto Alonso.

Los demandados contestaron oponiendo el largo historial de desencuentros de D. Jesús Miguel con su madre, a raíz de la separación de sus progenitores, con la consecuencia de la repercusión en la salud de D. Jesús Miguel, puesto que cualquier contacto con su madre le provocaba estados de ansiedad y otras afecciones.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Llíria dictó Sentencia el 13 de mayo de 2008 desestimando la demanda, porque los informes periciales desaconsejaban las visitas dada la complejidad de las relaciones entre el padre de los niños y la abuela que pedía el ejercicio de dicho derecho. Se examinaban los informes de los diferentes peritos, de los que la sentencia concluía que «[...] parece clara la existencia de un conflicto familiar existente entre las partes», aunque puntualizaba que en el presente procedimiento no se enjuiciaban personalidades ni actitudes, sino el derecho de la actora a relacionarse con sus nietos. Evaluando los peritajes, se concluía que era poco deseable para el desarrollo del menor «verse envuelto en un clima como el descrito en la presente resolución que está lejos de merecer el calificativo de "normalidad" exigido por la jurisprudencia citada, lo que, sin duda, afectaría de modo directo y negativo a su equilibrio emocional, razón ésta que en última instancia, es la que impone la desestimación de la demanda».

En grado de apelación, la Sec. 10.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 25 de febrero de 2009 desestimando el recurso de apelación interpuesto por la abuela. Se basó en el informe de la perito judicial, ratificado en el acto de la vista, recomendando que no se estableciera

un régimen de visitas que no sería conveniente para el desarrollo psicoafectivo del menor «hasta que no se produzca una mejora sustancial de los conflictos existentes entre los progenitores del menor y la abuela paterna», porque la hostilidad entre ellos es tal «[...] que el demandado presenta un cuadro de ansiedad, depresión e hipertensión» y se descarta la remisión de las partes a un punto de encuentro. La conclusión de la sentencia recurrida es la siguiente: «En esta situación, la Sala se inclina por no fijar el régimen de comunicación interesado, pues podría repercutir negativamente en la integridad psicológica del menor, lo que constituye la justa causa que impide el reconocimiento del derecho de la demandante».

D.ª Andrea interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, quien estableció un régimen de visitas.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se alega como único motivo del recurso la infracción del Art. 160 CC, porque al mantener la sentencia recurrida la existencia de justa causa para impedir el ejercicio del derecho de visitas por parte de la abuela recurrente, vulnera el contenido del Art. 160 CC y la jurisprudencia de esta Sala, contenida en las SSTS de 20 septiembre 2002, 11 noviembre 2005, 23 noviembre 1999 y el ATS de 3 mayo 2000. La recurrente considera que el análisis de la conveniencia de las relaciones entre la recurrente y sus nietos se ha realizado a partir de elementos ajenos a dicha relación. Se dice que la causa justa que se alega por la sentencia recurrida es que ello resulta perjudicial para la salud del padre, hijo de la recurrente. Los abuelos y los nietos tienen derecho a relacionarse, ello es beneficioso para ambos y es un derecho-deber reconocido en el Código civil del que solo se puede ser privado cuando exista causa y que la causa no puede centrarse en el hecho de que las relaciones de los abuelos con los menores sean mejores o peores para la salud de sus padres, sino para los menores cuyo interés es el protegido en el citado Art. 160 CC.

El Fiscal recomienda la admisión, ya que la evidente relación de enemistad de las partes no puede ser considerada como causa que prive a los abuelos relacionarse con su nieto.

El motivo se estima por el Tribunal Supremo.

La complejidad de las relaciones entre familiares se evidencia en los asuntos referidos a las relaciones entre parientes más alejados que los progenitores, que pueden verse impedidos de una normal relación con sus descendientes o ascendientes. Esta Sala ha tenido que manifestarse a favor de estas relaciones en sentencias en las que se pone de relieve la necesidad de este tipo de contactos. Así, por ejemplo, la STS 858/2002, de 20 septiembre, recoge una parte del informe del Ministerio fiscal que dice que «[...] en esta clase de reclamaciones, resulta de todo punto improcedente, en aras al carácter de las relaciones familiares y la naturaleza predominantemente ético de las instituciones del Derecho de familia, donde debe primar el interés social sobre el individual» (asimismo, STS 576/2009, de 27 julio).

Esta norma y la interpretación jurisprudencial derivan de lo establecido en el Art. 8.1 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, que establece que «Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos [...] las relaciones familiares de conformidad con la ley [...]».

De acuerdo con ello, esta Sala en su jurisprudencia, parte de la regla de que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores, sea porque se hayan separado, sea porque, como ocurre en el presente caso, las relaciones sea inexistentes aunque se mantienen los vínculos entre los progenitores. Esta es la línea que preside la resolución de los casos planteados en las SSTS 576/2009, de 27 julio, 632/2004, de 28 junio; 904/2005, de 11 noviembre, y 858/2002 de 20 septiembre.

El Art. 160.2 CC, *a contrario sensu*, permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra justa causa, que no define y que debe examinarse en cada uno de los casos que se deban enjuiciar. Y la sentencia recurrida ha considerado justa causa el enfrentamiento entre el padre de los menores cuya visita se demanda, con la abuela, su madre, lo que podría «repercutir en la integridad psicológica del menor»; es decir que la hostilidad entre los litigantes es tal que el contacto entre el nieto y la abuela recurrente podría hipotéticamente, ser contraria al interés del menor debido al alto grado de enfrentamiento entre los ascendientes y el posible perjuicio que podría producir.

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

La estimación del único motivo del recurso de casación anula la sentencia recurrida, que confirmó la dictada por el Juzgado de 1.ª instancia núm. 5 de Lliria y obliga a esta Sala a asumir la instancia.

En consecuencia y conforme a la doctrina de esta Sala, procede autorizar el derecho de D.ª Andrea a relacionarse con su nieto, sin perjuicio de tomar en cuenta la voluntad del menor que deberá ser oído al respecto cuando tenga edad para ello y que habrán de hacerse en este caso los apercibimientos oportunos con posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas, como señala la Sentencia de 20 de septiembre de 2002, si se advierte en la abuela una influencia sobre el nieto de animadversión hacia la persona del padre.

Se estima, por tanto la demanda, se reconoce el derecho de la recurrente a relacionarse y comunicarse con su nieto y se establecen los siguientes periodos de visitas: se reconoce a D.ª Andrea la relación con el nieto Alonso, en la actualidad de cinco años de edad, se producirá durante dos horas el sábado una vez al mes, que podrá ampliarse según vayan desarrollándose las relaciones y ello con el apercibimiento de la posibilidad de suspender o limitar el régimen de visitas cuando se observe, a juicio del juez, un perjuicio al menor.

No incurre en incongruencia la sentencia dictada en un procedimiento de modificación de medidas en el 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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Fidel y D.ª Camila eran padres de una niña, Manuel, nacida de una relación extramatrimonial, en 4 de mayo de 2003. Ante el juzgado de 1.ª instancia núm. 10 de Alicante se tramitó un procedimiento sobre guarda y custodia de la hija, que acabó con la sentencia 504/2003, en la que se aprobó el convenio regulador de los padres. En él se pactó: a) que la guarda y custodia de la menor la ostentase la madre; b) se estableció un amplio régimen de visitas del padre; c) se fijó la pensión de alimentos a pagar por el padre.

En 2008, D. Fidel presentó una demanda de modificación de medidas de convenio regulador por cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción y pidió que, de acuerdo con los hechos que alegaba, se le atribuyera la guarda y custodia de la niña Manuel, con derecho de visitas a la madre, así como que se fijara una pensión por alimentos que debía pagar la madre.

D.ª Camila se opuso a la modificación.

El Ministerio Fiscal en el acto de la vista oral solicitó la ampliación del régimen de visitas, de acuerdo con la recomendación del equipo psicosocial del juzgado de 1.ª instancia núm. 10 de Alicante.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Alicante dictó sentencia el 10 de marzo de 2009, estimando parcialmente la demanda de modificación, manteniendo el régimen de guarda y custodia establecido y ampliando las visitas a favor del padre.

En grado de apelación la Sec. 6.ª de la AP de Alicante dictó Sentencia el 15 de marzo de 2010 revocando la sentencia, por considerar que «[...] peca de incongruencia *extra petita*. La parte actora en ningún momento solicitó la ampliación de las visitas y los términos del debate deben quedar reducidos a aquellos queridos por las partes, que lo eran simplemente sobre la modificación del régimen de guarda y custodia, y al haber sido desestimado en su variación, la sentencia no podía contener otro pronunciamiento que el de la desestimación de la demanda».

D. Manuel interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación siendo estimados por el Tribunal Supremo que confirmó la Sentencia dictada por el Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso extraordinario por infracción procesal.

Se presenta recurso a instancia del padre al amparo del Art. 469, 1, 2 LEC, porque se ha producido una vulneración de las normas reguladoras de la sentencia en relación con los Arts. 216, 218 y concordantes LEC. En la sentencia se afirma que la sentencia de 1.ª instancia incurrió en incongruencia *extra petita*, porque dijo que no se había solicitado la modificación del régimen de visitas. Esta afirmación no se corresponde con la realidad ya que no se tiene en cuenta la petición de ampliación del régimen de visitas, realizada por el Ministerio Fiscal en interés del menor, a partir de lo que resultó probado en su momento. En los procedimientos de derecho de familia no rige el principio de la justicia rogada y por ello la sentencia recurrida infringe el Art. 218.1 LEC.

También interpuso recurso extraordinario el Ministerio Fiscal al estimar que que la sentencia recurrida incurre en incongruencia omisiva al no tomar en consideración la propuesta del Ministerio Fiscal formulada en el acto del juicio oral, de acuerdo con lo establecido en el Art. 749.2 LEC y de los Arts. 3, 6 y 7 del Estatuto del Ministerio Fiscal, para representación y defensa de los intereses de los menores, en la que se solicitaba el cambio del régimen de visitas en beneficio de la hija.

Ambos motivos se estiman. Aunque la defectuosa alegación efectuada por D. Fidel respecto a las normas infringidas debería haber producido la desestimación del motivo, puede identificarse la argumentación de su recurso, lo que permite conocer la norma infringida. Por ello se decide entrar a examinarlo, teniendo en cuenta, además, que la estimación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal produce el mismo resultado.

El art. 3, 6.º y 7.º de la Ley 50/1981, de 31 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal atribuye al Fiscal la condición de parte con legitimación propia para «6.º Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley». Y actuará en representación y defensa del menor para «7.º Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación». Por ello el art. 749.2 LEC establece que en los procedimientos relativos a filiación, matrimonio, incapacidad, etc. «[...] será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor [...]».

Por estas razones, el Ministerio Fiscal, al intervenir en estos procedimientos, puede proponer las medidas que considere convenientes para protección de los menores y en este caso, pidió que se ampliara el régimen de las visitas establecido, por lo que la sentencia de 1.ª instancia que las acordó, no incurrió en la incongruencia omisiva que le imputa la sentencia recurrida.

Además, los procedimientos sobre menores no se rigen por el principio de rogación (STS 565/2009, de 31 julio), de acuerdo con lo que dispone el art. 91 CC y art. 774.4 LEC, de modo que en cualquier momento del procedimiento y a la vista de las prueba, pueden pedirse las medidas que sean más convenientes para el interés del menor, por lo que el propio Juez podría haber acordado una ampliación del derecho de visitas, en el caso que lo hubiera considerado conveniente.

Según lo dispuesto en la Disposición final 16, 8.º LEC, la estimación de los recursos extraordinarios por infracción procesal interpuestos al amparo del número 2 del art. 469.1 LEC, que implica la anulación de la sentencia, obliga a esta Sala a examinar el recurso de casación para dictar nueva sentencia.

2. Recurso de casación.

A) Recurso de casación de D. Fidel.

Contiene diferentes argumentos: a) la sentencia recurrida prescinde del interés del menor. Olvida que en los procedimientos de derecho de familia concurren unas características especiales que permiten que determinadas medidas pueden

ser adoptadas de oficio por los jueces y tribunales, porque se trata de normas de derecho imperativo, que quedan sustraídas al poder de disposición de las partes; b) La sentencia recurrida no tiene en cuenta que no existe incongruencia cuando el juez o tribunal se pronuncie o decida sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal objeto de debate. No se produce incongruencia *extra petitum* cuando lo otorgado se halle implícito en lo solicitado por las partes. Además, cabe una estimación parcial, que es lo que ha ocurrido en el presente caso. Finalmente, alude a las características especiales del derecho de familia; c) de la prueba se desprende claramente que el informe psicosocial destaca la necesidad de la niña de pasar más tiempo con el padre, por lo que al ignorarlo, la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta el interés del menor. El recurrente pide que se reponga la sentencia de 1.ª Instancia.

El motivo se estima. Como se ha dicho, el juez puede actuar fijando las medidas que sustituyan las ya adoptadas, las que deban sustituir las no aprobadas o las que deben operar en el caso en que los progenitores no hayan propuesto ninguna y todo ello, de acuerdo con el interés del menor. El juez va a sustituir la voluntad de las partes cuando ello no sea conveniente para los menores (art. 91 CC).

B) Recurso del Ministerio Fiscal.

Al amparo del Art. 477, apartados 1, 2 y 3 LEC, estima que se han infringido los Arts. 94, en relación con los Arts. 90, 92, 93, 103, 1.º, 154, 158 y 159 CC, el Art. 2 LO 1/1996, de Protección del menor y Art. 39 CE, que consagran el interés del menor como principio básico que determina que los pronunciamientos sobre la guarda y custodia del menor son de carácter necesario y el juez no está vinculado por el principio dispositivo, sin que pueda tacharse de incongruente el pronunciamiento motivado que aun siendo distinto del formulado por la parte actora, lo es sobre temas o materias debatidas oportunamente y que no modifican el objeto procesal.

El motivo se desestima. La desestimación de este motivo resulta obligada vista la defectuosa formulación del único motivo del recurso, porque no puede basarse el recurso de casación en todas las causas del art. 477 LEC, que se excluyen entre ellas. En este caso, el recurso solo podía haber sido interpuesto al amparo del art. 477.2,3.º LEC, ya que la modificación de medidas es un procedimiento por razón de la materia. Se trata de una causa de inadmisión que en este momento se convierte en causa de desestimación. Y ello a pesar de que, como dice el informe del Ministerio Fiscal, los motivos se refieren a que no se ha tenido en cuenta el interés del menor. Además, no pueden citarse como infringidos una serie de artículos que contienen el principio del interés del menor en situaciones tan dispares como la separación, la nulidad y el divorcio (arts. 92, 93 y 103 CC); el convenio regulador (art. 90 CC), que no tiene nada que ver en este caso, ya que se están pidiendo medidas distintas del convenio y el contenido de la patria potestad (art. 154 CC).

ALIMENTOS

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Coro contrajo matrimonio con D. Abilio en 1988. Tiene dos hijos de su matrimonio, Pedro y Jorge.

Los cónyuges pactaron el régimen económico matrimonial de separación de bienes. La familia gozaba de ingresos importantes que le permitían un alto nivel de vida.

D.ª Coro interpuso demanda de divorcio contra su marido D. Abilio pidiendo la guarda y custodia de los hijos, el uso del domicilio conyugal, una pensión de 5.000 euros para los hijos y que se estableciese el derecho de visitas. En su contestación, el padre pidió una notable rebaja de la pensión por alimentos.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Valencia dictó Sentencia el 19 de diciembre de 2008 y, estimando en parte la demanda, acordó el divorcio, atribuyó a la madre la guarda y custodia de los hijos menores comunes y el uso de la vivienda conyugal; fijó en 2.800 euros mensuales la cantidad que el padre debía pagar a la madre en concepto de alimentos y estableció que el padre debía contribuir en un 70% a los gastos extraordinarios que generaren los menores, y la madre en un 30%.

En grado de apelación la AP de Valencia, Sec. 10.ª, dictó Sentencia el 28 de enero de 2010 estimando en parte ambos recursos. En lo que afecta al aspecto que se plantea en la casación, la sentencia ahora recurrida fijó una suma mensual de 2.500 euros por hijo a abonar por el padre desde la fecha de la sentencia de instancia y que la contribución del padre a los gastos extraordinarios sería de un 90%, mientras que la de la madre es de un 10%. Argumentó: a) que el concepto de gasto extraordinario corresponde a su imprevisibilidad, «[...] es decir, que no puede saberse con antelación suficiente que van a surgir estas necesidades del menor, al depender de sucesos de difícil o imposible previsión, ya que los mismos pueden, o no, surgir, a diferencia de los ordinarios de los que al saberse y conocerse su existencia, se puede señalar la cuantía que por los mismos debe abonar el progenitor no custodio»; b) en relación a la cuantía de la pensión, única cuestión debatida en casación, dice la sentencia que habrá que ver las necesidades de los menores y los ingresos de los progenitores, especialmente el no custodio; c) enumera las necesidades fijas de los hijos que consisten en los relativos al colegio, las actividades de golf, el vestuario, la vivienda, todo ello cuantificado, de donde deduce la sentencia que el padre debe pagar la cantidad de 2 500 euros por hijo, debido a la diferencia de ingresos entre uno y otro cónyuge; d) por lo

que se refiere a los gastos extraordinarios, la sentencia señala que «[...] si bien usualmente se viene señalando la mitad para cada cónyuge, cuando los medios de uno y de otro son absolutamente desproporcionados, la Sala acuerda otra proporción dado que fijar el 50% abocaría a la ruina al cónyuge con menores ingresos; y ello es lo que acontece en el caso de autos, dada la más que evidente desproporción entre los ingresos de uno y del otro, hasta el punto de multiplicarse por diez los ingresos del esposo respecto de la esposa, lo que lleva a la Sala a fijar esa misma proporción para los gastos extraordinarios, señalando para ello la proporción en un 90% a cargo del padre y un 10% a cargo de la madre».

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso extraordinario por infracción procesal.

El primer motivo, señalado con la letra A, contiene dos subapartados que de acuerdo con la técnica casacional, se considerarán dos submotivos y serán examinados de forma independiente. El primer submotivo denuncia la infracción de las normas procesales que regulan la sentencia por falta de motivación, en cuanto a la fijación de las bases determinantes del importe de los alimentos. Se produce una infracción del artículo 218. 2 LEC. El recurrente considera que la sentencia carece de motivación en la medida en que prescinde de cualquier criterio que permita entender cómo procede al cálculo de las cuantías para determinar la cifra final que representa el inporte de la pensión alimenticia mensual. La sentencia no explica el modo como se logra el cálculo, por lo que se priva al recurrente de la posibilidad de comprender el razonamiento por el que se impone el pago de un concreto importe y de la posibilidad de contradecir la corrección de dicho cálculo.

El submotivo se desestima. El recurrente opina que no se motiva la sentencia en la que se le impone la cuantía de los alimentos. La jurisprudencia ha repetido que el derecho a la motivación de las sentencias supone el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en derecho, exteriorizando el fundamento de la decisión adoptada con la doble finalidad de garantizar la ausencia de arbitrariedad y de posibilitar el control de la aplicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso concreto. No se exige que la argumentación sea exhaustiva y según declara la STS 669/2011, de 4 octubre, no es posible utilizar la exigencia de motivación 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 ha llegado a identificar el supuesto de hecho al que la norma vincula la consecuencia jurídica y otra distinta que hayan sido correctamente valorados los medios que formaron la convicción judicial». Partiendo de este planteamiento, hay que señalar que la sentencia recurrida motiva adecuadamente las cantidades que establece como alimentos, en tanto que explica de forma clara las bases del cálculo de los mismos. Contiene una lista de los tipos de gasto que incluyen los conceptos a que se refieren los arts. 93 y 142 CC, acompañados de las correspondientes valoraciones. Esta motivación es suficiente.

En el submotivo segundo del motivo A, el recurrente denuncia la vulneración del principio de justicia rogada y de congruencia, al acordarse en apelación la retroacción de efectos del importe de la pensión alimenticia al momento en que se dictó la sentencia de 1.ª Instancia, cuando ninguna de las partes lo pretendía. De este modo, se denuncia la infracción de los arts. 216 y 218.2 LEC.

El submotivo se desestima. De acuerdo con el Art. 148 CC, las sentencias que reconozcan la obligación de prestar alimentos producen sus efectos desde la demanda. El párrafo primero

de esta disposición, después de señalar que se deben desde el momento en que se produce la necesidad del alimentista, añade que «no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda», tal como han recogido las SSTS 402/2011, de 14 junio; 917/2008, de 3 octubre y 328/1995, de 5 octubre. En la demanda rectora del presente litigio, no se determinó la fecha a partir de la cual debían prestarse los alimentos y por ello, se establecieron desde la sentencia de 1.ª instancia, de acuerdo con la regla general.

El motivo B, segundo de los que forman el recurso extraordinario por infracción procesal, denuncia la infracción de lo dispuesto en el Art.. 460 LEC, al haberse admitido la declaración del IRPF del recurrente correspondiente al ejercicio 2008, que se incorporó a los autos de modo contrario a derecho, debido a que fue solicitada dicha incorporación de forma totalmente extemporánea y además, resultaba inútil para decidir sobre el tema debatido.

El motivo se desestima. El recurrente basa su argumentación en el Art. 460 LEC, que regula la presentación de pruebas en la segunda instancia y establece los limitados casos en que podrá practicarse prueba en este momento procesal. Sin embargo, el recurrente olvida que en los procesos sobre menores, el Art. 752.1 LEC establece que «[...] se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento» (énfasis añadido). Los cambios que se producen en este tipo de litigios a lo largo de las diferentes instancias y la necesidad de ajustarse a la realidad para poder tomar la mejor decisión fueron las razones que introdujeron esta modalidad en este tipo de procedimientos, por lo que no debe aplicarse lo dispuesto en el Art. 460 LEC, que se considera violado, sino el Art. 752.1 LEC citado. En consecuencia, no se ha producido la vulneración denunciada, porque en su virtud, el Tribunal pudo incorporar el documento en el momento en que lo hizo.

El motivo C, tercero de los que integran el recurso extraordinario por infracción procesal, señala la vulneración del Art. 24 CE, por haber incurrido la sentencia recurrida en error patente y notorio «y/o de la interpretación ilógica e irrazonable de la documental acompañada a los autos para la determinación de las necesidades de los alimentistas y de la capacidad económica del alimentante». Examina a continuación los errores que se han producido a su parecer, discutiendo si algunos de los incluidos responden o no a las necesidades reales de los menores.

El motivo se desestima. En este motivo el recurrente cuestiona la valoración de la prueba llevada a cabo, pretendiendo imponer su propia valoración frente a la que realizó la Sala de instancia. Este motivo coincide con el primero, si bien aquí se formula de forma distinta pretendiendo una nueva valoración de la prueba, de acuerdo con criterios propios y ello es conocido que no puede efectuarse en la casación.

2. Recurso de casación.

El recurso de casación consta de un motivo único, que también está dividido en cinco submotivos. De ellos, cuatro se refieren a cuestiones relativas a la incorporación de determinados gastos como integrantes de los alimentos que deben prestarse a los menores y por ello se examinarán juntos los submotivos identificados con las letras A, B, D y E.

Los submotivos agrupados se refieren a los siguientes extremos: 1.º Submotivo A. Vulneración del criterio legal de proporcionalidad en la determinación del importe de la pensión alimenticia por la sentencia de apelación. Según el recurrente, la vulneración se produce porque no se atiende a la relación que debe existir entre las necesidades reales del alimentista y la capacidad económica del alimentante. 2.º Submotivo B. Desproporción injustificada en la fijación de los criterios para la distribución entre los esposos de los gastos extraordinarios. Se dice que la proporción del 90% para el padre y el 10% para la madre es arbitraria y vulnera criterios de justicia material. 3.º Submotivo D. Indebida calificación como gasto ordinario de los que proceden de la práctica del golf u otras actividades análogas. La cifra que se atribuye a estas actividades es errónea y aunque deben seguir abonándose en beneficio de los menores, no participan de la naturaleza de los gastos ordinarios, por lo que son extraordinarios y deberían ser pagados por

mitad por ambos progenitores. 4.º Submotivo E. Indebida calificación como gasto ordinario de los que proceden del servicio doméstico que atiende la casa en la que reside la esposa.

Los submotivos A, B, D y E se desestiman.

El recurrente utiliza dos líneas de defensa en estos submotivos, que son la impugnación de la valoración de la prueba, que ha considerado incluidos en el nivel de vida de los alimentistas determinados gastos, y la segunda, la discusión sobre el concepto referido a gastos ordinarios y extraordinarios. Estas argumentaciones no pueden ser admitidas por las siguientes razones:

1.ª La jurisprudencia de esta Sala ha declarado repetidamente que el juicio de proporcionalidad del Art. 146 CC «corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del Art. 146», de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, «entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación» (STS 903/2005, de 21 noviembre y las allí citadas).

2.ª El Art. 154.2, 1.º CC obliga a los titulares de la patria potestad a velar por sus hijos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, lo que cuando ocurre en situaciones de separación o divorcio, debe completarse con lo dispuesto en el Art. 142 CC, que contiene un concepto amplio de alimentos, al incluir lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, educación e instrucción del alimentista. Lo discutido en este litigio es, por una parte, la cuantía y, por otra, el propio concepto de gasto, ordinario o extraordinario y la respuesta la proporciona el Art. 146 CC, cuando establece que «la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y las necesidades del alimentista». De este modo, 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 considerarse los gastos acordados como ordinarios.

3.ª En realidad, el recurrente está cuestionando de nuevo la prueba. Las razones que se han aportado al responder el recurso extraordinario por infracción procesal deben considerarse reproducidas aquí, teniendo en cuenta, además, que este cuestionamiento le lleva a hacer supuesto de la cuestión, pretendiendo imponer sus propias opiniones frente a los argumentos de la sentencia recurrida.

El submotivo C denuncia la improcedente declaración de retroactividad del pago de la pensión alimenticia a la fecha de la sentencia de primera instancia. Dice el recurrente que esta solución vulnera la doctrina de esta Sala en la medida en que al pretender que la eficacia del pronunciamiento establecido en apelación deba desplegarse desde la fecha de la sentencia de 1.ª instancia, desconoce que en tema de pensiones alimenticias, el momento de su eficacia es el del dictado de la resolución que las establece, sucediendo que cuando una resolución posterior modifica la cuantía previamente establecida, la eficacia de aquella solo se produce desde que fue dictada.

El submotivo C se desestima. Se pretende con este submotivo que se ordene la devolución de las diferencias existentes entre las pensiones alimenticias fijadas en pronunciamientos anteriores. Esta petición debe ser denegada por las siguientes razones:

1.ª Se ha dicho ya en el FJ 4.º de esta sentencia, que el Art. 148 CC, aplicable en este supuesto, establece que los alimentos se deben desde que la persona acreedora los necesite, y que se abonan desde la interposición de la demanda. Debe reiterarse aquí la doctrina formulada en la STS 402/2011, de 21 junio, que dice: «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».

2.ª En relación a las sucesivas resoluciones que pueden cambiar las cantidades debidas como alimentos y si debe o no devolverse lo pagado cuando una sentencia posterior rebaja o aumenta la cantidad debida, hay que acudir de nuevo a las especialidades que presentan los procedimientos de familia. En relación a las medidas provisionales, a las que también se refiere el recurrente, el Art. 106 CC establece que «los efectos y medidas previstos en este Capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo». Además, el Art. 774.5 LEC establece que «los recursos que conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán las medidas que se hubieren acordado en ésta». Por ello, las sucesivas resoluciones serán eficaces desde el momento en que se dictan, en que sustituirán las anteriores. Por las anteriores razones, no se establecen efectos a la presentación de la demanda, ya que los menores estaban recibiendo los alimentos en virtud de las medidas provisionales acordadas.

3.ª Al existir la doctrina citada en el número 1.º de este Fundamento, no procede que el fallo contenga unificación de doctrina.

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Constanza y D. Carlos Ramón contrajeron matrimonio en 1981. En el momento de presentar la demanda de separación tenían un hijo de cuatro años. En el mes de julio de 2002 acabaron sus relaciones y se interpuso la demanda de separación dictándose sentencia el 27 de junio de 2003.

En el convenio regulador aprobado en la sentencia de separación, figura la siguiente cláusula: «CUARTA. De las prestaciones que el esposo debe satisfacer a favor de la esposa para el levantamiento de las cargas familiares y asignación de pensión alimenticia al menor. 4.1) Alimentos a favor de la esposa. La esposa a partir de la focalización del presente convenio será contratada por D. Carlos Ramón, en los negocios que éste desarrolle en concepto de colaboradora-asociada, con una percepción mensual equivalente a seis mil euros de salario o contraprestación neta, en el establecimiento denominado [...]. Si por cualquier causa el esposo cambiara de explotación o de negocio, la obligación de mantenimiento del contrato de la esposa en calidad de colaboradora-asociada quedará subsistente, si bien podrá celebrarse sobre la nueva explotación de la que aquél fuera titular. Si el esposo incumpliera esta obligación o se produjera, a instancia de éste la resolución o cancelación antes mencionada, cualquiera que fuere la causa para ello, incluso el incumplimiento de las obligaciones contractuales, desde este mismo momento el esposo queda obligado a satisfacer una cantidad equivalente de seis mil euros en concepto de alimentos a favor de la esposa, garantizando a ésta, en todo momento, una prestación mensual equivalente. En todo caso la contratación de la esposa y su derecho al percibo de la cantidad establecida como prestación alimenticia, se

configura como personal e intransferible, como derecho inherente a la persona de la esposa, sin que ésta pueda cederlo a tercero. QUINTA. Pensión compensatoria. No se establece una pensión compensatoria, ya que la disminución de la capacidad adquisitiva y desequilibrio que la separación produce a la esposa se compensa con la adjudicación de bienes que por medio del presente convenio se realiza entre los cónyuges».

Estas cláusulas fueron aprobadas con el convenio en la sentencia de separación de junio 2003. La esposa nunca llegó a trabajar en la empresa de su marido, aunque éste le pagó los seis mil euros tal como quedaba establecido en el convenio homologado en la sentencia de separación.

D.ª Constanza interpuso demanda de divorcio en 2004, es decir, un año después de la sentencia de separación. En la demanda pidió la disolución del matrimonio y «la ratificación de las Medidas definitivas aprobadas en la sentencia de separación», entre las que se encontraba contenida la cláusula transcrita.

D. Carlos Ramón contestó la demanda y pidió la exclusión de la cláusula cuarta en lo relativo a los alimentos acordados a su esposa.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella dictó sentencia el 10 de marzo de 2005, estimando la demanda y confirmado las medidas acordadas en la sentencia de separación, de 27 de junio de 2003, que aprobó el convenio regulador de 17 de febrero de 2003. Enfocó la solución partiendo de que: a) no se había producido una modificación de las circunstancias existentes en el momento de la separación, que tales medidas fueron acordadas de mutuo acuerdo por ambos cónyuges y que desde la firma del convenio hasta el momento de dictarse la sentencia, había transcurrido muy poco tiempo (dos años); b) que si bien, de acuerdo con el Art. 143 CC, no existe obligación para los no cónyuges de prestarse alimentos, en virtud de la autonomía de la voluntad ello es posible; c) es discutible que la suma de 6.000 € mensuales del marido a favor de la esposa tenga la consideración de pensión alimenticia, porque se trataba de un salario o contraprestación por los servicios profesionales de su cónyuge, y d) las Audiencias Provinciales no están de acuerdo en el cese de la obligación alimenticia cuando se produce el divorcio.

En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Málaga dictó Sentencia el 3 de junio de 2008, estimando el recurso interpuesto por el esposo y dejando sin efecto la prestación alimenticia. Utilizó los siguientes argumentos: a) una vez disuelto el matrimonio, desaparece el parentesco que da lugar al derecho a obtener alimentos, de acuerdo con el Art. 143 CC, de modo que cualquier prestación de un cónyuge a favor del otro «debe necesariamente cobijarse bajo el ropaje jurídico de la pensión compensatoria [...]»; b) en la cláusula discutida, «lo que realmente las partes pactaban, era una prestación de alimentos a favor de la esposa, o una relación laboral... pues aun cuando el esposo dejara de tenerla contratada, vendría en todo caso obligado a abonar los alimentos que se pactaban»; c) se excluyó el pago de pensión compensatoria; d) la esposa nunca ha trabajado en ninguno de los negocios de los que ambos cónyuges eran propietarios al 50%, nunca reclamó la contratación, pero siguió cobrando los 6.000 € mensuales; e) excluida la pensión porque el desequilibrio se compensaba de otra forma, se pactó una auténtica pensión alimenticia, de modo que en fase de divorcio no puede mantenerse lo pactado, «no ya por alteración sustancial de circunstancias, sino porque desaparece el presupuesto esencial que da derecho» a los alimentos, cual es el vínculo conyugal que se disuelve mediante el divorcio.

D.ª Constanza interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quine confirmó la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

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

El motivo es estimado por el Tribunal Supremo.

1. El contrato de alimentos.

El convenio regulador es un negocio jurídico de derecho de familia que se otorga con ocasión de la crisis matrimonial y que puede presentar un contenido atípico. La autonomía de la voluntad de los cónyuges fue ya reconocida en la sentencia de 22 de abril de 1997, que puso de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: «en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 C.c.». Del mismo modo, pueden existir pactos referidos a las consecuencias del matrimonio fuera del propio convenio, ya sea en unas capitulaciones matrimoniales (STS 1053/2007, de 17 octubre), ya sea en documentos complementarios (STS 217/2011, de 31 marzo).

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

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

2. La aplicación de la anterior doctrina.

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

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

3. Doctrina jurisprudencial.

La estimación del primer motivo del recurso de casación (sexto del escrito de interposición), formulado por la representación procesal de D.ª Constanza exime a esta Sala del examen de los motivos séptimo y octavo del recurso de casación.

La Sala fija la siguiente doctrina: 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.

VIVIENDA FAMILIAR

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª María Luz y D. Ernesto contrajeron matrimonio en 2004. Pactaron el régimen de separación de bienes. El 24 junio 2006 nació la única hija del matrimonio, Laura. La esposa presentó demanda de separación. El marido, la de divorcio, acumulándose ambas demandas.

En el momento de presentarse la demanda, el matrimonio y su hija vivían en un piso situado en Bobadilla, del que eran propietarios en un 67% los padres de su esposo y en un 33% el propio esposo. Se ha probado que los padres propietarios habían cedido al hijo la vivienda en precario.

Los cónyuges habían comprado por mitad un piso en una urbanización en Madrid, que en el momento de la crisis matrimonial estaba arrendado a un tercero, contrato cuya vigencia finalizaba en marzo de 2011, aunque al parecer había sido ya desalojado durante el procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Móstoles dictó sentencia el 11 de septiembre de 2007, acordando el divorcio. La vivienda familiar se adjudicó a la madre como progenitor custodio de la hija, con el siguiente razonamiento: «Es por ello que se va a conceder

de forma temporal el uso del domicilio familiar a la Sra. María Luz, hasta el momento en que se rescinda el contrato de arrendamiento de la vivienda propiedad de la demandante y del demandado, en concreto el mes de marzo de 2011. si bien, si cualquiera de las partes consigue que los arrendatarios desalojen la vivienda con anterioridad al mes de marzo de 2011, la Sra. María Luz habrá de abandonar el domicilio de los padres del Sr. Ernesto, y utilizará como domicilio familiar para convivir con su hija menor de edad, el piso situado en la calle … núm. …».

En grado de apelación, la Sec. 24.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 26 de marzo de 2009 estimando el recurso en lo relativo al uso del domicilio familiar situado en Bobadilla del Monte en el sentido de «anular en la sentencia recurrida la alusión al piso de la calle … núm. … de Madrid como piso a ocupar en el futuro al ser tema que se escapa al ámbito de la Familia; pues, en esta esfera, y en aplicación del Art. 96 CC solo cabe conceder el uso del que fuera domicilio familiar a favor del interés de protección preferente y su duración será, sin perjuicio de los derechos dominicales del dueño, hasta que termine la formación integral del hijo (Art. 142 CC) y hasta que consiga independencia económica (Art. 93 CC)».

D. Ernesto interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribual Supremo quien confirmó la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alega el recurrente la existencia de jurisprudencia contradictoria que recoge en cinco sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22, dos sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, así como sentencias de las Audiencias Provinciales de Sevilla, Málaga y Guipúzcoa. Señala que las decisiones de las Audiencias Provinciales siguen tres criterios acerca de la interpretación del término «vivienda familiar» en aquellos casos en que existan más de una vivienda susceptible de ser adjudicadas a los menores. Dice que atendiendo a los criterios del Art. 3.1 CC, debe realizarse una aplicación del Art. 96 CC, interpretándolo de manera extensa. En el presente caso se ha perjudicado el interés del menor atribuyéndole una vivienda que es propiedad de los abuelos paternos.

El motivo se estima por el Tribunal Supremo.

El presente recurso se formula por interés casacional, por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en el momento en que se formuló. Sin embargo, esta Sala ha ido estableciendo una doctrina en supuestos parecidos al que se plantea en el presente recurso de casación, a partir de la STS 1022/2005, de 26 diciembre. Ciertamente no se trata de casos iguales, sino de la doctrina que debe aplicarse en aquellos supuestos en que está involucrados dos elementos jurídicos, como son que la vivienda sea propiedad de terceros y que el menor pueda disponer de una vivienda adecuada.

En relación al primero de los problemas que surgen en el presente caso, es decir, el relativo al hecho probado de que la vivienda cuyo uso ha sido atribuido a la hija y a la madre que ejerce la custodia, pertenece en propiedad a los padres del marido y al propio marido, debe aplicarse la doctrina formulada en SSTS 859/2009, de 14 enero 2010, 861/2009, de 18 enero 2010 del pleno de esta Sala, y reiterada en las SSTS 178/2011, de 18 marzo y 772/2011, de 22 noviembre, así como las de 474/2009 de 30 junio, 653/2009, de 22 octubre, 443/2010, de 14 julio, 727/2010, de 11 noviembre y 772/2010 de 22 noviembre.

Tal como afirma la STS 178/2011, de 18 marzo «B) Para el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, y frente a la posible reclamación de su propietario,

no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia. Tal y como indica la sentencia del pleno de la Sala de 18 de enero de 2010 [RC núm. 1994/2005], la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges, nada tienen que ver con los terceros propietarios».

De acuerdo con esta reiterada doctrina, la atribución de la vivienda que vienen ocupando la hija del matrimonio y su madre que ostenta la guarda y custodia, corre el riesgo de resultar inútil, puesto que sus propietarios pueden recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que están legitimados por la inexistencia de contrato con la ocupante de la misma. Ello perjudicaría a la menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda.

El segundo elemento que debe examinarse en este caso es el relativo a si el interés del menor queda protegido con la atribución de una vivienda propiedad de sus padres en lugar de la vivienda, propiedad de sus abuelos y de su padre, en la que vive en la actualidad, al haberle sido atribuida en virtud del Art. 96.1 CC en la sentencia ahora recurrida.

La STS 191/2011, de 29 marzo, dictada en un caso en que la madre que ostentaba la guarda, había pasado a habitar con su hija una casa propia y el progenitor propietario pedía la devolución, dijo que «[...] cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, [...] no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia. [...] La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC.

Esta doctrina debe aplicarse al presente caso y más cuando la vivienda que debe atribuirse a la menor pertenece a ambos progenitores.

La solución propuesta requiere que la vivienda sea idónea para satisfacer el interés del menor y de acuerdo con lo que resulta probado en el procedimiento, este interés queda perfectamente salvaguardado. La solución no contradice las SSTS 451/2011, de 21 junio; 236/2011, de 14 abril y 221/2011, de 1 abril, que declaran que debe atribuirse al menor el uso de la vivienda familiar, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 96 CC, porque su interés es el que debe ser protegido, puesto que en el presente caso, la posibilidad de que los propietarios recuperen la vivienda ejerciendo el desahucio por precario, implica que deba entenderse perjudicial para el propio menor la atribución del uso de una vivienda de la que podría ser desalojado. Una solución parecida, aunque referida al caso en que los cónyuges sean titulares de más de una residencia, aparece recogida en el art. 233-20 CCCat, que establece que en el caso en que las otras residencias sea idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1 CDF aragonés).

La Sala pronuncia la siguiente doctrina jurisprudencial: 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.

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

O.A.L. Viviendas Municipales de Bilbao, como propietaria arrendadora de un inmueble, presentó demanda contra D.ª Martina (hija mayor de edad), su madre D.ª Encarnación (tenía atribuido el uso en proceso matrimonial) y D. Arsenio (padre u titular del arrendamiento por subrogarse en la posición de su abuelo, titular del contrato de arrendamiento) solicitando que se dictase sentencia acordando la resolución del contrato por cesión inconsentida dado que el padre se encontraba en ignorado paradero, la madre convivía con su nuevo esposo en otra ciudad, y la hija, que formaba una unidad familiar independiente con su marido e hijo, eran los únicos que ocupaban la vivienda.

D.ª Martina y D.ª Encarnación se oponen a la demanda alegando que la vivienda de autos siempre ha estado y está ocupada por D.ª Martina y D.ª Encarnación, formando una unidad familiar desde hace más de 32 años y, efectivamente, las circunstancias de madre e hija con el devenir del tiempo han cambiado sustancialmente, ya que D.ª Encarnación padece una depresión crónica desde hace 8 años y su pareja, D. Cecilio, se ha sometido a dos trasplantes de riñón, lo cual le obliga a realizar diálisis de forma diaria, estando calificado como minusválido definitivo en un 70% y en la actualidad, como bien sabe la demandante, también vive en la vivienda familiar una hija de la pareja de 1 año de edad, Enriqueta. Que este cúmulo de circunstancias hacen que nos encontremos ante una manifiesta situación de dependencia afectiva y económica de la madre, D.ª Martina, hasta el punto de que la misma ha tenido que iniciar un negocio, un pequeño supermercado en Bilbao, para colocar a su hija y a su yerno, todo a cargo de D.ª Martina, empleadora y trabajadora, como se puede observar en los documentos acompañados. Que es cierto que D.ª Martina ha pasado temporadas de su vida en Torrevieja (Alicante) pero siempre ha mantenido su domicilio en la calle … núm. … y el hecho de que por motivos laborales haya tenido que residir algunas temporadas anteriores en dicha localidad, en ningún caso consideran que sea motivo suficiente para afirmar que abandonó su vivienda, y por si fuera poco para D.ª Martina todo lo narrado, tiene también a su cargo a su madre, D.ª Caridad, de 84 años de edad, que vive sola en un piso de su propiedad en el núm. … de la misma calle. Que niegan de nuevo que D.ª Martina tenga su residencia en Torrevieja y que D.ª Encarnación, su pareja y su hija, formen una familia independiente de la de su madre por lo que no se ha producido ninguna «sustitución» ni «cesión ilegal clandestina» de la vivienda. Que entienden que nos encontramos ante un derecho *ex lege* de uso de la vivienda arrendada por el cónyuge no titular y sus hijas, que ha de ejercitarse hasta que las hijas de la pareja puedan dejar de depender de sus progenitores y no es el caso. Que la atribución del uso no posee carácter definitivo y por

ello, cuando termine la situación de dependencia materno-filial, entienden que el cónyuge titular ha de recobrar la posesión de la vivienda arrendada, pero no antes. Solicitaban la desestimación de la demanda con imposición de costas a la demandante.

D. Arsenio fue declarado en situación de rebeldía procesal.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Bilbao dictó sentencia el 9 de enero de 2009 desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Vizcaya dictó Sentencia el 23 de septiembre de 2009, revocando la Sentencia del Juzgado y estimando la demanda, declarando resuelto el contrato de arrendamiento.

D.ª Martina y D.ª Encarnación interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La base jurídica de la Sentencia dictada por el Juzgado de Priera Instancia par desestimar la demanda es la siguiente: «Mantiene la demandante que la codemandada, D.ª Martina, tiene su residencia en Torrevieja (Alicante) y quien ocupa la vivienda es su hija, D.ª Encarnación, con su compañero sentimental y la hija de ambos, que constituyen una familia independiente. Sin embargo, las pruebas practicadas acreditan que D.ª Martina tiene su domicilio y su residencia en la vivienda arrendada, sita en la calle … núm. … - … de Bilbao. Así, aunque la demandante manifestase en la demanda que el domicilio de dicha señora estaba en Torrevieja, acompañó a la misma (doc. 5) volante de empadronamiento en el que consta que la Sra. Martina tiene su domicilio en la referida vivienda, con fecha de alta el 1-5-1996 al igual que su hija Encarnación. El compañero de Encarnación, D. Cecilio, aparece empadronado desde el 17-11-2000 y la hija de ambos, Enriqueta, nacida el 1-12-2006, desde el 11-12-2006, debiéndose señalar que se acordó por auto de fecha 26 de noviembre de 2007 librar exhorto al juzgado de igual clase de Torrevieja para emplazar a la Sra. Martina (f. 53), constando en diligencia de 4 de abril de 2008 que puestos en contacto telefónico con dichos juzgados, personal del Servicio Común de Notificaciones había comunicado que el exhorto se hallaba sin cumplimentar y visto que la referida señora se había personado ya en autos y contestado la demanda, se exhortaba al citado Servicio a que lo devolvieran sin cumplimentar, (f. 134) recibiéndose en este juzgado el 18 de abril de 2008 (f. 143). En la escritura pública de fecha 20 de diciembre de 2007 por la que ambas otorgan poder de representación al procurador Sr. Villaverde Ferreiro, consta el mismo domicilio (f. 81). El domicilio social del comercio alimenticio del que es titular la Sra. Martina, se encuentra en la calle Txotena núm. 23. Lonja de Bilbao, siendo la empleadora de su hija Encarnación y de su compañero, D. Cecilio (docs. 4 a 9 contestación) estando documentalmente acreditados los problemas de salud que padecen ambos, teniendo reconocida una minusvalía del 70% el Sr. Cecilio (fs. 87 a 94 y 96). Igualmente, cuando la Sra. Martina solicitó al Ayuntamiento de Bilbao el 19 de noviembre de 2007 cambio de titularidad de la licencia de apertura en la Lonja sita en la calle Txotena núm. 23, consta como su domicilio la vivienda arrendada al igual que en el Impuesto sobre Actividades Económicas (fs. 112 y 115). Por otra parte, la Sra. Martina declaró en el acto del juicio que rehizo su vida con Diego con el que contrajo matrimonio hacía nueve años. Que el Sr. Diego tenía vivienda en Torrevieja y la declarante vivió allí dos años y ahora ya no sigue esa relación. Que iba y venía de Torrevieja a Bilbao, no estaba permanente allí. Que había trabajado en Torrevieja y presentó allí una vez la declaración de IRPF (doc. 6 demanda). Que Encarnación trabajaba desde hacía un año en el supermercado como depen-

dienta y Cecilio como encargado. Que la declarante también trabaja en el supermercado, que es pequeño, de barrio. D.ª Encarnación declaró que su madre vive con ellos. Que la declarante ha tenido depresiones durante años. Ahora estaba un poco mejor, llevaba 12 años enferma y dependía de su madre. El testigo D. Cecilio declaró que padecía insuficiencia renal, trabajaba con su suegra y con su mujer en el supermercado y dependía económicamente de su suegra. Que la Diputación Foral no le ha ayudado nunca, no ha tenido ninguna subvención. Que su suegra trabajó en Alicante y venía esporádicamente a Bilbao. Por tanto, valorando las pruebas practicadas se considera probado que D.ª Martina, ha tenido y sigue teniendo su domicilio y residencia en la vivienda arrendada -al igual que su hija Encarnación - salvo los dos años que vivió y trabajó en Torrevieja (Alicante) considerándose justa causa el que por razones de trabajo y toda vez que su entonces marido tenía una casa en dicha localidad, residiese ese período de tiempo en Torrevieja, sin dejar de trasladarse durante el mismo a Bilbao, estando igualmente acreditado que su hija, Encarnación y su compañero, Cecilio, dependen económicamente de dicha señora. En consecuencia, en modo alguno ha quedado probada la cesión de la vivienda arrendada, lo que conduce a la desestimación de la demanda».

Para dejar sin efecto lo acordado en la Sentencia de Instancia, la Audiencia Provincial de Vizcaya razonó lo siguiente: «Se ha acreditado en autos que D.ª Martina, quien tenía atribuido en sentencia de 9 de junio de 1992 el uso de la vivienda arrendada como medida inherente a su separación matrimonial de D. Arsenio, titular arrendaticio —título ocupacional que se esgrime en la demanda— y se acepta sin más por la parte demandada, no suscitándose *inter partes* cuestión alguna sobre la eventual incidencia de ulterior sentencia de divorcio de fecha 14 de enero de 1997 (documento núm. 4) en que ninguna medida inherente al mismo se adopta como expresamente se declara en su Fallo, tampoco con respecto a la hijas del matrimonio, a la sazón mayores de edad y sobre lo que hubo renuncia expresa de la parte, por lo que a aquel título estaremos contrajo nuevo matrimonio con D. Diego hace nueve años, según ella misma manifiesta en su interrogatorio en el acto del juicio. No consta, tan siquiera ha sido alegado, que este último hubiera tenido su domicilio en momento alguno en la vivienda arrendada por lo que bien puede en principio concluirse que esta demandada trasladó su domicilio al de su esposo partiendo de la presunción de convivencia de los cónyuges establecida en artículo 69 del Código Civil, la que no ha sido desvirtuada por prueba bastante al respecto. En cualquier caso, la propia Sra. Martina admite (minuto 3 y ss del CD que documenta dicho acto del juicio) que convivió con su esposo en el domicilio de aquel en Torrevieja al menos durante dos años; matrimonio y domicilio conyugal en Torrevieja que aquella hace constar además como tal en su declaración de IRPF del ejercicio de 2005 (documento núm. 6 de la demanda), lo que entra en plena contradicción con sus manifestaciones en la litis de haber mantenido su domicilio en la vivienda arrendada por más que conste empadronada en ella y también con las manifestaciones de su hija D.ª Encarnación, también codemandada, e igualmente con la declaración testifical del esposo de esta última, afirmaciones que no tienen otro valor probatorio en el caso de las dos primeras que el de simple alegación de parte interesada, y que han de ponderarse con extrema cautela en el caso del testigo por su también evidente interés en el resultado de litigio. Cuestión distinta es que la Sra. Martina se hubiera trasladado con mayor o menor frecuencia a Bilbao, a la vivienda arrendada, en la que se encontraban residiendo su hija y su yerno, visitas sobre las cuales, de otro lado, tampoco se cuenta con otro dato en las actuaciones que el relato de los antedichos interesados, pero no por ello puede ignorarse su efectivo domicilio en localidad diferente. Y es a esta situación constatada de cambio de domicilio efectivo a la que aquí habremos de estar ya que, y en ello coincidimos plenamente con la parte apelante, al menos durante estos dos años de que venimos hablando se produjo una cesión de la vivienda arrendada a favor de D.ª Encarnación y su esposo quienes en ella residieron y residen actualmente con la hija de ambos, cesión que no resulta en absoluto justificada por razones de trabajo, no probado por demás que el traslado de la Sra. Martina se debiera a otras distintas que su matrimonio; no encontrándolos tampoco ante una situación de convivencia del arrendatario

con familiares económicamente dependientes del mismo a que se alude por la parte demandada apelada, puesto que ya que tan siquiera podemos apreciar, según lo anteriormente expuesto, que se haya dado esta convivencia. Cesión inconsentida que determina la prosperabilidad de la acción que se ejercita en la demanda ex artículo 114-5.º LAU 1964, normativa de aplicación al caso según la Disposición Transitoria Segunda A LAU 1994, y que, deducida en tiempo, no se ve afectada por el hecho de que ulteriormente a esta desocupación la Sra. Martina se haya instalado nuevamente en la vivienda de autos, tras la que sostiene crisis en su matrimonio con el Sr. Diego acontecida a finales del año 2006.

El recurso de apelación interpuesto por existencia de interés casacional en su modalidad de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales con infracción del artículo 114.5.ª LAU 1964 viene a indicar lo siguiente: «La existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales en cuanto a la existencia o no de cesión inconsentida cuando la titular de la misma se ausenta de la vivienda y permanece en esta un familiar. De un lado, cita sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 5.ª de fechas 29 de septiembre de 2000 y 20 de septiembre de 2004 y la propia sentencia recurrida, que entienden que la ausencia de la titular arrendaticia debe reputarse como una cesión inconsentida respecto del familiar que ocupa la vivienda y por tanto ha de acordarse la resolución contractual. Contrapuestas a las anteriores enumera las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.ª, de fechas 5 de mayo de 2000 y 31 de mayo de 2005, que mantienen que la ausencia temporal de la vivienda por parte del arrendatario, y la permanencia en la misma un familiar, no debe reputarse cesión inconsentida».

El motivo se desestima por el Tribunal Supremo.

El artículo 114.5.ª de la Ley de 1964 autorizaba al arrendador a resolver el contrato de arrendamiento urbano, sea de vivienda o de local, de negocio, por «[l]a cesión de vivienda o el traspaso de local de negocio realizado de modo distinto del autorizado en el cap. IV de esta ley», entre cuyos requisitos está el consentimiento del arrendador como esencial para la eficacia jurídica del negocio de cesión. La norma es similar al artículo 8 de la LAU de 1994, que supedita la validez de la cesión al consentimiento del arrendador, con la diferencia de que el consentimiento tiene que ser escrito, sin lo cual se confiere al arrendador la facultad de promover la resolución de pleno derecho del contrato de arrendamiento, al amparo del artículo 27.2 c), que contempla como causa de resolución la cesión inconsentida.

De conformidad con la literalidad de los preceptos citados, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el alcance de la cesión inconsentida como causa de resolución del contrato de arrendamiento. En este sentido cabe citar la STS de 16 de octubre de 2009 la cual declara: «La cesión del derecho arrendaticio supone el cambio de la persona del arrendatario y la consiguiente exclusión del cedente en la relación arrendaticia mediante la entrega del goce o uso de la cosa arrendada al cesionario en cualesquiera de las formas de que sea susceptible, estableciéndose una relación de servicios entre la cosa y el sujeto, cual sugiere el art. 1543 del Código Civil al describir la obligación del arrendador de dar al arrendatario el goce o uso de una cosa, que es lo que constituye la esencia del arriendo, y lo que la ley sanciona con la resolución del contrato es esa transmisión real y efectiva del uso o goce de la cosa arrendada hecha por el arrendatario a un tercero sin cumplir las formalidades legales exigidas para su validez, lo cual resulta coherente con la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento y con el tenor literal y el espíritu del artículo 114 causas 2.ª y 5.ª por cuanto se mantiene la bilateralidad e imperatividad de la norma resolutoria desde la idea de que no se conculca por el arrendatario, que no cede su posición a un tercero con ventaja o beneficio para el mismo, que es lo que se prohíbe, puesto que sigue asumiendo todo el protagonismo a la hora de cumplir las obligaciones dimanantes del contrato, ni resulta lesiva para los derechos de la parte arrendadora, cuya relación con el arrendatario se mantiene de la misma forma».

En el presente supuesto, la parte recurrente mantiene, obviando los hechos fijados por la sentencia recurrida, que no ha existido cesión

inconsentida de la vivienda arrendada, y alega como fundamento esencial que D.ª Martina se ausentó de la vivienda de forma temporal, por razones profesionales, aunque mantuvo en todo momento su residencia en aquella, y sin que existiera en modo alguno intención o voluntad de ceder la vivienda a su hija D.ª Encarnación.

Pues bien, partiendo de la doctrina jurisprudencial expuesta, el motivo formulado ha de ser desestimado. Dicha doctrina no solo no ha resultado infringida por la sentencia recurrida sino que ha sido aplicada por esta aunque atemperada a las circunstancias concretas del hecho analizado. De este modo, la Audiencia Provincial, respetando plenamente aquella línea jurisprudencial, ha valorado las pruebas obrantes en el procedimiento y ha concluido que D.ª Martina cedió, sin el consentimiento preceptivo de la arrendadora, la vivienda objeto de arrendamiento durante al menos dos años, en los cuales residió en la localidad de Torrevieja, no por razones laborales o profesionales como mantiene la parte recurrente, sino por razones matrimoniales al haber contraído nuevo matrimonio. Asimismo, determinó que la cesión realizada en favor de su hija D.ª Encarnación así como de su pareja sentimental y la hija menor de ambos, los cuales conformaban una unidad familiar independiente, tampoco encuentra fundamento en la tan alegada dependencia económica de estos respecto de aquella por cuanto que la ausencia constatada de la Sra. Martina comporta que cada uno viviese de forma autónoma e independiente. De estos hechos probados, y que resultan inamovibles en fase de casación, la conclusión es la de la introducción de terceros, por parte de la titular arrendataria, en la vivienda arrendada sin el necesario consentimiento por parte de la arrendadora.

PENSIÓN COMPENSATORIA

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Julio y D.ª María Teresa contrajeron matrimonio el 4 de marzo de 1972. El matrimonio tuvo tres hijos, que en el momento de presentar la demanda eran mayores de edad e independientes económicamente.

El matrimonio se regía por el régimen de separación de bienes, de acuerdo con las capitulaciones matrimoniales otorgadas el 31 de diciembre de 2002, completadas por otros documentos de compensación y adición.

Las relaciones personales entre los esposos fueron deteriorándose hasta que en 2006 se produjo la ruptura definitiva.

Ambos esposos tenían capacidad económica independiente. Además, la esposa se encontraba trabajando en una de las empresas de su marido.

D. Julio interpuso demanda de divorcio. La esposa contestó la demanda, formulando reconvención en la que pedía una pensión compensatoria. La esposa había presentado por su parte otra demanda de divorcio, que se acumuló a la anterior.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Lliria dictó Sentencia el 16 de julio de 2007 acordando el divorcio y entre otros pronunciamientos denegó la pensión compensatoria, con los siguientes argumentos: a) el Art. 97 CC establece que para que pueda acordarse la pensión, debe ocurrir una situación de empeoramiento patrimonial, «sin que, no obstante, tenga la función de lograr la absoluta paridad entre los patrimonios de las partes»; b) de la prueba practicada se deduce que la Sra. María Teresa, «una vez liquidada al 50% la sociedad de gananciales (obteniendo un patrimonio tasado de 600.000 euros) tiene en su declaración de renta una base imponible» de 116.267,70 euros; c) percibe una serie de rentas de las participaciones que tiene en diversas sociedades; d) «a pesar de producir el divorcio un empeoramiento respecto del patrimonio del Sr. Julio, las circunstancias concretas de la Sra. María Teresa, traducidas en importantes ingresos que le permitirían una situación económica holgada, impiden imponer pensión compensatoria alguna para la misma».

En grado de apelación, la Sec. 10.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 29 de mayo de 2008, estimando en parte el recurso interpuesto por el esposo en lo relativo a la pensión compensatoria. Razona que: a) la recurrente tiene un patrimonio importante que produce beneficios probados; b) sin embargo, D.ª María Teresa podría dejar de percibir su salario por el trabajo realizado para su ex marido, que asciende a 690,62 euros al mes; c) únicamente esta circunstancia, la de perder el trabajo, es «la que supondría un perjuicio patrimonial constitutivo de un desequilibrio que justifica el señalamiento de una pensión compensatoria», pero con la advertencia que «[...] sería efectiva solo en el caso de que la demandada perdiera su trabajo».

D. Julio interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que dejó sin efecto la pensión compensatoria fijada por la Audiencia Provincial.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso se formula por aplicación indebida del Art. 97 CC en cuanto la sentencia recurrida se opone a la doctrina de las SSTS 2 diciembre 1997 y 28 abril 2005, que sostienen que la finalidad de la pensión compensatoria no es subvenir las necesidades del cónyuge que la pide, sino compensar razonablemente el desequilibrio que la separación o el divorcio produzcan. La sentencia se opone a esta doctrina porque si bien descarta que exista desequilibrio patrimonial, no descarta que se pueda producir en un momento posterior a la ruptura. Este hecho eventual y futuro sería que la recurrida perdiera su trabajo, lo que justifica según la sentencia recurrida, la pensión compensatoria acordada por el importe de 700 euros, que tiene una finalidad de equiparar o igualar los respectivos patrimonios de los litigantes.

El motivo se estima por el Tribunal Supremo.

La STS 434/2011, de 22 junio resume la doctrina de esta Sala relativa la naturaleza de la pensión compensatoria. El punto principal se refiere al concepto de desequilibrio y el momento en que este debe producirse y así dice que «[...] 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, por lo que no se trata de una pensión de alimentos y «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 disfruta el otro cónyuge». Se añade que «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 rup-

tura 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».

En el caso objeto del presente litigio se producen las siguientes circunstancias:

1.ª De acuerdo con los hechos probados, no se constata que D.ª María Teresa sufra ningún desequilibrio económico como consecuencia de la crisis matrimonial. Esta es la cuestión principal porque, tal como ha repetido esta Sala y se ha reproducido en el anterior Fundamento, la pensión compensatoria requiere que el divorcio produzca un empeoramiento de la situación del cónyuge que la acredita en relación a su situación anterior en el matrimonio (entre otras, STS 292/2010, de 9 febrero).

2.ª La sentencia recurrida está atribuyendo una especie de pensión compensatoria condicionada al caso de pérdida de un trabajo en un momento posterior al divorcio. Pero si ello ocurriera, dejando aparte las compensaciones laborales a que tendría derecho la Sra. María Teresa, el desequilibrio que hipotéticamente podría producirse no tendría lugar como consecuencia del desequilibrio producido por la ruptura matrimonial, sino que vendría provocado por el despido posterior. El desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial.

3.ª Esta Sala es consciente que la hipotética pérdida del trabajo en la empresa del marido puede resultar muy probable debido a la crisis matrimonial. Pero incluso si ello sucediera, no podría considerarse una causa de desequilibrio teniendo en cuenta los hechos que se declaran probados y que se han reproducido en el FJ 1 de esta sentencia.

La estimación del único motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Julio contra la SAP de la sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 29 mayo 2008, determina la de su recurso de casación.

Se casa y anula la sentencia recurrida y se repone la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Lliria, de 16 julio 2007, que denegó la pensión compensatoria pedida por D.ª María Teresa.

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Eulogio y D.ª Cecilia contrajeron matrimonio en 1970.

Por sentencia de separación de 30 de mayo de 1989 se estableció a favor de la esposa una pensión compensatoria de 30.000 ptas. (180,30 euros).

En fechas posteriores el marido pidió la modificación de las medidas referidas a la pensión compensatoria, que se denegaron por sentencias de fechas 7 de noviembre de 1996 y 7 de

noviembre de 2003, por no haberse acreditado variación sustancial de las circunstancias que motivaron dicha pensión.

D. Eulogio presentó demanda de divorcio, en la que pedía, además, que se suprimiera la pensión compensatoria, a lo que se opuso D.ª Cecilia que en el momento de la presentación de dicha demanda contaba con 69 años de edad.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Valencia dictó Sentencia el 5 de octubre de 2007 declarando el divorcio y manteniendo la pensión compensatoria, porque no concurría ninguna de las causas previstas en el Art. 101 CC que regulan la extinción de la pensión. Dijo la sentencia que «en efecto, no se ha alegado, ni probado una disminución de los ingresos del actor, en todo caso habría un aumento al haber quedado liberado hace tres años del pago de las pensiones de alimentos de los hijos, ni tampoco una mejoría en la situación financiera de la esposa, que únicamente percibe una pensión de jubilación de Francia por importe de 69,53 euros mensuales [...]».

En grado de apelación, la Sec. 10.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 2 de abril de 2008 acordando la extinción de la pensión compensatoria en el plazo de un año a partir de la presente resolución. Los argumentos fueron los siguientes: a) «La Sala asume el que, en efecto, no se ha producido variación sustancial de las circunstancias, las pensiones que obtienen ambos esposos son de igual importe y se supone que en el futuro también lo serán, y la edad de la beneficiaria lógicamente irá creciendo con el tiempo como la del obligado a su pago, y con ello encontrarán mayores dificultades económicas»; b) el Art. 101 CC no enumera todas las posibles causas de extinción de la pensión; c) «no se prevé ni legal ni jurisprudencialmente el transcurso del tiempo desde que se otorgó sin someterla a límite temporal alguno como causa per se extintiva de la pensión», aunque ello no significa que no pueda tener cabida en la primera causa del art. 101 CC, es decir, las alteraciones sustanciales de la fortuna de los cónyuges, «[...] por denotar el prolongado tiempo transcurrido desde su concesión la desaparición del desequilibrio que determinó su nacimiento, haciéndolo desproporcional al tiempo de vigencia del matrimonio que determinó su nacimiento», y d) «en el presente caso no puede racionalmente mantenerse el mantenimiento del desequilibrio que determinó su concesión más allá de un año a partir de la fecha de esta resolución, so pena como se ha dicho de hacer de la misma una carga insoportable y vitalicia que el legislador no concibe con cargo al matrimonio».

D.ª Cecilia interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la Sentencia del Juzgado manteniendo por tanto la pensión compensatoria.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del recurso de casación denuncia la infracción de los arts. 97, 100 y 101 CC. Señala que la sentencia recurrida somete la pensión compensatoria al plazo de un año a partir de la propia decisión, y la duración en este caso «quedó establecida en el convenio ratificado por la sentencia de separación y las posteriores sobre la posible modificación de la medida siempre por el mismo motivo, al determinarse que el simple paso del tiempo no faculta para postular la supresión de la pensión compensatoria, máxime que ningún límite temporal se estableció a la hora de fijarla». Sobre el transcurso del tiempo como causa de extinción de la pensión compensatoria, las Audiencias Provinciales se han pronunciado de forma no uniforme. Aporta

las sentencias de las Audiencias Provinciales de Valencia en el litigio anterior entre las mismas partes sobre modificación de medidas; la de la propia Audiencia Provincial, núm. 366, de 4 junio 2007, ambas diciendo que no puede revisarse la pensión en tanto no se hayan alterado sustancialmente las condiciones que determinaron el reconocimiento; asimismo, aporta en el mismo sentido las de la propia Audiencia Provincial de Valencia, núm. 394, de 21 junio 2004 y de Málaga, núm. 456/ 2007, de 6 septiembre y de Baleares, núm. 289/2002, de 29 abril. En contra cita la sentencia núm. 578/2006, de 24 octubre de la propia Audiencia Provincial de Valencia.

El motivo se estima.

El presente recurso se plantea por considerar que existe doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales respecto a la revisión de la pensión compensatoria por el simple transcurso del tiempo. En definitiva, se discute aquí si la interpretación del Art. 101 CC permitiría incluir esta causa, como realiza la sentencia recurrida.

El Art. 101 CC permite la revisión de la pensión «por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona». Ninguno de los dos últimos supuestos concurre aquí, por lo que se debe determinar si el simple transcurso del tiempo sería un supuesto incluido en la primera de las causas previstas en el Art. 101.1 CC.

Las condiciones que llevaron al nacimiento del derecho a la pensión compensatoria pueden cambiar a lo largo del tiempo. Cuando ello ocurra, el obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o parcialmente. El simple paso del tiempo no constituye una causa de extinción de la pensión, salvo que se haya pactado a plazo o bien se haya impuesto judicialmente de forma temporal.

En el presente caso, no puede admitirse la extinción de la pensión compensatoria, porque: 1.º No se había constituido como temporal; 2.º No se ha probado que concurran causas para la modificación de medidas.

En consecuencia, esta Sala dicta la siguiente doctrina: el simple transcurso del tiempo no constituye causa de extinción de la pensión compensatoria, salvo que se haya establecido de forma temporal.

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Donato y D.ª Edurne contrajeron matrimonio en 1979. Tuvieron dos hijas, que eran mayores de edad en el momento de la separación. El régimen económico matrimonial fue el de gananciales.

En el momento de producirse la crisis matrimonial, el marido se hallaba destinado en un puesto de seguridad y protección de una embajada española en el extranjero desde 2006. La esposa era perceptora de una pensión por incapacidad permanente total para su profesión habitual, que es retribuida con el 55% de la base reguladora y que, cuando alcance los 65 años, pasará al 100% de dicha base.

D. Donato interpuso demanda de divorcio. En ella, proponía atribuir el uso del domicilio conyugal a su esposa; respecto a la pensión compensatoria, decía que el salario que percibía se componía de un sueldo base, más unos complementos por el hecho del desplazamiento, que a su parecer no constituían parte del sueldo; por ello proponía en la demanda que se atribuyera como pensión a la esposa la cantidad de 250 euros mensuales, hasta que alcanzara la edad de 55 años, momento en que su pensión por incapacidad debía modificarse al alza.

Edurne se opuso, alegando que las cantidades percibidas por su marido formaban parte de su sueldo; que se encontraba enferma y que su matrimonio había durado 28 años, por lo que pedía una pensión compensatoria de 2.500 euros.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Valencia dictó sentencia acordando el divorcio y entre otras medidas fijó una pensión compensatoria a favor de a esposa de 1.800 euros al mes sin límite temporal alguno, considerando que dicha cuantía es más proporcional a la situación familiar actual y a la mantenida durante el matrimonio que la que estiman cada una de las partes.

En grado de apelación, la Sec. 10.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 10 de abril de 2008 y rebajó la pensión a la cantidad de 800 euros. Señala la sentencia que las cantidades complementarias las cobraba el apelante desde el año 2006, en que «ya se estaba fraguando la ruptura de la convivencia», por lo que «[...] se desprende que durante la mayor parte del tiempo en el que los cónyuges vivieron juntos el nivel de vida de la familia era más modesto, correspondiente al sueldo ordinario de un guardia civil y, en consecuencia, no está justificada la cuantía fijada por el juzgado *a quo*».

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En primer lugar debe señalarse que el presente recurso no presenta en realidad contenido casacional, ya que lo que pretende únicamente el único motivo admitido es que se revise la cantidad atribuida como pensión compensatoria. Además no sirven las sentencias que se citan para justificar el interés casacional, ya que las SSTS 43/2005, de 10 febrero y 307/2005, de 28 abril no tratan el problema concreto planteado en el recurso; la de 17 junio de 2003 se refiere a una unión de hecho y la de 2 diciembre 1987 no puede ser identificada al haber dos sentencias sobre el mismo tema en esa fecha. A pesar de ello y dado que se ha admitido a trámite y para evitar que se alegue indefensión, se va a examinar.

Señala la recurrente que se opone a la total doctrina del TS, que entiende que el desequilibrio económico que se pretende aminorar es el generado por la separación o el divorcio en el momento de la ruptura del matrimonio. Dice la recurrente que responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico producido con motivo de la ruptura matrimonial en uno de los cónyuges que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. La desigualdad resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno antes y después de la ruptura. Cita como infringidas las SSTS 43/2005, de 10 febrero, 307/2005, de 28 abril, 2 diciembre 1987 y 17 junio 2003.

El motivo se desestima.

El planteamiento correcto de la respuesta exige que examinemos tres cuestiones que se plantean en el recurso:

1.ª Hay desequilibrio, puesto que ambas partes están de acuerdo en ello y así ha quedado probado.

2.ª Esta Sala ha dicho reiteradamente que el desequilibrio debe computarse en el momento de la crisis matrimonial; por tanto, no es posible utilizar la media del nivel de vida a lo largo de los años del matrimonio.

3.ª Respecto a la cantidad, también se ha dicho reiteradamente que la pensión compensatoria no es un sistema de equilibrio de patrimonios de los cónyuges, ni de los ingresos que cada uno obtenga de sus respectivos sueldos o pensiones, aunque, como afirma la STS 43/2005 de 10 febrero, citada como infringida, «sí ha de probarse 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 disfruta el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluto entre dos patrimonios».

En el presente recurso se pretende que se acepte que los cónyuges, al divorciarse, compartan los ingresos del marido como si estuvieran casados, olvidando que ello es propio del régimen económico matrimonial y no de la pensión compensatoria, cuando, además, dichos ingresos son temporales y aceptar la propuesta de la esposa, rechazada en la sentencia apelada, equivaldría a obligar al marido a mantenerse en este puesto de trabajo no se sabe hasta qué momento.

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Casiano y D.ª Pilar contrajeron matrimonio en 1981. Tienen dos hijos mayores de edad.

El 19 de julio de 2004 se dictó sentencia de separación de los cónyuges, que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Bizkaia el 16 de febrero de 2006. En ella se acordaron las siguientes medidas: a) el uso y disfrute de la vivienda conyugal se atribuía a la esposa, y b) se establecía que el marido pagaría una pensión compensatoria de 2.000 euros durante cinco años y de 1.500 euros durante los tres siguientes, hasta completar un periodo de ocho años.

En 2007, D. Casiano formuló demanda de divorcio. En ella pidió la disolución del matrimonio por divorcio, que se modificaran las medidas acordadas en la separación en el sentido de atribuir al demandante el uso de la vivienda porque la esposa no la utilizaba, y que se extinguiera la pensión compensatoria porque D.ª Pilar convivía en relación de pareja con otra persona y además, trabajaba en una inmobiliaria. El suplico de la demanda pedía lo siguiente: «B) la extinción de la pensión compensatoria establecida a favor de la demandada con efectos de enero de 2005, condenándole a estar y pasar por dicha declaración, a practicar la liquidación de las pensiones pendientes de pago de acuerdo con dicho pronunciamiento y a devolver las cantidades que hubiera recibido desde la aludida fecha».

D.ª Pilar se opuso a las medidas pedidas, alegando que el marido no había hecho efectiva su obligación de pago de las pensiones, ni de otros gastos generados por el inmueble que constituyó en su día el domicilio familiar.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Santoña dictó Sentencia el 9 de febrero de 2009, acordó el divorcio y mantuvo las medidas establecidas en la sentencia de separación porque, en lo que se refiere a la fecha de extinción de la pensión compensatoria, el demandante conocía el hecho de la convivencia en el momento de la separación y no se opuso a la pensión; este hecho debió haber sido invocado en aquel procedimiento, sin que resultara procedente alegarlo en uno posterior (art. 400 LEC).

En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Santander dictó Sentencia el 13 de enero de 2010 estimando el recurso. Respecto de la pensión compensatoria, dijo que la convivencia de la Sra. Pilar era un hecho incontrovertido; que la ley lo contemplaba como causa de extinción de la pensión; que el marido podía reservarse la alegación de la causa de extinción en un procedimiento posterior y que, en consecuencia, declaraba la extinción de la pensión desde la sentencia que acordaba el divorcio, por tener ésta efectos constitutivos.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

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.

Previamente el Tribunal Supremo entiende que deben aclararse algunas cuestiones: la primera, se refiere a las situaciones de separación y subsiguiente divorcio, tal como venían reguladas en la normativa aprobada en el Código Civil por la ley de 1981. Debe establecerse si la sentencia de divorcio debe siempre aceptar las medidas tomadas en la separación, o bien pueden producirse efectos distintos cuando las circunstancias han cambiado y sean inútiles las anteriores medidas.

La segunda se refiere a los efectos del consentimiento que puede concurrir cuando el deudor de la pensión conoce la existencia de una causa de extinción, de acuerdo con el art. 101 CC y a pesar de ello, no se opone a su reconocimiento en la sentencia de separación.

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.

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Bienvenido y D.ª María Rosario contrajeron matrimonio en 1973. Tuvieron tres hijos, independientes económicamente en el momento de presentar la demanda de divorcio.

En 2001, D.ª María Rosario presentó demanda de separación. La pensión compensatoria acordada en esta sentencia fue modificada a la baja en la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 13 de noviembre de 2007, dictada en un procedimiento de modificación de medidas, acordándose una cantidad de 782 euros mensuales.

Por auto de 15 de noviembre de 2006 se aprobó la partición de los bienes gananciales, en los que se distribuyó el patrimonio cuya mitad ascendía a 4.087.754 euros.

D. Bienvenido contra D.ª María Rosario. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: «.... dictar sentencia estimando la solicitud de divorcio presentada por nuestro mandante, manteniendo el Convenio Regulador de la separación con supresión de la pensión compensatoria a favor de D.ª María Rosario, ordenando la anotación de la sentencia, una vez firme, en el Registro Civil del lugar del matrimonio, todo ello con expresa imposición de las costas del proceso a la demandada».

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 estimando la solicitud de Divorcio, y desestimando íntegramente la demanda de Modificación de Medidas, con imposición de las Cosas, expresamente al actor».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Salamanca dictó Sentencia el 22 de junio de 2009 acordando el divorcio y desestimando la pretensión de supresión de la pensión compensatoria que había sido fijada a favor de la demandada D.ª María Rosario, imponiendo las costas de la modificación al actor D. Bienvenido y sin hacer pronunciamiento en cuanto a las del divorcio. Como argumento alegó que «el solo hecho de la adjudicación no hace desaparecer el desequilibrio pues cada cónyuge hace suyo lo que le correspondía en el acervo ganancial, derecho que ya tenía al fijarse la pensión»; b) esta polémica se cerró con la STS de 8 de octubre de 2008, y c) «la adjudicación no supone un incremento del patrimonio sino la concreción de los bienes que integraban la mitad del haber ganancial de cada uno de los cónyuges, lo que no afecta al desequilibrio que la pensión compensa y que conduce a desestimar la pretensión de modificación».

En grado de apelación, La AP de Salamanca dictó Sentencia el 25 de enero de 2010 revocando parcialmente la sentencia de instancia y fijando la cuantía de la pensión compensatoria en la cantidad de 300 euros, declarando asimismo que esta pensión quedará extinguida en el plazo de tres años a partir de la fecha de esta sentencia. Señalaba la Sentencia que, en la actual situación, es posible que no se pueda obtener el rendimiento de los inmuebles, por lo que, prudentemente, redujo la pensión compensatoria a 300 euros por un periodo de tres años para su extinción. Porque, en definitiva, «ninguno de los contrayentes de aquel matrimonio se halla después de la adjudicación de su parte de bienes gananciales en una situación huérfana».

D.ª María Rosario interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los motivos del recurso van en contra de la limitación temporal de la pensión compensatoria que se estableció en la Sentencia de la Audiencia Provincial. En el primer motivo se alega la infracción del Art. 97 del CC, en relación con el art. 100 CC. Dice la recurrente: a) que el art. 97 CC no se ha tenido en cuenta en la sentencia recurrida, y b) en relación al art. 100 CC, que la atribución ganancial hace que la sentencia recurrida coloque a la recurrente en una posición económica «tremendamente superior a la gente común» y ello la convierte en una alteración

sustancial, inexistente, contraria a la doctrina jurisprudencial del TS, en base a la que procede a temporalizar la pensión, que hasta aquel momento era indefinida, a lo que la recurrente se opone. En el segundo motivo se alega la vulneración de las SSTS núm. 917/2008, de 3 octubre y 162/2009, de 10 marzo, por considerar que la pensión compensatoria puede extinguirse con la liquidación de la sociedad de gananciales, que a su entender implica un aumento de fortuna y ello sin más, le permite limitar en el tiempo y en la cuantía la pensión compensatoria, cuyas circunstancias de edad, salud, dedicación pasada a la familia, la convierte en perfil inadecuado para la pensión temporal.

Ambos motivos se desestiman.

Los dos argumentos utilizados en el presente recurso de casación son: a) sobre si 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) si 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.

1. La conversión de la pensión por tiempo ilimitado en pensión temporal.

El Código civil adopta una solución adaptable a las circunstancias de cada cónyuge en cada momento respecto de las medidas que se hayan tomado por la existencia de desequilibrio entre los cónyuges «que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio». Juntamente con esta norma contenida en el art. 97.1 CC, el art. 100 CC, que se ha denunciado como infringido, permite modificar la pensión ya acordada cuando «concurran alteraciones sustanciales de la fortuna de uno u otro cónyuge». Como afirmó en su día la STS de 17 marzo 1997, «no se revisa una decisión judicial desde una perspectiva histórica, sino que se pretende su modificación por circunstancias sobrevenidas, inexistentes cuando se dictó, si se produjera una alteración sustancial de la fortuna de uno o del otro cónyuge». Es decir, 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.

2. La liquidación del régimen de bienes como alteración sustancial en la fortuna de uno de los cónyuges.

Se plantea entonces un nuevo problema, que es el referido a lo que debe entenderse como alteración sustancial en el art. 100 CC, cuya concurrencia va a permitir la modificación. En el presente recurso y a lo largo de todo el procedimiento, se ha estado discutiendo si la atribución de bienes concretos de la ya existente sociedad de gananciales constituye o no una alteración que permitirá la aplicación del art. 100 CC.

La recurrente cita a su favor las SSTS 917/2008, de 3 octubre y la 162/2009, de 10 marzo. En la primera, citada asimismo en la sentencia de 1.ª instancia, dictada en un procedimiento de reconocimiento de sentencia canónica de nulidad matrimonial en el orden civil, se afirma que lo decisivo no es el paso del tiempo, «sino la superación del desequilibrio económico que justificó la concesión del derecho, lo que no ha ocurrido, debiéndose descartar también que el hecho de que la esposa fuera adjudicataria de bienes como resultado de liquidarse la sociedad de gananciales implique un incremento de su fortuna con relación a la que fue tomada en consideración, reveladora de la posibilidad de superar el desequilibrio que justificó la pensión, pues la liquidación sólo provoca la concreción del haber ganancial, es decir, que la esposa viera concretado en bienes y derechos determinados el haber ganancial que ya le correspondía vigente el matrimonio, siendo así que su fortuna no ha variado ni dicha liquidación afecta a la situación de desequilibrio, cuando 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» (énfasis añadido). De donde hay que concluir que la doctrina de dicha sentencia no se funda en la simple atribución de los bienes gananciales como consecuencia de la liquidación de la sociedad, sino que el desequilibrio se producía por otras causas, expuestas en

el argumento de la sentencia, causas que no desaparecían con la adjudicación.

La segunda sentencia citada como infringida es la 162/2009, de 10 marzo. Señala que se ha acreditado totalmente la existencia de desequilibrio y que «ni la adopción de este régimen resulta incompatible con el derecho a pensión, ni la disolución y liquidación del régimen legal de gananciales que venía rigiendo es incompatible con la generación del desequilibrio, en tanto siguió subsistiendo el matrimonio y la convivencia, y la esposa no recibió más que la mitad de lo que legalmente le correspondía, pero no la compensación por el desequilibrio que le produjo la ruptura y que, más allá de que le correspondieran bienes en igual valor que los de su marido, viene determinado por el hecho de haber dedicado 29 años de su vida a la familia y a subvenir con su dedicación a los éxitos económicos y empresariales de su esposo, y por el hecho de que, al separarse, su falta de experiencia y formación profesional, junto a su edad, la sitúan en desventaja frente al marido, al no tener la esposa otro patrimonio que el recibido, pero con dificultad de administrarlo adecuadamente o de incrementarlo con su trabajo, como ha quedado dicho».

Es decir, no pueden admitirse como vulneradas unas sentencias que fundan el mantenimiento del derecho a la pensión en la existencia de desequilibrio a pesar de la liquidación de la sociedad de gananciales.

En cambio, la recurrente no cita, pudiendo hacerlo dada la coincidencia temporal, la sentencia de este Tribunal, número 864/2010, de 19 enero, del Pleno de esta Sala y posterior a las citadas como infringidas, en la que se declara la siguiente doctrina jurisprudencial «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».

En consecuencia de lo anterior y debiendo aplicar la Sala la doctrina actual que ha sido dictada para unificar doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, en virtud de lo dispuesto en el art. 477.2,3 LEC, debe declararse que la posterior adjudicación a D.ª María Rosario de bienes gananciales en exclusiva por un valor superior a los 4 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. Por ello es también adecuado que se acuerde una pensión temporal, tal como ha efectuado la sentencia recurrida.

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Armando y D.ª María Purificación habían contraído matrimonio en 1975. La sentencia de separación, de 1992, estableció una pensión compensatoria de 150.000 ptas (901,52 euros).

Se inició el procedimiento de divorcio, recayendo sentencia definitiva el 12 noviembre 1996 (Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª). Se estableció una pensión compensatoria de 600 euros a favor de la esposa.

En 2008, D. Armando interpuso demanda de modificación de medidas, en la que pidió que se extinguiera la pensión compensatoria acordada en 1996, porque la Sra. María Purificación gozaba de un empleo estable, por el que obtenía unos ingresos adecuados y que los del marido habían sufrido una disminución.

D.ª María Purificación opuso que la situación actual era la misma que en el momento del divorcio.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Vigo estimó la demanda y declaró extinguida la pensión compensatoria con los siguientes argumentos: a) a diferencia de lo que ocurría en el momento del divorcio, no se producía la temporalidad en el empleo de la demandada, puesto que, desde el año 2000, D.ª María Purificación había trabajado sin interrupción, lo que constituía «una modificación sustancial en su situación económica, pues ya no tiene la precariedad laboral que tenía en el momento de dictarse la sentencia de divorcio, y sus ingresos son regulares y de una entidad que le permiten vivir con total dignidad sin necesitar la ayuda del que fue su marido»; b) aunque la pensión no se extingue por el mero transcurso del tiempo, «el pago de una pensión compensatoria por más de quince años junto al hecho de que la demandada en la actualidad esté percibiendo unos importantes ingresos se estiman por esta juzgadora como datos relevantes justificativos de que el desequilibrio económico que en su día se tuvo en cuenta para primero establecer y después reducir el importe de la pensión ahora discutida ha de entenderse desaparecido, lo que justifica y ampara que la pensión compensatoria pueda jurídicamente extinguirse, al haber desaparecido la causa que motivó su establecimiento, tal y como prevé el Art. 101 CC».

En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Pontevedra dictó Sentencia el 12 de marzo de 2010, estimó en parte el recurso y redujo la pensión a 500 euros. Los escasos argumentos de la sentencia se centraron en que tomando en cuenta los ingresos prácticamente inalterados del marido, aunque «[...] ha mejorado la situación» de la apelante hasta el punto de que en el momento de la sentencia obtenía unos ingresos de 2.000 euros mensuales brutos, «sigue encontrándose en una situación de desequilibrio económico, aunque lógicamente menor, con respecto a su consorte».

D. Armando interpone recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien confirmó la Sentencia del Juzgado que declara extinguida la pensión.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del recurso es la infracción del Art. 97 CC, en relación con los Arts. 100 y 101 CC y la doctrina jurisprudencial que los desarrolla. Señala que la ratio del Art. 97 es restablecer un equilibrio que puede ser coyuntural, por lo que esta Sala admitió en su día la posibilidad de establecer una pensión temporal. Señala que es presupuesto para la pensión la existencia de un desequilibrio entre los cónyuges que determine para el acreedor de la pensión un empeoramiento a la situación de la que disfrutaba durante el matrimonio y ello es aplicable también a los procedimientos de modificación de medidas, por lo que «el límite temporal, en el caso de que no se haya fijado en el momento de establecerse la pensión, podrá judicialmente decretarse poste-

riormente, si se cumplen los requisitos jurisprudencialmente exigidos para el establecimiento de la pensión con limitación temporal». La tesis de la sentencia recurrida es la del carácter vitalicio de la pensión, lo que es contrario a la jurisprudencia del TS. En consecuencia, pide en el recurso que se anule la sentencia recurrida y que se reponga la de 1.ª instancia.

Se ha dicho repetidamente por esta Sala que la pensión compensatoria está concebida en la ley como un medio para evitar el desequilibrio producido en uno de los cónyuges por la separación o el divorcio, pero ello no implica que sea un medio para lograr la igualación entre los cónyuges (STS 864/2010, de 19 enero, entre otras). Debe comprobarse si este desequilibrio sigue manteniéndose, o bien, en los casos en que sea aplicable el art 100 CC, si han desaparecido las circunstancias que lo motivaron y por tanto, desaparece la razón de ser de la pensión.

En el presente supuesto, se ha probado la actividad laboral de la Sra. María Purificación, que 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 equiparada, 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, a salvo los casos previstos en el art. 97 CC.

La estimación del único motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Armando contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.ª, de 12 marzo 2010.

En consecuencia, se anula la sentencia dictada por dicha Audiencia Provincial y se repone la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Vigo, de 2 junio 2009, que estimó la demanda presentada por D. Armando.

DISPOSICIONES DE BIENES ENTRE PADRE E HIJOS

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Pablo compró a su madre, ahora fallecida, la nuda propiedad de un inmueble situado en Barcelona. El precio pactado no se pagó nunca.

D. León y D. Luis demandaron a su hermano D. Pablo, pidiendo la nulidad de la compraventa por falta de uno de los elementos esenciales, el precio.

El demandado reconoció en la contestación a la demanda que se trató de una venta simulada, ya que en realidad se había otorgado una donación de la nuda propiedad de la finca. Sin embargo y a pesar de ello, concurrían los requisitos para la validez de dicha donación. Al mismo tiempo formuló reconvención, en la que pidió que se declarase que la escritura de 14 de julio de 2003 encubría realmente una donación.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 34 Barcelona dictó Sentencia el 26 de junio de 2007 estimó la demanda reconvencional y desestimando la principal. Puntualizó que el objeto del litigio residía en determinar si la compraventa existió o fue nula por falta de precio en el sentido de nulidad absoluta, como sostienen los demandantes, o bien concurrió nulidad relativa, como afirman el demandado.

En grado de apelación, la Sec. 11.ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 15 de octubre de 2008, desestimó el recurso interpuesto por D. León y D. Luis.

D. León y D. Luis interponen recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien estimó la demanda presentada por D. León y D. Luis declarando la nulidad de la compraventa realizada entre D. Pablo y D.ª Covadonga, así como la nulidad de la donación celebrada entre estos mismos contratantes.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso alegando los recurrentes la incorrecta aplicación del art. 633 CC. Sostienen que las consideraciones de la sentencia recurrida infringen el alcance y contenido del art. 633 CC, que exige la escritura pública para la validez de una donación de un bien inmueble. Asimismo exige que la aceptación del donatario conste en la misma escritura de donación o en otra separada. Por tanto solo la escritura pública dota de validez y eficacia a la donación, de modo que cuando se otorga una compraventa que resulta ser simulada y que en realidad esconde una donación, aun probada, ésta carece de validez por falta de forma. Alega la STS, de pleno, 1394/2007, de 11 enero y las posteriores que aplican el criterio sostenido en la de Pleno.

A este motivo alega la parte recurrida que el recurso pretende aplicar con eficacia retroactiva el cambio jurisprudencial. Se trata de negocios jurídicos otorgados en la confianza de una jurisprudencia flexible anterior, por lo que se vulnera la seguridad jurídica y, además, la idea de la justicia y de la igualdad exige que los casos iguales sean tratados igualmente.

El motivo se estima. La STS 1394/2007, de 11 de enero, dictada en unificación de doctrina, puso de relieve, en su FJ 4 la existencia de una doctrina contradictoria del TS acerca de la validez de la donación disimulada bajo un contrato de compraventa simulado que se declara nulo, por lo que se hacía necesario en aquel momento que el Tribunal Supremo se pronunciase en unificación de doctrina. La citada sentencia 1394/2007 utilizó los siguientes argumentos, que son plenamente aplicables al caso objeto del presente recurso de casación:

1.º La nulidad de la compraventa simulada impide que se considere válida la donación disimulada de inmuebles y ello aunque se pruebe la concurrencia del animus donandi y la aceptación del donatario.

2.º «El art. 633 Cód. civ., cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del art. 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos».

3.º En aplicación de esta doctrina se han pronunciado las SSTS 40/2007, de 25 enero; 46/2007, de 31 enero; 1204/2007, de 26 febrero; 1047/2007, de 10 octubre; 1204/2007, de 20 noviembre: 1288/2007, de 29 noviembre; 236/2008, de 18 marzo; 317/2008, de 5 mayo; 287/2009, de 4 mayo; 378/2009, de 27 mayo; 826/2009, de 21 diciembre, 25/2010, de 3 febrero y 824/2011 de 11 de noviembre.

La Sala debe aplicar la doctrina jurisprudencial actual formulada para los casos iguales. Por ello, en este caso debe declararse que:

1.º D. Pablo reconoció que el contrato de compraventa del inmueble disimulaba una donación.

2.º No existió una escritura de donación en la constara el *animus donandi* y la aceptación del donatario, conforme exige el art. 633 CC.

Por ello, la donación disimulada contenida en el contrato de compraventa simulado llevado a cabo entre D. Pablo y su madre, la Sra. Covadonga, del inmueble consistente en la vivienda puerta …, en la planta piso …, de la casa núm. … de la calle … de Barcelona, debe ser declarada nula por no haberse otorgado en escritura pública, según lo establecido en el art. 633 CC.

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Cosme vendió a sus hijos D. Eloy y D.ª Inés, en escritura pública otorgada el 25 de agosto de 2005, la nuda propiedad de una finca por un precio confesado de 304.500 euros. Se consideró probado que los compradores habían pagado solo una cantidad de unos 30.000 euros, en pagos parciales y en metálico. También se consideró probado que los actores vivían en la vivienda vendida por su padre hasta el fallecimiento de éste, encargándose del mismo durante su enfermedad.

Al fallecimiento del padre, su hijo y heredero D. Alejandro demandó a sus hermanos y coherederos y a la esposa de su hermano. Pidió que se declarara la nulidad de la escritura pública de compraventa suscrita el 25 de agosto de 2005, por tratarse de un negocio simulado carente de causa por carecer de precio.

En la contestación, los demandados alegaron que D. Alejandro había sido beneficiado por su padre con una serie de donaciones y pago de deudas y préstamos. Además alegaron que se pactó una auténtica compraventa, aunque el precio se fue pagando en parte y en metálico y que a la muerte del padre solo se habían hecho efectivos 30.000 euros.

El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Denia dictó Sentencia el 15 de febrero de 2008 desestimó la demanda. Consideró probado: a) la concurrencia de precio; b) que aunque el precio de venta de la casa podría haber sido fijado por debajo del valor del mercado, debía tenerse en cuenta que el vendedor se reservó el usufructo; c) no puede hablarse de inexistencia de causa. En el acto de la vista, la parte demandada alegó que en todo caso se trataría de una simulación relativa por haber efectuado el padre difunto una donación remuneratoria; la sentencia de 1.ª instancia dijo que «si partimos de que tan solo se han entregado 30.000 euros que sí están acreditados documentalmente, puede entenderse que dada la ínfima cuantía

podríamos estar ante una simulación relativa en la que la voluntad verdadera de las partes era la de donar y no el cambio de bienes por dinero»; alegando una sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 6 de marzo de 2007, la sentencia dice que «en el presente caso, podemos concluir que en última instancia estaríamos ante un contrato simulado, y ante una simulación relativa que escondería una verdadera donación de carácter onerosa, acreditado que se entregó la suma de 30.000euros, y que el padre cuando vende se reserva el usufructo, continuó viviendo con los hijos que le cuidaron hasta su muerte».

En grado de apelación la AP Alicante, sec. 6.ª, dictó Sentencia el 22 de abril de 2009 desestimando el recurso. Los argumentos fueron: a) debidamente valorada la prueba, existe una donación remuneratoria «por los servicios prestados por los demandados al padre de éstos y al actor»; b) alega la STS de 30 de diciembre de 1998, y c) que el padre había efectuado otras donaciones al demandante/recurrente y no se ha acreditado ningún perjuicio económico para él ni para la legítima.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el único motivo del recurso se denuncia la infracción del art. 633 CC y la doctrina que lo interpreta, especialmente las SSTS de 11 enero 2007, 26 febrero 2007, 5 mayo 2008 y 4 mayo 2009, entre otras. La sentencia recurrida dice que después de la prueba efectuada, se deduce que la donación impugnada es una donación remuneratoria y en aplicación de la actual jurisprudencia de esta Sala, dicha donación es nula por carecer del requisito de la forma exigido en el Art. 633 CC. La sentencia recurrida pese a admitir que nos hallamos ante una compraventa simulada, lo equipara a una donación remuneratoria y en base a ella y la jurisprudencia que se invoca, se valida la transmisión del inmueble, lo que es contrario a la actual jurisprudencia. De este modo la escritura pública de compraventa simulada no cumple los requisitos del Art. 633 CC.

El motivo se estima.

Para la aplicación de la doctrina que se sienta en la STS 1394/2007, de 11 de enero, dictada en unificación de doctrina, se exige que se trate de una compraventa simulada de inmuebles, lo que impide que se considere válida la donación disimulada, de modo que, según la propia sentencia «[...] una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del Art. 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos».

En aplicación de esta doctrina, se han pronunciado las SSTS 40/2007, de 25 enero; 46/2007, de 31 enero; 1204/2007, de 26 febrero; 1047/2007, de 10 octubre; 1204/2007, de 20 noviembre: 1288/2007, de 29 noviembre; 236/2008, de 18 marzo; 317/2008, de 5 mayo; 287/2009, de 4 mayo; 378/2009, de 27 mayo; 826/2009, de 21 diciembre y 25/2010, de 3 febrero, entre otras.

Habiendo dicho la sentencia recurrida que el contrato llevado a cabo entre D. Cosme y sus hijos D. Eloy y D.ª Inés fue una donación remuneratoria, debería haber aplicado la doctrina antes referida, por lo que debe casarse la sentencia recurrida.

La estimación del recurso de casación obliga a la Sala a asumir la instancia. La cuestión en la que debe pronunciarse esta Sala se refiere a la naturaleza, onerosa o gratuita, del contrato celebrado entre D. Cosme y sus hijos, cuya nulidad se pide en la demanda. La valoración de las pruebas presentadas en este procedimiento, permite considerar probada la concurrencia de precio real, que de acuerdo con las valoraciones efectuadas, no resulta extravagante en relación con lo que en el mercado se viene pagando por un inmueble de la misma calidad y en las mismas circunstancias que el vendido por D. Cosme, ya que se reservó el usufructo. Además, la existencia del precio se demostró por el efectivo

pago de unas cantidades que si bien son de escasa cuantía, demuestran la finalidad del vendedor de no efectuar una donación, sino un contrato oneroso.

Por tanto, no ha quedado probada, como correspondía, la concurrencia del deseo de liberalidad del vendedor en el momento de otorgamiento del contrato, y de aquí que no quede probada la simulación. Incluso en el caso que se entendiese que después de efectuada la venta, el vendedor desistió de reclamar el precio, no por ello se convertiría la venta en una donación, puesto que la hipotética condonación del pago del precio debería ser tratada como donación de un bien mueble y no de bienes inmuebles, por lo que no hubiera requerido la escritura pública exigida en el Art. 633 CC para su validez. Sin embargo, lo que se acaba de argüir, no deja de constituir una hipótesis argumentativa, puesto que no se ha demostrado en el procedimiento la concurrencia del ánimo de liberalidad en ninguna de las fases del contrato.

Por todo lo anterior procede la desestimación de la demanda presentada por D. Alejandro contra D. Eloy y D.ª Inés y D.ª Ruth.

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

Ponente: **Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Jacobo interpuso demanda de juicio ordinario contra su hija D.ª Adelaida, su yerno D. Pelayo, y contra Banco Atlántico, S.A., y Solbank SBD, S.A. solicitando se dicte sentencia por la que: 1. Se declare la nulidad por simulación de los contratos de compraventas celebrados entre los testaferros D.ª Adelaida y D. Pelayo y los vendedores D. Jesús Miguel, D.ª Estibaliz y D. Basilio, ante el notario D. José Macias Gallego. Números de protocolo 280 y 282. 2. Se declare cierta la titularidad dominical de D. Jacobo sobre las fincas de autos desde la fecha de 21 de febrero de 2001 que figura en el contrato privado de compraventa celebrado con D. Jesús Miguel, D.ª Estibaliz y D. Basilio y se obligue a los demandados a pasar por dicha declaración. 3. Se libre mandamiento al Registro de la Propiedad número uno de Dos Hermanas para que se proceda a la rectificación de las inscripciones relativas a las fincas siguientes: Finca número …, tomo …, folio …, Finca número …, tomo …, folio …, Finca número …, tomo …, folio … Cancelando la inscripción de las fincas … y … de las que, resultan como titulares registrales los demandados Sra. Adelaida y D. Pelayo, en calidad de copropietarios de sus respectivas mitades pro-indivisas, e inscribiéndose a nombre de D. Jacobo por corresponderse con la realidad extrarregistral acreditada. E igualmente respecto de la finca …, inscrita a nombre de los demandados y de D. Jacobo, se cancele la inscripción registral extendiéndose nueva inscripción a favor de D. Jacobo por ser único titular dominical de la misma. 4. Se declare, por ser inherentes al reconocimiento de la propiedad que se pide a favor de D. Jacobo, su condición de deudor de las hipotecas accesorias que gravan las fincas mencionadas. 5. La condena a los demandados al pago de las costas de este juicio de oponerse a lo instado».

Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de Banco Atlántico, S.A., D.ª Adelaida y Solbank SBD, S.A. se allanaron a la demanda; la representación procesal de D. Pelayo 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, «... dicte Sentencia por la que se desestime la demanda con imposición de las costas en la forma también instada...».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Dos Hermanas (Sevilla) dictó Sentencia el 20 de de noviembre de 2006, estimando la demanda con los siguientes pronunciamientos: 1.º Debo declarar y declaro la nulidad por simulación de los contratos de compraventa celebrados entre Dña. Adelaida y D. Pelayo y los vendedores D. Jesús Miguel, Dña. Estibaliz y D. Basilio ante el notario D. José Macias Gallego, números de protocolo 280 y 282 2.º Debo declarar y declaro cierta la titularidad dominical de D. Jacobo sobre las fincas n.º …, n.º … y n.º … inscritas en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Dos Hermanas, desde el 21 de febrero de 2001 que figura en el contrato privado de compraventa celebrado con D. Jesús Miguel, Dña. Estibaliz y D. Basilio obligando a los demandados a pasar por dicha declaración 3.º Debo acordar y acuerdo librar mandamiento al Registro de la Propiedad n.º 1 de Dos Hermanas para que se proceda a la rectificación de las inscripciones relativas a las fincas siguientes: finca n.º …, n.º …, y n.º …, cancelando la inscripción de las fincas … y … de las que resultan titulares registrales los demandados Sra. Adelaida y D. Pelayo, en calidad de copropietarios de sus respectivas mitades proindivisas debiendo inscribirse a nombre de D. Jacobo por corresponderse con la realidad extraregistral acreditada e igualmente respecto de la finca …, inscrita a nombre de los demandados y de D. Jacobo, se cancele la inscripción registral extendiéndose nueva inscripción a favor de D. Jacobo por ser único titular dominical de la misma 4.º Debo declarar y declaro, la condición de deudor de las hipotecas accesorias que gravan las fincas mencionadas a D. Jacobo. En cuanto a las costas del procedimiento, se imponen a D. Pelayo sin que proceda hacer pronunciamiento sobre las mismas respecto del resto de codemandados.

En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Sevilla dictó Sentencia el 8 de noviembre de 2007 estimando el recurso interpuesto por D. Pelayo revocando la sentencia del Juzgado para desestimar la demanda.

D. Jacobo interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la Sentencia del Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

D. Jacobo formuló demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de nulidad por simulación de dos contratos de compraventa cuyo objeto eran dos locales comerciales y un piso, situados en la localidad de Dos Hermanas (Sevilla), contra su hija D.ª Adelaida, el esposo de ésta D. Pelayo, el Banco Atlántico y Solbank, afirmando que es el auténtico propietario de aquellos bienes por compra anterior a D. Jesús Miguel mediante documento privado de 21 de febrero de 2001, aunque D.ª Adelaida y D. Pelayo aparecieron y actuaron como compradores en las escrituras públicas que se otorgaron como consecuencia de aquél en fecha 27 de febrero de 2001, lo que se hizo para poder financiar su adquisición mediante préstamo hipotecario, que se concedía a su hija D.ª Adelaida y no al demandante por razón de edad. Por ello solicitaba la declaración de nulidad de los referidos contratos y la declaración de ser el demandante titular de los bienes

inmuebles objeto de los mismos con los consiguientes efectos en el Registro de la Propiedad.

La Audiencia Provincial revocó la Sentencia del Juzgado al entender que debe prevalecer, según lo dispuesto en el artículo 1281 del Código Civil, «el sentido literal de las escrituras públicas de compraventa y de sus propias cláusulas en las que no hay indicio de duda o ambigüedad (...) pues sus términos son claros y sin sombra de duda (...) y debe estarse al sentido literal de lo manifestado», sin que afecte a ello, en el sentido expresado por el demandante, el hecho de que en el documento privado de compraventa apareciera como único comprador D. Jacobo.

El primer motivo del recurso se formula por infracción de las normas contenidas en el párrafo segundo del artículo 1281 y artículo 1282 del Código Civil, sobre la interpretación de los contratos.

El motivo prospera ya que la sentencia impugnada decide la desestimación de la demanda mediante la invocación de lo dispuesto por el artículo 1281 del Código Civil y la consideración de que lo expresado en las escrituras públicas ha de ser mantenido, siendo así que en las mimas aparece como uno de los compradores el demandado y, en consecuencia, ha de ser tenido como tal. No obstante, antes de proceder a la interpretación de un contrato es necesario determinar su validez cuando es discutida, pues si efectivamente se tratara de un contrato nulo por simulación nada habrá que interpretar.

En el caso presente son varios los datos fácticos que han resultado acreditados de los que resulta la existencia de una simulación relativa, datos que se recogen en la sentencia de primera instancia y que no se contradicen por la de apelación. Así en el contrato de compraventa recogido en documento privado de fecha 21 de febrero de 2001 es el demandante D. Jacobo el que figura como comprador único y el que abona la cantidad de dos millones de pesetas en concepto de parte del precio; por otro lado el vendedor D. Jesús Miguel manifestó ante Notario que las referidas fincas se vendieron a D. Jacobo y que conocía los trámites seguidos por el mismo para la obtención de un préstamo hipotecario así como la respuesta negativa obtenida por el mismo dada su edad por lo que reconducían la operación a través de D.ª Adelaida y D. Pelayo, los cuales actuarían como testaferros del verdadero comprador, teniendo a D. Jacobo como auténtico propietario de las fincas descritas; y también el director del Banco Atlántico aconseja orientar la operación a nombre de la hija del demandante por sobrepasar éste la edad requerida para poder ser beneficiario del préstamo y reconoce que quien pagaba realmente los préstamos hipotecarios era D. Jacobo. Por si lo anterior no fuera suficiente, consta igualmente acreditado que, inmediatamente después del otorgamiento de escritura pública, los demandados otorgaron poder a favor del demandante que le permitía realizar cualquier acto de disposición sobre las fincas compradas, como también constan los abonos realizados por éste en las cuentas donde se encontraban domiciliados los pagos correspondientes a los préstamos.

De ello cabe extraer como conclusión que, mediante acuerdo del que eran partícipes tanto la parte vendedora como la compradora, se interpusieron los demandados en la posición de compradores cuando en realidad el único comprador era el demandante D. Jacobo, dando lugar a la figura de la simulación relativa en la cual, quedando enterados los vendedores que, en consecuencia, carecen de interés en el asunto, se produjo la mencionada sustitución de modo que quedaba sin causa real la transmisión formalmente operada en escritura pública y se producía en realidad como negocio verdadero y válido el de venta a favor del demandante.

La simulación relativa («simulatio non nuda») constituye un supuesto de anomalía de la causa; es decir, comporta la expresión de una causa falsa cuando en realidad el resultado contractual querido y ocultado se funda en otra causa verdadera, suficiente y lícita (artículo 1276 del Código Civil), de modo que, descubierta la simulación, cambia la efectividad de la presunción sobre la causa, pues ya no se presume su existencia y licitud ni recae sobre el deudor la carga de probar su inexistencia (artículo 1277). En tal caso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1276 del Código Civil, demostrada la simulación, ésta se presume absoluta y frente a dicha presunción legal habrá de probarse la existencia del negocio disimulado y que su causa es verdadera y lícita.

El demandante ha acreditado en el caso la concurrencia de tales elementos de los que se extrae como consecuencia que existió una intención seria y lícita de celebrar un contrato de compraventa en el que él era el verdadero comprador pese a la presencia de personas interpuestas, por lo que, en consecuencia, procede la estimación de la demanda tal como entendió el Juzgado de Primera Instancia, cuya sentencia ha de ser confirmada.

UNIONES DE HECHO

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Rodolfo y D.ª Modesta habían convivido como pareja. D. Rodolfo había comprado una vivienda en la que habían continuado la convivencia hasta que cesó. Mientras D.ª Modesta estuvo ocupándola, una vez finalizada la convivencia, sin pagar renta de ninguna clase.

Unos años después del cese de la convivencia, D. Rodolfo requirió en vano a D.ª Modesta para que dejara el piso donde seguía viviendo.

D. Rodolfo interpuso contra D.ª Modesta demanda de desahucio por precario solicitando que se dictase sentencia por la que, estimando la demanda, se declare haber lugar al desahucio por precario, condenándola a que dentro del término fijado, deje libre y a disposición del actor, la vivienda objeto de esta litis, bajo apercibimiento de lanzamiento para el caso de no verificarlo condenando expresamente a la demandada en las cosas causadas.

D.ª Modesta se opuso a la pretensión del actor alegando que no era cierto que se encontraba en precario sino que estaba allí en virtud de la convivencia *more uxorio* mantenida con el demandante.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Gandía dictó Sentencia el 2 de abril de 2008 desestimando la demanda y condenado el actor al pago de las costas. Entendió que el proceso iniciado por D. Rodolfo era inadecuado para resolver las relaciones creadas entre demandante y demandada durante la convivencia, por lo que no había duda de que se trataba de ante una relación compleja a la que no podía ponerse fin acudiendo a la acción de desahucio por precario.

En grado de apelación, la Sec. 8.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 14 de julio de 2008 estimó la demanda declarando haber lugar al desahucio por precario condenando a la demandada Doña Modesta a que dentro del término que se fije deje libre y a disposición del actor la vivienda objeto de la litis, bajo apercibimiento de lanzamiento, en caso contrario, así como al pago de las costas de primera instancia y sin hacer pronunciamiento sobre las de esta alzada. La sentencia consideró que a) de acuerdo con las SSTS que citaba, «la mera convivencia de hecho "more uxorio" sin más, no es generadora de ninguna conse-

cuencia económica, ni demuestra la existencia de un régimen de comunidad de bienes, ni permite presumir que éste exista» ; b) había quedado probado que la vivienda fue adquirida únicamente por el Sr. Rodolfo y que la Sra. Modesta no había participado para nada en el pago de las cuotas de la hipoteca; c) que la LEC establece que el desahucio de una finca en precario se decidirá en juicio verbal, de acuerdo con el art. 250.1,2.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso extraordinario por infracción procesal.

Como único motivo del recurso se alega la infracción art. 443 LEC, en relación con 416 LEC. Establece la ley que para que prospere la acción de desahucio por precario, el demandante debe justificar un título que comporte la posesión real y que el demandado lo ocupe por mera tolerancia, sin pagar renta o merced y sin título. Estos requisitos son necesarios y como desde la primera instancia se ha acreditado la existencia de una convivencia de hecho entre demandante y demandada, no hay cesión gratuita y la recurrente ostenta un título de acuerdo con lo establecido por esta Sala en relación a las uniones de hecho.

El motivo se desestima.

Los artículos que la recurrente alega como infringidos regulan cuestiones relativas al juicio verbal. El Art. 443 LEC determina las formalidades para el desarrollo de la vista en este tipo de juicios y el Art. 416 LEC establece que el tribunal resolverá las cuestiones procesales que impidan «la válida prosecución y término del proceso», entre las que se encuentran las de jurisdicción y competencia.

Si bien no es claro el planteamiento de este motivo, ni las intenciones que llevan a la parte a formularlo del modo como lo hace, hay que considerar que está reproduciendo aquí la excepción que ha venido planteando durante todo el pleito sobre la inadecuación del procedimiento del juicio verbal de desahucio por precario para la extinción de la ocupación del piso propiedad del recurrido una vez acabada la convivencia de hecho. La sentencia recurrida señala que la cuestión procesal se ciñe a la ocupación del inmueble propiedad del Sr. Rodolfo por la recurrente, quien no ha aportado ningún título que permita excluir el tipo de procedimiento utilizado. Las disposiciones que se citan como infringidas no tienen nada que ver con el problema que se plantea en este litigio. Es más, el procedimiento seguido fue correcto, porque lo que se pretendía era lo previsto en el Art. 250.2 LEC, que establece que se decidirán en juicio verbal, las demandas «[...] que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario por el dueño [...]».

2. Recurso de casación.

Se alega como único motivo la inaplicación del art. 96.3 CC, en relación con la analogía establecida en el Art. 4.1 y 4.3 CC. Se considera vulnerado el principio general de protección del conviviente de hecho. Alega las SSTS 10 marzo 1998 y 16 diciembre 1996. Opina que la crisis de la convivencia de hecho es equiparable en relación al domicilio con las crisis matrimoniales, por lo que es indiscutible que el miembro de la pareja que no sea titular de la vivienda no puede ser considerado como un simple precarista y se le deben reconocer derechos a la posesión de la vivienda. Se vulnera la línea jurisprudencial en el sentido que propugna.

El motivo se desestima.

La principal razón de la desestimación del motivo reside en la STS 611/2005, de 12 septiembre, que proclama: a) «[...] que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio —STC 184/1990 y la 222/92, por todas—, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio

homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias»; b) «Por ello debe huirse de la aplicación por «analogía legis» de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio». Esta sentencia ha sido seguida por otras, especialmente las 160/2006, de 22 febrero; 1048/2006, de 19 octubre y 240/2008, de 27 marzo, sentencia esta a la que nos referimos a continuación. De acuerdo con ello, esta Sala ha abandonado algunas posturas que la citada STS 611/2005 llama «disímiles», para acogerse a la no aplicación por analogía a las parejas no casadas, de las normas reguladoras de los efectos del matrimonio y del divorcio.

Al descartarse la aplicación por analogía de las normas sobre disolución del matrimonio, únicamente si la concreta ley aplicable a la relación lo prevé, o bien ha habido un pacto entre los convivientes, se aplicara la correspondiente solución que se haya acordado. En el Código civil no existen normas reguladoras de esta situación por lo que es excluible aplicar por analogía lo establecido en el Art. 96 CC, que exige el matrimonio, porque está regulando la atribución del domicilio tras el divorcio. En consecuencia, no puede alegar la recurrente que tiene un derecho a ocupar la vivienda, puesto que su situación es diversa, de acuerdo con la jurisprudencia que se ha citado.

Antes se ha hecho referencia a la STS 240/2008, que resuelve un supuesto muy semejante, aunque la discusión se produjo entre el conviviente que ocupó el piso propiedad de su pareja premuerta y quienes pidieron la devolución fueron los herederos de esta última. En esta sentencia se dice que «[...] no puede considerarse que el recurrente ostente ningún título que le permita mantener la posesión de la vivienda propiedad de la premuerta. No alega ningún título que justifique su posesión y le permita oponerla frente a la acción de desahucio por precario interpuesta por los titulares de la vivienda. Esta falta es determinante para el éxito de la acción ejercitada por los herederos». Esta doctrina debe aplicarse también al presente recurso.

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 de 2011

Ponente: **Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Belén interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Teodoro y D.ª Amparo solicitando que se dicte sentencia declarando: 1. La extinción de la situación de *pro indiviso* sobre la finca descrita en el hecho primero del cuerpo de este escrito. 2. La condición indivisible de la vivienda, cosa común. 3. A falta de convenio entre las partes ordene, en ejecución de sentencia, la venta en pública subasta del inmueble objeto del litigio, con el tipo que se tase

pericialmente en período probatorio, en la que, con intervención de las partes que puedan hacer posturas en calidad de ceder el remate a tercero y admisión de licitadores extraños, habiéndose publicado edictos con advertencia de los derechos de los condóminos, haciendo reparto del producto de la venta entre las partes en sus respectivas participaciones. 4. Se declare la extinción del derecho expectante de viudedad foral de los Sres. Teodoro Amparo sobre el inmueble referido, si se procede a la venta del mismo. 5. Imposición de las costas a la parte demandada, si se opusieran a esta pretensión».

Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, para concluir solicitando que «... dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda absolviendo de la misma a mis representados, sin hacer expresa declaración respecto de las costas»; al tiempo que formulaba reconvención, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado «... dicte sentencia por la que: 1.º Se declare la obligación de Dª Belén de rendir cuentas a D. Teodoro y D.ª Amparo de su gestión respecto de las cuentas corrientes y de crédito que mantuvo en cotitularidad con D. Alfredo, y con sus herederos tras el fallecimiento del mismo, condenándole a practicar tal rendición de cuentas. 2.º Se decrete la extinción del condominio existente sobre la finca registral … de la Muela (Zaragoza), entre D.ª Belén de una parte y D. Teodoro y D.ª Amparo de otra, se declare también que dicha finca es materialmente indivisible y, a falta de convenio entre las partes en sentido distinto, acuerde la venta de dicho inmueble en pública subasta, con admisión de licitadores extraños. 3.º Se decrete también la extinción del condominio existente sobre la finca registral número … de Huesca, en los mismos términos que en el pedimento anterior. 4.º Acuerde repartir el producto de la venta entre las partes de acuerdo con sus participaciones en los condominios y con el resultado de la rendición de cuentas. 5.º Imponga a la demandada en esta reconvención las costas de la misma».

Dado traslado de la reconvención a la parte actora, por la representación de la misma se contestó, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó aplicables, y terminó suplicando al Juzgado que «... dicte Sentencia por la que estimando la presente contestación se declare la desestimación total de la reconvención planteada de contrario y la imposición de costas a la parte reconviniente».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Huesca dictó Sentencia el 11 de diciembre de 2006 estimando la demanda declarando la extinción de la situación de pro indiviso y desestimó la reconvención.

En grado de apelación, la AP de Huesca dictó sentencia el 29 de enero de 2008 desestimando el recurso.

D. Teodoro y D.ª Amparo interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del recurso denuncia la infracción de la doctrina de esta Sala sobre el enriquecimiento injusto.

El motivo se rechaza por cuanto tal doctrina no resulta de aplicación al caso presente, aunque se haya aplicado en ocasiones por esta Sala para

solventar los problemas surgidos de la ruptura de una relación de hecho y, en concreto, para determinar los efectos económicos de dicha ruptura.

La sentencia de 23 de julio de 2010 (Rec. 1926/2006) señala que, como ha destacado numerosa doctrina y reiterada jurisprudencia (sentencias de 19 de diciembre de 1996, 5 de mayo de 1997, 25 de septiembre de 1997, 31 de octubre de 2001, 27 de noviembre de 2004, 27 de octubre de 2005 y 18 de noviembre de 2005) los requisitos para apreciar una situación de injusto enriquecimiento son, en primer lugar, el enriquecimiento de una persona, como incremento patrimonial; en segundo lugar, el correlativo empobrecimiento de la otra parte, como pérdida o perjuicio patrimonial; en tercer lugar, inexistencia de causa que justifique la atribución patrimonial del enriquecido, presupuesto que no se da cuando media una relación jurídica que la fundamente: carácter de subsidiariedad que se ha destacado jurisprudencialmente (así, sentencias de 4 de noviembre de 2004 y 24 de junio de 2010, que cita otras anteriores). La misma sentencia sostiene que el enriquecimiento sin causa supone una subsidiariedad que implica la falta de causa que justifique la atribución patrimonial y si ésta se ha hecho a plena voluntad y a sabiendas por el autor, no puede luego ampararse en una falta de causa.

Por su parte, la sentencia de 29 Febrero 2008, Rec. 78/2001, recuerda la reiterada doctrina de esta Sala con arreglo a la cual no cabe apreciar el enriquecimiento injusto cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos, debiendo exigirse para considerar un enriquecimiento como ilícito e improcedente que el mismo carezca absolutamente de toda razón jurídica, es decir, que no concurra justa causa, entendiéndose por tal una situación que autorice el beneficio obtenido, sea porque existe una norma que lo legitima, sea porque ha mediado un negocio jurídico válido y eficaz (Sentencia de 10 de octubre de 2007, que cita, entre otras, la de 18 de febrero del mismo año; en el mismo sentido, Sentencia de 21 de junio de 2007, que cita otras anteriores y de 30 de octubre de 2007).

En consecuencia, en el presente caso no puede existir enriquecimiento indebido o injusto por parte de la demandante. Ambos convivientes, de común acuerdo, mantuvieron cuentas bancarias conjuntas en las que se confundían las cantidades ingresadas por uno y otro. El hecho de que la demandante extrajera cantidades —incluso importantes— de las referidas cuentas ha de entenderse que contaba con la aceptación y consentimiento de la persona con la que tenía proyectado contraer matrimonio, sin que ahora puedan los herederos —padres del fallecido— exigir rendición de cuentas por aquello que autorizó el condómino. Lo procedente en tal caso es que, al momento del fallecimiento, se hubiera bloqueado la mitad del saldo de las referidas cuentas, bajo la presunción —salvo prueba en contrario— de que la mitad correspondía a cada uno de los interesados, con la finalidad de que se determinara la propiedad de dichos saldos y la inclusión de la parte correspondiente de los mismos en el caudal hereditario de D. Alfredo.

PROTECCIÓN DE MENORES

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Florencia tiene dos hijas, Magdalena y María Luz. Ambas niñas se hallaban ingresadas provisionalmente en un centro de acogida. Desde el 25 de junio de 2005 se inició en el servicio de atención a la infancia, adolescencia y familia de Santander un programa de apoyos, debido a los problemas de salud mental de su madre, D.ª Florencia, que no estaba capacitada para cuidarlas adecuadamente debido a sufrir una enfermedad mental con recaídas.

El 1 de julio de 2008, la Dirección General de Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria dictó una resolución declarando la formalización del acogimiento provisional permanente con familia seleccionada de Magdalena, estableciendo visitas semanales supervisadas con su hermana en un punto de encuentro familiar y mensuales con su madre. El 10 de marzo de 2008 había sido declarada en situación de desamparo.

El 12 de marzo de 2008, la Dirección General de Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria había dictado una resolución en la que daba de alta a María Luz en un centro de acogida, estableciendo visitas supervisadas con su madre cada dos domingos en un punto de encuentro familiar y visitas supervisadas semanales con su hermana. En la resolución dictada por el Servicio de atención a la infancia, adolescencia y familia de Santander se decía textualmente lo siguiente: «desde la sección de protección se observa que después de casi tres años de intervención con los apoyos necesarios a la familia, se han producido varias crisis en los intentos de reunificación. Se entiende que no se trata de situaciones puntuales en las que hay que atender a las niñas en acogimiento mientras la madre se recupera con los apoyos de los distintos profesionales, según la gravedad de la crisis de su enfermedad. Se trata de una situación que permanece en el tiempo de forma cíclica, debido a la salud mental de la madre que coloca a las niñas en una grave situación de desprotección».

La madre se encontraba en tratamiento en un centro de rehabilitación psico-social desde enero de 2006, diagnosticada de Trastorno de la Inestabilidad Emocional de la Personalidad Tipo impulsivo (F60.30). Según informe de 14 de julio de 2008, se apreciaba una mejoría, aunque se decía que debía seguirse trabajando para la adquisición de adecuadas habilidades.

D.ª Florencia formuló demanda de oposición contra las resoluciones anteriormente referidas; en ella alegó que se hallaba mejorada de la enfermedad, que en el momento de la demanda convivía con su madre, por lo que solicitaba que fuera la abuela de las niñas quien ejerciera la

guarda y custodia. En el suplico de la demanda de oposición se pidió: a) la revocación de las resoluciones de desamparo, acordándose que se restableciera el desempeño de la patria potestad por parte de la demandante; b) si se entendiera que no estaba capacitada para ello, que se optara por una alternativa que no supusiera la separación de las niñas del entorno familiar, siendo asumida la guarda y custodia por la abuela D.ª Sonia, y c) subsidiariamente, que sea ejercida por la Unidad familiar «Casa de los Muchachos», de Torrelavega.

El Gobierno de Cantabria a través de la Dirección General demandada, ponía de relieve que sus resoluciones estaban dictadas en interés de las menores y que en todo caso eran provisionales.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Santander dictó Sentencia el 13 de febrero de 2009 estimando la demanda interpuesta por la madre biológica. Argumentó la citada resolución que de las pruebas periciales, especialmente de los psicólogos comparecientes, se deducía que «la demandante está estabilizada, tiene conciencia de su enfermedad, toma la medicación, cuenta con el apoyo de su madre, goza de empleo estable, ha rehecho su vida sentimental, sigue tratamiento psicológico y la reunificación del núcleo familiar ya no la desbordaría como ocurría anteriormente».

En grado de apelación la Sec. 2.ª de la AP de Santander dictó Sentencia el 10 de septiembre de 2009 desestimando el recurso. Se planteó la sentencia recurrida el tipo de acción ejercitado por D.ª Florencia y concluyó que «[...] se desprende con claridad que a la postre ha sido la acción de revocación la acogida», en la que lo «[...] decisivo es si aquella situación, determinada por el estado mental de la madre, ha variado hasta el punto de poder considerar innecesaria la medida y conveniente para las menores el retorno con aquélla». De las pruebas practicadas, la sentencia deduce que: a) ha habido una evolución positiva de la situación, de modo que no se dan las graves circunstancias que produjeron la adopción de las medidas recurridas; b) «[...] con la seguridad que es propia de todo juicio de pronóstico, la madre se encuentra en condiciones de hacerse cargo del cuidado y educación de sus hijas»; c) el Ministerio Fiscal apoyó la desestimación del recurso, y d) la actual situación no puede desconocerse, de modo que «[...] el superior interés de las hijas y su derecho a un desarrollo integral aconsejan normalizar la situación poniendo fin a la suspensión de la patria potestad [...]».

El Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cantabria interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el único motivo del recurso se alega la infracción del Art. 172, 7 CC, que ha sido objeto de modificación por la ley 54/2007, de 28 diciembre, de Adopción internacional. El TS no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el mencionado precepto. Dado que la STS 565/2009, de 31 julio, viene referida a situaciones anteriores a la entrada en vigor de esta norma, se formula el presente recurso de casación.

Dice la recurrente que el art. 170 CC prevé el derecho de los padres a oponerse a las actuaciones administrativas de protección de los menores, distinguiendo acciones de oposición y acciones de revocación. Sin embargo, dicho artículo debe ser interpretado sistemáticamente con la LEC, de acuerdo con la que ha de existir una resolución administrativa previa que se haya pronunciado sobre el supuesto y con la que el re-

currente no esté conforme. Según el recurrente, de la sentencia resultaría que cualquier progenitor que se opusiera a la declaración de desamparo por entender que se encuentra en condiciones de ejercitar la guarda y custodia, estaría ejercitando sin saberlo una acción de revocación, lo que resulta contrario a la voluntad del legislador.

Además, la sentencia recurrida prescinde de las niñas, girando toda la argumentación en torno a la madre lo que hace que resulte incoherente lo que también produce una infracción del Art. 24 CE.

En resumen, el único motivo del recurso se plantea en dos submotivos: a) el relativo a la clarificación de las acciones establecidas en el Art. 172.7 CC, y b) el relativo a la corrección de la sentencia recurrida en la evaluación adecuada del interés de las niñas.

El motivo, con los submotivos, se desestima.

El recurrente de casación pide a esta Sala que se pronuncie sobre la existencia de las dos acciones que la reforma de 2007 introdujo en el art. 172 CC, al añadir el párrafo 7. Este párrafo establece que durante un plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa que declara la situación de desamparo, los titulares de la patria potestad que se haya suspendido pueden solicitar el cese de la suspensión y pedir la revocación de la resolución cuando concurran nuevas circunstancias. «Igualmente están legitimados durante el mismo plazo para oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor». El artículo contiene dos reglas que abarcan dos posibilidades distintas: a) la recuperación de la patria potestad suspendida, por la sobreveniencia de nuevas circunstancias, y b) la oposición a cada una de las medidas que la administración tome en relación a los menores desamparados, sin que ello comporte la recuperación de la patria potestad. Estas dos acciones no son incompatibles porque se refieren a supuestos distintos.

En el presente caso, la madre ejerció de manera subsidiaria todas las acciones previstas en el art. 170.7 CC, tal como se ha explicitado en el FJ 1 de esta sentencia; o sea, pidió la recuperación de la patria potestad suspendida y para el caso de que no se considerara adecuado, pidió la adopción de nuevas medidas, oponiéndose a las tomadas por la administración. La sentencia apelada confirmó la de primera instancia en la que se admitía la petición formulada en primer lugar, relativa a la recuperación de la patria potestad por parte de la ahora recurrida. Nada tiene, por tanto que objetarse a esta decisión.

El segundo submotivo se ocupa de la evaluación del interés de las menores.

La Convención de los Derechos del Niño, hecha en Nueva York en 1989 y ratificada por España en 1990, establece en su art. 9.1, que los estados «velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, 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 del menor» y ello siguiendo los procedimientos establecidos. De acuerdo con ello, la STS 565/2009, de 31 julio, dijo que «las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectivo e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural». Esta doctrina ha sido aplicada, aunque con consecuencias distintas de acuerdo con lo que en cada caso se ha considerado que requería el interés del menor, en las SSTS 384/2005, de 23 mayo; 84/2011, de 21 febrero y 397/2011, de 13 junio.

Esta Sala ha recordado que el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (SSTS 579/2011, de 22 julio; 578/2011, de 21 julio y 641/2011, de 27 septiembre, entre otras). En definitiva, el recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos. En el caso actual no es posible revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida porque los criterios utilizados no son contrarios al interés de las menores ya que:

1.º La valoración de la prueba pone de relieve la evolución favorable de la madre y su capacidad para hacerse cargo de las menores en el momento actual.

2.º De ahí deduce que el interés de las menores se halla protegido en el momento en que

se comprueba que la madre se encuentra en una situación que permite el ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad y cuenta con ayuda familiar.

3.º En cualquier momento, la Administración pública puede revisar la situación de las niñas, que pueden volver a ser atendidas si se demuestra el empeoramiento de la situación psicológica, laboral o social de la madre. Es decir, la medida del acogimiento produce siempre una situación provisional, del mismo modo que la recuperación de la guarda y custodia suspendida.

4.º El informe del Ministerio fiscal es favorable a dicha recuperación.

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

Ponente: **Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller**

ANÁLISIS DEL CASO

El 15 de noviembre de 1983 los cónyuges don Darío (fallecido el 22 de enero de 1994) y su esposa doña Asunción (fallecida el 8 de diciembre de 1983) donaron a su hijo don Ramón una casa y tres fincas imponiéndole «la condición, de cuyo exacto cumplimiento dependerá la existencia y subsistencia de esta donación, de cuidarlos y asistirlos en todas sus necesidades, sanos o enfermos, hasta el fallecimiento del último de ellos», sin expresar ningún domicilio donde cumplir la citada carga, deduciéndose de la escritura notarial que los donantes vivían en la parroquia de Fión —municipio de Saviñao, Lugo—, mientras que el donatario vivía en Madrid. La citada donación tuvo acceso al Registro de la Propiedad, con la reserva de usufructo y carga modal, en enero de 1985, cancelándose la condición resolutoria (*sic*) el 16 de julio de 1994, una vez que habían fallecido ambos donantes, y produciéndose la consolidación del dominio a favor del donatario.

El donante había expresado su voluntad de revocar la donación ante notario en Monforte de Lemos el 13 de diciembre de 1984, una vez fallecida su esposa, «por cuanto por su hijo don Ramón no se ha dado cumplimiento a la condición establecida... al no seguir prestando asistencia y cuidado en el lugar que así se inició en su residencia de Fión del municipio de Saviñao y por más razones que alegará el propio compareciente», manifestación de revocación que se notificó al donatario, pero que nunca el donante solicitó judicialmente.

D. Jon, nieto de D. Darío, actuando en beneficio de la comunidad hereditaria nacida del fallecimiento de este último, interpuso demanda contra el donatario —su tío don Ramón— en ejercicio de acción reivindicatoria «basada en la revocación de la donación condicional» antes dicha, interesando que se dictara sentencia por la cual se declare la obligación del demandado de indemnizar a la comunidad hereditaria por el valor actual de las fincas reivindicadas —las que habían sido objeto de la donación— al haberlas transmitido el demandado a terceros hipotecarios, fijando dicho valor en la cantidad de ciento ochenta y

siete mil novecientos sesenta y cinco euros (187.965 euros), así como a indemnizar al actor por daños morales en la cantidad de trescientos mil euros (300.000 euros), más los gastos acreditados de peritaje (1.972 euros) y de detective privado (522 euros) y los intereses legales, condenándole a estar y pasar por la anterior declaración así como al pago de dichas cantidades, intereses y costas.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Monforte de Lemos dictó sentencia el 2 de julio de 2007 estimando parcialmente la demanda y condenando al demandado únicamente a satisfacer el valor reclamado correspondiente a las referidas fincas, sin especial pronunciamiento sobre costas.

En grado de apelación la Sec. 1.ª de la AP de Lugo dictó sentencia el 27 de junio de 2008 estimando el recurso interpuesto por el demandado, absolviendo a éste y condenando al actor al pago de las costas de primera instancia sin especial pronunciamiento sobre las de la alzada.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Audiencia Provincial, en la sentencia ahora recurrida, dejando aparte la cuestión referida al efectivo cumplimiento por el donatario —el demandado don Ramón— de las obligaciones de cuidado y asistencia que se le impusieron con ocasión de la donación, así como la de su disponibilidad en relación con dicho cumplimiento, sostiene que resulta erróneo el planteamiento de la parte actora en el sentido de que la escritura notarial de revocación pueda producir «ipso iure» una reversión «inaudita parte», pues tiene que ser ejecutada judicialmente con prueba de que se produjo el incumplimiento, lo que se desprende de lo dispuesto por el artículo 647, párrafo primero, del Código Civil y de la jurisprudencia, con cita de la sentencia de esta Sala de 11 de marzo de 1988, según la cual «la donación con carga modal del artículo seiscientos cuarenta y siete del Código Civil, supone [en cambio] una institución en la que el donante ha exigido al donatario la concurrencia de un modo, finalidad, carga, motivo o recomendación, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la revocación o resolución de un contrato, que en principio nació irrevocable, por la sola voluntad del donante, pudiendo quedar sin efecto después, por la existencia de tales incumplimientos, y provocando un juego semejante al del artículo mil ciento veinticuatro del Código Civil, si bien con la notable diferencia de que los efectos no se producen "ipso iure", facultándose por el contrario al donante para pedirlos judicialmente».

El motivo primero se formula por infracción en cuanto a la calificación jurídica dada a la donación litigiosa, con vulneración de lo establecido en los artículos 641, 647, 1281, 1285, 1113 y siguientes y 1123 y siguientes del Código Civil y de la jurisprudencia.

La parte recurrente, en el intento de hacer prevalecer su tesis favorable a que los bienes donados revirtieron en su día al donante, y pasaron posteriormente a sus herederos, desde el momento en que aquél —don Darío— hizo constar notarialmente su voluntad revocatoria, sostiene que se trató de una «donación modal con condición resolutoria que contiene un pacto de reversión» y que, al no aceptarlo así la sentencia, infringió los artículos citados y la jurisprudencia, con cita de sentencias que contienen una doctrina que no se ajusta al supuesto ahora enjuiciado.

La Audiencia califica acertadamente el negocio jurídico celebrado como una donación modal. Como afirma la sentencia de esta Sala núm. 900/2007, de 20 julio, «la donación modal, aquélla en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado, como dice

el artículo 619 del Código civil, se rige por la normativa de la donación en la parte que exceda del valor del gravamen impuesto, añade el artículo 622, aunque lo hace con imprecisión terminológica al referirse a la remuneratoria, lo que ha sido superado por doctrina y jurisprudencia (sentencia de 27 de julio de 1994 y las que en ella se citan). El modo, carga o gravamen puede ser cualquier tipo de actuación o conducta, aún no evaluable económicamente (sentencia de 23 de noviembre de 2004) o puede ser un motivo, finalidad, deseo o recomendación (sentencias de 11 de diciembre de 1988 y 27 de diciembre de 1994) o, en definitiva, el cumplimiento de una obligación como determinación accesoria de la voluntad del donante (sentencia 6 de abril 1999»; y precisa que cuando el artículo 647 del Código Civil, que se refiere a la posibilidad de revocación de la donación por el donante por incumplimiento de la carga, emplea la expresión «condiciones» se está refiriendo al modo, no a las condiciones en sentido jurídico preciso. Por lo cual —añade— el incumplimiento del modo puede dar lugar a la revocación de la donación modal, aunque ciertamente es más bien una resolución, como se desprende del segundo párrafo del artículo 647, que atribuye a la revocación efectos «ex tunc» con la ineficacia de los actos dispositivos realizados, a salvo la protección al tercero hipotecario derivada del principio de fe pública registral que consagra el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. La donación condicional es algo distinto y nada tiene que ver con el negocio jurídico celebrado en el presente supuesto, para lo que basta recordar que la efectividad de la donación no se hacía depender en este caso de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado que los interesados pudieran ignorar (artículo 1113 del Código Civil), sino que se trataba de una donación perfecta y definitiva con imposición, no obstante, al donatario de un «modo» en virtud del cual el donante podía dejarla sin efecto en caso de incumplimiento, pero no por su actuación unilateral en virtud de la cual afirmara la existencia de incumplimiento, sino acreditando el mismo mediante el ejercicio de la correspondiente acción ante los tribunales, lo que se deriva de la propia dicción del artículo 647 del Código Civil, según el cual «la donación será revocada a instancia del donante», lo que implica que no puede dar lugar a dicha «revocación» por su sola voluntad, como ocurre igualmente en los demás supuestos de auténtica revocación, como son los previstos por razón de superveniencia o supervivencia de hijos o por ingratitud; ello, lógicamente, en los casos, como el presente, en que el donatario no se muestra conforme con la revocación, siendo así que en el caso presente no cabe duda de que el donatario no prestó tal conformidad ya que, al conocer la revocación manifestada por el donante ante notario, procedió inmediatamente a instar ante el Registro de la Propiedad la inscripción del dominio sobre los inmuebles donados.

Por todo ello, el motivo ha de ser rechazado.

La desestimación del anterior motivo lleva aparejada la de los siguientes. El segundo, que se formula por infracción de los artículos 348 y 1963 del Código Civil, referidos a las acciones reales, porque al no haberse producido la revocación (como ya se ha dicho, más bien la resolución) de la donación por incumplimiento de la carga impuesta, los bienes objeto de donación no han podido revertir jurídicamente al patrimonio del donante o al de sus herederos y, en consecuencia, no cabe el ejercicio de acción real alguna sobre ellos, en concreto la «reivindicatoria» que se dice en la demanda; y el tercero, que se refiere a error de derecho en cuanto al régimen jurídico de la transmisibilidad de la acción ejercitada, porque la sentencia no niega que, en caso de ser procedente la acción reivindicatoria, el actor estaría legitimado para su ejercicio; sino que, por el contrario, a mayor abundamiento, entiende que la acción derivada del artículo 647 del Código Civil para dejar sin efecto la donación modal —que no es la que se ejerce mediante la demanda— quedó extinguida por falta de ejercicio por parte del donante, que manifestó su voluntad revocatoria en fecha 13 de diciembre de 1984 y falleció el 22 de enero de 1994 sin haber instado la correspondiente declaración judicial y, en cualquier caso, dicha acción no podría subsistir en favor de los herederos en el momento de interposición de la demanda en el año 2006, cuando habían transcurrido ya veintidós años desde que el donante había manifestado su voluntad revocatoria sin instar la ineficacia de dicha donación ante los Tribunales.

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

Ponente: **Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller**

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Zaida, D.ª Águeda y D. Casiano interpusieron demanda de juicio ordinario contra la mercantil Aruas Poultry Equipment, S.A. y D. Alejo solicitando que en su día se dicta sentencia por la que: a) Declare la nulidad del contrato de arrendamiento de fecha 2 de enero de 1995 celebrado entre el causante, Francisco, y tutor de los menores y «Aruas Poultry Equipment, S.A.». b) Declare la nulidad de la compraventa realizada por contrato privado de fecha 7 de enero de 1997 elevado a escritura pública, la escritura autorizada por el Notario del Ilustre Colegio de Madrid Ricardo Vilas de Escauriaza, el día 29 de diciembre de 1997, número 3.949 de orden de protocolo. c) Declare la nulidad y ordene la cancelación en el Registro de la Propiedad número 19 de Madrid de la inscripción segunda de la finca número … y todas las que de la misma traigan causa, librando al efecto el correspondiente mandamiento al mencionado Registro de la Propiedad. d) Con carácter subsidiario a las dos peticiones inmediatamente anteriores y para el supuesto de que por imposibilidad jurídica derivada de transmisiones a terceros hipotecarios de buena fe no fuera posible acoger tales pretensiones, se condene a los demandados con carácter solidario a pagar a mis mandantes una indemnización por los perjuicios causados a determinar en fase de ejecución de sentencia sobre las bases del valor de mercado de la vivienda a la fecha de la eventual transmisión al tercero hipotecario de buena fe y la cuota de participación de cada uno de los actores, en la herencia de D. Francisco. e) Subsidiariamente a las dos últimas declaraciones de nulidad solicitadas en los puntos anteriores y para el hipotético supuesto de que se estimara la existencia de una simulación relativa que encubre una donación válida y eficaz, se declare su reducción por inoficiosa en 571.803,02 euros condenando a los demandados al pago a mis mandantes de dicha cantidad. Condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y al pago de las costas causadas en el presente procedimiento».

Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de D. Alejo 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 en su día «... Sentencia por la que, desestimando íntegramente dicha demanda y declarando no haber lugar a todos los pedimentos a ella deducidos se absuelva de ella a mi representado con expresa imposición de costas a la parte actora».

La representación procesal de la mercantil Aruas Poultry Equipment, S.A. contestó asimismo la demanda y, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando dicte «... Sentencia por la que, bien apreciando las excepciones de caducidad de las acciones ejercitadas de nulidad de la compraventa por falsedad de la causa y de reducción de donación por inoficiosa, o bien entrando en el fondo del asunto, se desestime íntegramente dicha demanda, y declarando no haber lugar a todos los pedimentos en ella deducidos se absuelva de la misma a mi representada, con expresa imposición de costas a la parte actora».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Madrid dictó Sentencia el 30 de octubre de 2006 estimando parcialmente la demanda y condenando a los demandados a abonar a los actores la cantidad de 1.457,673,82 euros, más los intereses previstos en el artículo 576 de LEC, caso de proceder éstos, sin hacer un especial pronunciamiento en costas.

En grado de apelación, La Sec. 18.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 29 de noviembre de 2007 revocando la sentencia de instancia en el particular relativo al importe de la condena que se fija en la cantidad de 7.373.353,14 euros que deberán abonar los codemandados conjunta y solidariamente, más los intereses previstos en el art. 576 de la LEC.

Las partes interpusieron recursos por infracción procesal y casación, siendo estimados por el Tribunal Supremo que acordó que los demandados venían obligados a satisfacer a la comunidad hereditaria la cantidad de 16.662.640.74 euros.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

I. Recurso por infracción procesal interpuesto en nombre de D. Alejo y de la mercantil Aruas Poultry Equipment, S.A.

El primero de los motivos del recurso se refiere a la infracción del artículo 218, en relación con los artículos 10 y 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto de la legitimación activa de los demandantes para pretender el ingreso directo en su propio patrimonio de las cantidades a cuyo pago se condena a los demandados. El segundo denuncia la infracción de las mismas normas respecto de la legitimación pasiva del demandado D. Alejo y, finalmente, el tercero cita los artículos 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el 24 de la Constitución Española para denunciar la irrazonabilidad de la sentencia impugnada en relación con las mismas cuestiones ya citadas y el reconocimiento a favor de los demandados de una prestación por equivalencia cuando lo solicitado era un indemnización de daños y perjuicios.

La sentencia de esta Sala núm. 1275/2006 de 13 diciembre, recoge lo señalado por la de 7 de julio de 2004 en el sentido de que «es jurisprudencia reiterada la que permite apreciar de oficio la falta de legitimación activa incluso en casación (sentencias de 4 de julio de 2001, 31 de diciembre de 2001, 15 de octubre de 2002, 10 de octubre de 2002 y 20 de octubre de 2002). Y la sentencia de 15 de octubre de 2002 declara con una extensa relación de resoluciones de esta Sala [que] establecen la diferencia entre la legitimación "ad procesum" y la legitimación "ad causam" [para] expresar que la falta de esta última para promover un proceso, en cuanto afecta al orden público procesal, debe ser examinada de oficio, aunque no haya sido planteada en el período expositivo, ya que los efectos de las normas jurídicas no pueden quedar a voluntad de los particulares de modo que llegaran a ser aplicadas no dándose los supuestos queridos y previstos por el legislador para ello». Precisamente, la citada sentencia se refiere al supuesto de la actuación de un comunero formulando una pretensión en nombre y beneficio propio cuando la legitimación correspondía a la comunidad, por lo que debían ser todos sus integrantes quienes actuaran en el proceso o, de no hacerlo todos, resultaba necesario que la actuación se produjera en beneficio común.

Así ocurre en el caso respecto de una de las peticiones contenidas en el «suplico» de la demanda cual es la solicitud de que se condenara a los demandados a satisfacer determinada cantidad a los actores, pues no debían de ser ellos quienes la recibieran sino la comunidad hereditaria nacida por el fallecimiento de D. Francisco, según los términos en que se formulaba dicha pretensión, ya que el bien que se afirma indebidamente transmitido por haberlo sido en virtud de un negocio jurídico ineficaz pertenecía al patrimonio de aquél y, en consecuencia, tal invalidez nunca podría producir como efecto la restitución a favor de concretos herederos.

En consecuencia, la estimación de este primer motivo comporta la nulidad parcial del «fallo» recurrido en cuanto a tal pronunciamiento, con los efectos que se dirán.

Por el contrario, los restantes motivos formulados por infracción procesal han de ser rechazados. El segundo, porque no puede sostenerse la falta de legitimación pasiva «ad causam» del demandado D. Alejo, en el ámbito procesal a que se refiere el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que su llamada al proceso como demandado y la solicitud de condena del mismo nace de la afirmación de la existencia de confusión de intereses entre la persona física y la sociedad que directamente intervino en el negocio —la también demandada Aruas Poultry Equipment S.A.— y el dominio de hecho de la sociedad por parte del referido demandado, lo que viene a corroborar la sentencia impugnada al decir, en su fundamento de derecho primero, que «se condena a la misma por ser la que verificó el contrato de compraventa, por más que se trasluce en la demanda y en la sentencia que el verdadero urdidor de la trama es el codemandado que según se reconoce tiene el dominio de hecho de la misma». De ahí que la llamada al proceso en calidad de demandados de la sociedad y del Sr. Alejo responde a los criterios señalados en el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto los actores les atribuyen una vinculación directa con la relación jurídica sobre la que versa el litigio, con independencia de la existencia del derecho cuyo reconocimiento se pretende respecto de los mismos, lo que constituye cuestión de fondo y no procesal. El tercer motivo también se rechaza ya que no puede apreciarse la irrazonabilidad que se atribuye a la sentencia recurrida y, en cualquier caso, carece de relevancia el argumento en que se apoya el motivo ante la estimación del primero de los que integran el presente recurso. Es cierto que los demandados solicitaron una indemnización de perjuicios y el Tribunal reconoció a su favor una prestación por equivalencia pero, con independencia de que ello se hizo partiendo de las mismas alegaciones y peticiones formuladas en la demanda, sin alteración alguna de la causa de pedir, ninguna trascendencia tiene ahora cuando se declara la improcedencia de que dicha cantidad se declare como debida a los demandantes.

II. Recurso de casación interpuesto en nombre de D. Alejo y de la mercantil Aruas Poultry Equipment, S.A.

Dicho recurso se formula mediante la enumeración inicial de una serie de preceptos que se consideran infringidos y la mención posterior de una serie de razonamientos que, a modo de motivos, contradicen lo resuelto por la sentencia impugnada.

El primero de dichos razonamientos se aplica a defender la validez de la donación encubierta y su carácter lícito en cuanto no pretendía causar un perjuicio al resto de los herederos e igualmente viene a negar su carácter inoficioso. Se olvida así que el recurso ha de venir referido a la infracción de normas jurídicas en relación con la «ratio decidendi» de la sentencia impugnada, siendo inoperante en lo que se refiera a otros argumentos formulados a mayor abundamiento (sentencias, entre otras, de 23 marzo, 7 y 21 septiembre 2006; 9 abril y 17 y 18 septiembre 2007; 25 febrero 2008 y 7 junio 2011). En el caso, es cierto que la sentencia recurrida se refiere a las cuestiones ya señaladas con cierta extensión en su fundamento de derecho segundo, pero a continuación precisa «que ello, en definitiva, es inocuo, pues la cuestión acerca de la validez de las donaciones disimuladas bajo contratos de compraventa ha sido resuelta por el T.S. decantándose por la nulidad del contrato de compraventa que no puede dar cobijo a una donación disimulada válida, ni en la forma de remuneratoria», citando a continuación la doctrina sentada por esta Sala a raíz de su sentencia de Pleno de 11 de enero de 2007. Esta última sentencia sienta como doctrina «que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo «animus donandi» del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El art. 633 CC, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una

nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del art. 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos. Esta tesis no puede ser sustituida por la de la validez cuando la donación se califica como remuneratoria. El art. 633 no hace ninguna excepción de lo que preceptúa para ninguna donación, además de que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el «animus donandi» del donante nada más; móvil indiferente jurídicamente para el Derecho, que no causa, del negocio jurídico». La misma doctrina aparece reflejada en sentencias posteriores de esta Sala como son la núm. 236/2008, de 18 marzo, 317/2008, de 5 mayo, núm. 826/2009, de 21 diciembre, y sentencia núm. 25/2010, de 3 febrero, entre otras.

El segundo de tales razonamientos viene a sostener que la causa verdadera y lícita de la donación disimulada era recompensar al donatario —don Alejo— por los servicios que había prestado al donante —su padre, D. Francisco— en el desenvolvimiento de su actividad empresarial.

Resulta incongruente tal afirmación con la negación de legitimación pasiva de dicho demandado que se sostiene al formular el recurso por infracción procesal y, sobre todo, con la objeción material a la demanda que el mismo mantuvo en la apelación en cuanto allí defendió la validez del contrato de compraventa entendiendo que el mismo reunía todos los requisitos necesarios para su validez, tal como pone de manifiesto la sentencia recurrida en el inicio de su fundamento de derecho tercero. Ello incluso podría considerarse ahora como un cambio de argumentación respecto de la sostenida con anterioridad, que resulta inadmisible en casación.

En todo caso, ya se ha dicho que la doctrina de la Sala desde la sentencia de 11 de enero de 2007 se inclina por la declaración de nulidad de la donación encubierta por no cumplir los requisitos de forma «ad solemnitatem» exigidos por el artículo 633 del Código Civil, lo que afecta igualmente a las donaciones remuneratorias, en cuanto el Tribunal extiende expresamente tal doctrina a las mismas cuando dice que «esta tesis no puede ser sustituida por la de la validez cuando la donación se califica como remuneratoria. El art. 633 no hace ninguna excepción de lo que preceptúa para ninguna donación, además de que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el «animus donandi» del donante nada más; móvil indiferente jurídicamente para el Derecho, que no causa, del negocio jurídico».

Por fin, el tercero de los razonamientos decae por su propia formulación, ya que se refiere a la caducidad de la acción ordenada a obtener la reducción de donaciones que resulten inoficiosas, y no cabe plantear si una donación es o no inoficiosa cuando ha sido declarada nula y, en consecuencia, no ha de producir efecto alguno.

III. Recurso de casación interpuesto en nombre de D.ª Zaida, D.ª Águeda y D. Casiano.

El recurso viene formulado por un solo motivo que invoca como infringido el artículo 1307 del Código Civil en cuanto a la determinación de la cantidad que se ha de fijar por equivalencia y que ha de ser reintegrada por los demandados como beneficiarios del negocio jurídico cuya nulidad se declara en relación con el valor del objeto de la donación.

Dice la sentencia de la Audiencia, con cita de la sentencia de esta Sala núm. 81/2003 de 11 febrero, que «resulta incuestionable que el bien debe restituirse "in natura", es decir el mismo que fue objeto de la transmisión inválida (S. 6 Oct. 1994), pero puede ocurrir que ello no sea posible por causas físicas o jurídicas, y entonces ha de acudirse a la aplicación del art. 1307 CC, cuya normativa rige también para la nulidad radical (no sólo la relativa) y que igualmente que sucede con el art. 1303 es aplicable de oficio como "efecto ex lege"». A ello añade que el valor del inmueble debe calcularse a la fecha en que se produjo el acto transmisivo, pero precisa que «el precio será el consignado en la escritura, pues lo cierto es que el mismo es tan solo ligeramente inferior al consignado en el dictamen pericial, y no consta que se hubiese escriturado por precio notoriamente inferior al de mercado, teniéndose en cuenta que como se manifiesta en el recurso la venta se hizo con premura, con el designio de evitar la anotación preventiva de la demanda y por otra parte no

cabe en los casos de sustitución de las cosas o su equivalente incurrir en enriquecimiento injusto el que se produciría si efectivamente se pagara un preciso superior al percibido realmente».

Dicha conclusión no puede ser compartida y en tal sentido el recurso de los demandantes ha de prosperar. El artículo 1307 del Código Civil establece que «siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa, no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha» y de tal dicción se desprende con claridad que ha de atenderse al valor de la cosa en el momento de su pérdida jurídica para quienes tenían derecho a ella por resultar irreivindicable, ello sin perjuicio de la cantidad que los que dispusieron indebidamente de ella fijaron como precio para su enajenación, sin que en tal caso pueda entenderse producido enriquecimiento alguno de carácter injusto por parte de quienes resultaron ajenos a dicho negocio de compraventa para el que se pudo fijar un precio inferior al verdadero valor de la cosa sin intervención de todos los interesados.

Producida la enajenación el 8 de junio de 2004, se ha valorado pericialmente el inmueble en dicha fecha en la cantidad de 17.023.248 euros de la que se ha de partir a efectos de restitución, si bien restando de ella la cantidad de 360.607,26 euros ingresada por la sociedad Aruas Poultry Equipment S.A. días después del fallecimiento de D. Francisco.

IV. Efectos de la estimación de los anteriores recursos.

La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por los demandados D. Alejo y la mercantil Aruas Poultry Equipment S.A. comporta que haya de quedar sin efecto la condena de los mismos a satisfacer cantidad alguna a los actores. No obstante, declarada la nulidad de la donación encubierta bajo contrato de compraventa, procede la restitución del bien donado al caudal hereditario del donante a favor de todos los herederos, ya que esta Sala tiene declarado que la restitución es un efecto de la nulidad como obligación que surge «ex lege» de ella y puede ser acordada sin necesidad de petición de parte (sentencias, entre otras, de 24 febrero 1992, 24 marzo 1995, 9 noviembre 1999 y 11 febrero 2003), de modo que no siendo posible la restitución «in natura» ha de proceder por el valor ya señalado que tenía al tiempo de la enajenación menos la cantidad que se reconoce entregada, debiendo prosperar el recurso de casación interpuesto por la parte actora.

La estimación de tales recursos y las consecuencias que ello produce en relación con las pretensiones de las partes lleva a no hacer especial declaración sobre costas causadas por los mismos, así como por las correspondientes a ambas instancias, todo ello de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Jesús y D.ª Miriam contrajeron matrimonio en Méjico el 20 de julio de 1940. En el acta de matrimonio extendida por el Juzgado 4, libro …, foja …, año 1940, se lee lo que se reproduce: «En Méjico, Distrito Federal, a las nueve treinta horas del día 20 de julio de

mil novecientos cuarenta, comparecen ante mí Próspero Olivares Sosa, Oficial del Registro civil, para contraer matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal los señores Jesús y Miriam, de acuerdo con la solicitud y documentos que presentaron con fecha dieciocho del actual».

El 25 octubre 2006 la Secretaría de relaciones exteriores del Consulado general de México en Barcelona expidió el siguiente documento: «Constancia. Por la presente y a los efectos que a que haya lugar, se comunica que los señores Jesús y Miriam, ambos de nacionalidad española, contrajeron matrimonio bajo el régimen de SOCIEDAD CONYUGAL, tal como aparece en su Acta de Matrimonio número … (del juzgado 4, libro …, foja … con año de registro 1946), emitida en el Registro civil del Distrito Federal, México, el día 20 de julio de 1940».

Asimismo figura un acta de fecha 18 julio 1940 otorgada por los futuros cónyuges en el expediente matrimonial, certificada por el oficial del Registro civil y debidamente apostillada, con el siguiente texto: «de conformidad con lo prevenido por la fracción V del Art. 98 del Código civil vigente, venimos a presentar el presente convenio, que atañe a los bienes futuros al no tenerlos presentes, bajo las siguientes bases: I. El matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal. II. La sociedad conyugal comprenderá todos los bienes muebles e inmuebles y sus productos que los consortes adquieran durante su vida matrimonial, incluyendo el producto del trabajo. III. En los bienes y productos de la cláusula anterior, cada consorte tendrá la participación del cincuenta por ciento [...]».

El día 21 de julio de 1940, D. Jesús y D.ª Miriam contrajeron matrimonio canónico en la propia ciudad de Méjico. En la Certificación literal del acta de matrimonio para la Dirección general de los Registros y del Notariado, del registro civil del Registro consular de España, se lee que se practica la inscripción «en virtud de partida de matrimonio expedida por el Registro Civil de Méjico, D.F. el 8 marzo 1948; registrada con el número …, libro …, folio … el 20 de julio de 1940; completándose los datos del acto con los contenidos en la hoja declaratoria suscrita por D. Jesús en su calidad de contrayente».

Los cónyuges tuvieron cuatro hijos. Al cabo de un tiempo, pasaron a vivir en Barcelona, donde D. Jesús adquirió un piso. D.ª Miriam falleció en septiembre de 2004, sin haber otorgado testamento. D. Jesús falleció en abril de 2005, con testamento en el que dejaba la legítima a sus hijos y nombraba heredero a su hijo D. Humberto.

Iniciadas las operaciones de liquidación de ambas herencias, sin que los herederos llegaran a un acuerdo sobre el régimen de bienes que rigió el matrimonio de sus padres, D.ª Loreto y D. Bernabé demandaron a D. Humberto y D. Mariano. Pidieron que se declarara que el matrimonio de los padres de los litigantes se contrajo en México bajo el régimen de la sociedad conyugal; que no fue modificado a lo largo del matrimonio, y que los bienes de los padres de los demandados tenían la naturaleza de bienes gananciales y les pertenecieron por mitad. Las otras partes de la demanda no se reproducen por no formar parte del recurso de casación. En la contestación a la demanda, D. Humberto dijo que el matrimonio civil de sus padres en México era nulo por no haber intervenido ninguna autoridad consular española y lo mismo alegó en su contestación el otro demandado. Ambos alegaron que al ser el matrimonio civil nulo, ser ambos contrayentes españoles y de vecindad civil catalana, su régimen de bienes era el de separación.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Barcelona dictó Sentencia llegando a las siguientes conclusiones: a) la celebración de un matrimonio civil por católicos ante la autoridad competente extranjera, «no arrastraba de por sí la invalidez del matrimonio y la absoluta privación de su eficacia civil [...]»; b) ello no comporta que sin más deba aceptarse la aplicación del Código civil mejicano, porque de acuerdo con el Art. 9 CC, vigente en el momento del matrimonio, las leyes relativas a los derechos de familia, «obligan a los españoles, aunque residan en el extranjero», y c) siendo catalanes los cónyuges, «y a falta de capitulaciones matrimoniales, un matrimonio celebrado en el año 1940 entre españoles sometidos ambos al Derecho civil de Cataluña quedaba regulado por un régimen de absoluta separación de patrimonios».

En grado de apelación, la AP de Barcelona, sec. 11.ª dictó Sentencia el 17 de octubre de 2008 desestimando el recurso de apelación: a) Mantiene que el matrimonio fue nulo, por prevalencia de la ley personal que se considera materia de orden público, porque de acuerdo con el antiguo art. 42 CC, se requería la declaración terminante de la aconfesionalidad de los contrayentes; b) al haber celebrado un matrimonio civil ante las autoridades mejicanas y posteriormente, uno canónico, la sentencia recurrida dice que «Es de constatar, que siendo ambos españoles y católicos, de conformidad a los preceptos y jurisprudencia relacionada en la presente, solo podemos dar validez al matrimonio canónico, sin que dicha acta matrimonial mejicana produzca efecto alguno, al quedar sin efecto por dicho matrimonio posterior contraído de conformidad a la ley española, lo que supone la falta de eficacia de todo su contenido y declaraciones vertidas en el mismo»; c) el acta mejicana ningún efecto produce ni las declaraciones que contiene en referencia al régimen matrimonial, porque el Código civil mejicano no podía aplicarse a los cónyuges que eran de nacionalidad española y «En definitiva, dicha sociedad conyugal nunca rigió ente los consortes dada la ineficacia del acta matrimonial que lo contiene, lo que a mayor abundamiento conlleva la confirmación de la sentencia recurrida en cuanto que el régimen de separación de bienes era el legalmente aplicable a los cónyuges al tiempo del matrimonio canónico, que es el inscrito en el Registro Civil español, y, siendo ambos catalanes de conformidad al artículo 12 del CC les era aplicable su derecho foral».

D.ª Loreto y D. Bernabé interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el recurso se pretende básicamente demostrar que sus padres rigieron su matrimonio por el régimen de comunidad de bienes, por haberlo pactado en el convenio matrimonial previo a su matrimonio civil celebrado en Méjico en 1940. Los argumentos de los motivos de su recurso se centran en la aplicación de la regla lex locus regit actum y la libertad de los cónyuges relativa al pacto sobre el régimen matrimonial. Estos argumentos se encuentran en los dos primeros motivos del recurso, que se convierten en los esenciales. En relación, por tanto, a estos dos elementos básicos, se va a proceder a efectuar un resumen de los motivos del recurso y a argumentar conjuntamente en torno a ellos.

Motivo primero. Infracción del Art. 11.1 CC, vigente en 1940, en relación con el Art. 3.1 CC. El objeto de la apelación y el de la casación es la valoración de la forma del convenio de 18 julio 1940, en el que al parecer de los recurrentes, se pactó el régimen de comunidad. Se dice en el recurso que en el momento del matrimo-

nio de D. Jesús y D.ª Miriam, razones de fuerza mayor impedían el otorgamiento de los actos referentes a su matrimonio ante las autoridades españolas, por lo que intervenían circunstancias excepcionales. Se ha infringido el Art. 11.1 CC, entonces vigente, porque la forma del convenio sobre el régimen no era una cuestión de orden público, debiendo haberse aplicado la regla locus regit actum, contenida en esta disposición. Se añade que en Méjico el matrimonio válido era el civil por lo que no se ofreció opción a los Sres Loreto - Miriam. La posterior celebración de un matrimonio canónico no puede comportar la falta de eficacia del matrimonio civil.

Motivo segundo. Infracción del Art. 1255 CC. El régimen económico matrimonial del matrimonio Loreto-Miriam forma parte del sistema contractual, porque deja en libertad a los cónyuges para estipular lo que tengan por conveniente en relación a sus relaciones económicas. El convenio era válido y no contravenía ningún aspecto legal.

Motivo tercero. Infracción del Art. 1282 CC al no haberse tenido en cuenta los actos coetáneos y posteriores de los cónyuges al formalizar el convenio de 18 julio 1940.

Motivo cuarto. Infracción del Art. 2.3 CC, en relación con el Art. 7 CDCC, de 1960. Infringe la sentencia el principio de retroactividad de las leyes en cuanto impone la obligación de otorgar los capítulos en escritura pública, cuando en 1940 ninguna norma exigía en Cataluña la escritura pública.

Motivo quinto. Vulneración del Art. 69.1 CC vigente en 1940, en relación con el Art. 42 CC. Los futuros contrayentes actuaron de buena fe y conforme a las circunstancias excepcionales en que se encontraban.

1. La validez del matrimonio civil.

La sentencia recurrida argumenta que siendo obligatoria para los españoles católicos la celebración del matrimonio en la forma religiosa, según se establecía en el art. 42 CC, en su versión originaria, resulta nulo el celebrado ante el funcionario del Registro civil mejicano. Sin embargo, este argumento no puede sostenerse a partir del momento de la entrada en vigor de la Constitución.

El razonamiento de la sentencia recurrida, que coincide con el de la doctrina de la época en que se contrajo el matrimonio de los padres de los recurrentes, lleva al desconocimiento de la neutralidad de las normas de conflicto, cuya falta de aplicación produce una lesión de los derechos fundamentales de los cónyuges implicados. Efectivamente, el art. 100.3 CC, en su versión original, así como el art. 73 LRC, admitían la posibilidad de que dos españoles contrajeran matrimonio en el extranjero. Además, el art. 101 CC no incluía como causa de nulidad del matrimonio, el celebrado por católicos en el extranjero de acuerdo con la ley del lugar de celebración. La doctrina de la Dirección general de los Registros y los autores de la época se encargaron de matizar estas normas, pero hay que recordar también que la necesidad de aportación de la prueba de no profesar la religión católica, exigida en el art. 86.4 CC, se incluyó en la reforma de 24 abril 1958 y no estaba vigente en 1940.

El matrimonio civil celebrado por españoles en el extranjero de acuerdo con la forma establecida en el lugar de celebración, no era nulo en España, sino que era ineficaz (STC 146/1987, de 24 septiembre) y en el presente litigio no se discutió nunca si el matrimonio produjo o no efectos en España.

Pero, además, el art. 5.1 LOPJ obliga a los jueces y tribunales a interpretar y aplicar las leyes según los preceptos y principios constitucionales, y el art. 16 CE reconoce y garantiza la libertad religiosa de los españoles, por lo que en la actualidad no puede declararse nulo por motivos religiosos, un matrimonio contraído de forma válida de acuerdo con la ley del lugar de su celebración en 1940.

En consecuencia, la cuestión previa a la determinación del régimen de bienes que rigió el matrimonio Jesús-Miriam, y que se plantea de forma indirecta en el primer motivo de este recurso, debe resolverse en el sentido de declarar válido el matrimonio, independientemente de que hubiera o no producido sus efectos en España, cosa que no se cuestiona en el litigio.

2. La validez del convenio.

El anterior pronunciamiento lleva al examen de la validez del pacto sobre régimen de bienes del

matrimonio, conforme con el acta contenida en el expediente matrimonial, otorgada el 18 julio 1940 y reseñada en el FJ 1 de esta sentencia.

Hay que partir del hecho de que no se ha probado la existencia ni, consecuentemente, el contenido de una hipotética norma de conflicto mejicana relativa a la determinación de un punto de conexión para la fijación del régimen económico de dos extranjeros que contraían matrimonio en Méjico. De acuerdo con ello, el juez español debe aplicar la regla *lex locus regit actum*, para determinar si el pacto sobre régimen resultaba o no válido.

En el procedimiento se ha probado la norma mejicana, contenida en el art. 98 de su código civil vigente en el momento del matrimonio, de acuerdo con la cual los cónyuges podían optar entre el régimen de sociedad conyugal, es decir, comunidad de bienes, o el régimen de separación. En virtud de su autonomía, los cónyuges Jesús - Miriam optaron por el régimen de comunidad. Se presenta una objeción a esta libertad de pacto, y es la referida a la necesidad de que consten o no en capítulos matrimoniales los pactos relativos al régimen matrimonial. Es cierto que el art. 7 de la anterior Compilación del Derecho civil de Catalunya exigía que dicho pacto constase en capitulaciones matrimoniales, pero ello no resultaba tan claro en el anterior régimen en el que se exigió que constaran en tal tipo de documento el pacto sobre la dote de la mujer y los heredamientos. El pacto sobre régimen de separación no era necesario porque los cónyuges se regían por este régimen en defecto de acuerdo. Debía, por tanto, aplicarse lo dispuesto en el art. 11.1 CC, que establecía que «las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos, se rigen por las leyes del país en que se otorguen» y, como consecuencia de lo que se ha argumentado, no se produce una cuestión de orden público.

Por tanto, el art. 11.1 CC en su versión original, rigió como punto de conexión para el pacto del régimen matrimonial: se decidió en un documento público anterior a la celebración del matrimonio, el expediente matrimonial, que quedó incorporado al acta del matrimonio. De modo que hay una voluntad expresa manifestada por dos veces por los cónyuges Jesús-Celia.

Finalmente, debe partirse de la presunción de validez de las actas y documentos públicos, cuando, además, no se han impugnado en ningún momento por los litigantes.

3. Estimación de los motivos.

La estimación de los motivos primero y segundo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D.ª Loreto y D. Bernabé contra la sentencia de la sección 11 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 17 octubre 2008, determina la de su recurso de casación.

Esta Sala debe asumir la instancia y dictar sentencia, de acuerdo con el contenido del suplico del recurso. En consecuencia se declara la plena validez del convenio otorgado por D. Jesús y D.ª Miriam ante la autoridad del Registro civil de México, con fecha 18 julio 1940, de acuerdo con el cual acordaron como régimen económico de su matrimonio la sociedad conyugal, debiendo aplicarse los pactos contenidos en el mismo, por lo que pertenecieron a ambos por mitad los bienes existentes hasta el momento de la disolución de la sociedad conyugal.

Al presentar el asunto complejidades de orden legal, debido a la concurrencia de normas de derecho español ya derogadas, así como normas de derecho extranjero, cuya prueba no resulta fácil al estar vigentes en 1940, y que produce serias dudas de derecho, no procede imponer las costas de este recurso a ninguna de las partes litigantes. Debe aplicarse la misma regla a las costas devengadas en primera y segunda instancia, todo ello de acuerdo con el 394.1 LEC.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

GUARDA Y CUSTODIA

Que se condene al padre por una falta de vejaciones a la pena de cuatro días de localización permanente en su domicilio no es motivo para excluir la custodia compartida, aunque se opta por la custodia materna en base al trabajo a turnos del padre, la jornada laboral reducida de la madre, la falta de costumbre e iniciativa del padre en los cuidados básicos de sus hijas y la menor disponibilidad horaria del mismo.

TSJ de Aragón, Sentencia de 8 de febrero de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra**

Como efecto del divorcio del matrimonio entre actora y demandado, celebrado en Zaragoza el 18 de octubre de 1997, del que nacieron dos hijas, Natalia el 3 de mayo de 2002, e Isabel, el 22 de mayo de 2005, la sentencia de primera instancia atribuye la custodia de las dos hijas a la esposa argumentando lo siguiente: «Con relación en primer término al tema de la custodia, como indicó el Ministerio Fiscal, al tiempo de la presente resolución, existiendo procedimiento penal abierto entre las partes, queda vedada cualquier posibilidad de custodia compartida entre ambos progenitores y ello conforme al artículo 92 del Código Civil y artículo 6 de la Ley de Igualdad en las Relaciones Familiares ante la Ruptura de la Convivencia de los padres, ley aragonesa 2/2010. Por ello, analizada la situación de hecho que se ha venido llevando a efecto desde la ruptura de la relación de pareja y, conforme a lo dispuesto por el informe psicosocial unido a autos, procede a atribuir la guarda y custodia de las hijas a Dulce».

En materia de alimentos la sentencia fija a cargo del padre una cantidad de 200 euros para cada una de las menores. Desestima la solicitud de pensión compensatoria para la esposa argumentando que la decisión de la madre de optar a una reducción de jornada en su trabajo, tomada en el contexto de una relación matrimonial que no presentaba visos de ruptura, no había provocado una situación de desequilibrio, teniendo en cuenta, además, que puede recuperar las condiciones laborales anteriores, en cuyo caso pasaría a tener unos ingresos brutos de 15.811,86 euros. El uso del domicilio familiar se atribuyó a la madre en su condición de progenitora custodia de las hijas del matrimonio.

Recurrida la sentencia por D. Ramón, fue íntegramente confirmada por la de la Audiencia Provincial de 28 de junio de 2011. Respecto a la custodia de las hijas el fundamento segundo dice lo siguiente:

«Alega el recurrente, sustancialmente, que sólo ha sido condenado por una falta de vejaciones a una pena de cuatro días de localización permanente, hechos que no resultan encuadrables en el art. 6 de la Ley de Igualdad en las Relaciones Familiares, no existiendo falta de aptitud en el mismo para ejercer el cuidado de las hijas del matrimonio, señalando, además, que las necesidades de las hijas menores no son superiores a cualquier otra niña de su edad y que el salario actual de la esposa aumentará en el momento en que solicite la jornada completa».

El recurrente interesa en su recurso, como prueba documental, la admisión de una copia de la Sentencia dictada en grado de apelación en el Juicio de faltas contra él seguido, en el que se le condenaba por una falta de vejación a la pena de cuatro días de localización permanente en su domicilio. Es claro que la calificación de los hechos, por su escasa gravedad y etiología, no entraña, a la vista de la normalización operada en la relación de los litigantes, el obstáculo legal contemplado en el art. 6-6 de la Ley 2/2010 de Igualdad en las Relaciones Familiares, como así ha declarado recientemente esta Sala en caso similar.

Con independencia de ello, el contenido de los informes pericial psicológico y de valoración social emitidos en las actuaciones (folios 103 y siguientes), pone de manifiesto que siempre ha sido la madre la que se ha ocupado prioritariamente del cuidado y atención cotidianos de las dos hijas del matrimonio, de 6 y 9 años de edad. El padre tiene una jornada de lunes a domingo en turnos de mañana y tarde como conductor, en función de los cuales tendría que delegar el cuidado de sus hijas en terceros, tanto en los de mañana (de 6 horas a 15 horas), como en los de tarde (de 15,15 horas a 0,45 horas), no pudiendo procurar a las niñas una atención personalizada, resultando que la madre tiene concedida, en su puesto laboral, jornada laboral reducida hasta el 12 de octubre de 2013 (folio 99 de las actuaciones). La Ley 2/2010, de 26 de mayo establece en su art. 6 que la guarda y custodia compartida se adoptará en interés de los hijos, salvo que la individual sea más conveniente para los mismos.

En el caso de autos es claro que la petición del padre adolece de consistencia, al ponerse de relieve que éste carece no sólo de la costumbre e iniciativa precisas para afrontar los cuidados básicos de sus hijas (control de tareas escolares, hábitos de higiene y alimentación, etc.), sino, y además, de la disponibilidad horaria necesaria por razones laborales para procurar esos cuidados.

El informe psicológico aconseja mantener en esas condiciones la custodia en la madre y esta es la solución que se revela más acertada para preservar el prioritario interés de las hijas, por encima de cualquier capricho o preferencia gratuita de los progenitores.

En cuanto a la pensión de alimentos para las hijas el fundamento tercero dice:

«Por lo que respecta a la pensión alimenticia, y conforme a lo regulado en el art. 8 de la citada Ley, consta acreditado que la madre cobra en Prensa Diaria Aragonesa S.A., como auxiliar administrativo, 597,42 euros mensuales de salario, y el padre viene a cobrar, como conductor de Rutas del Cantábrico S.L., con antigüedad desde 2002, un salario oscilante entre 1.852,51 euros, en enero de 2010, 1.866,17 euros en abril de 2010 y 1.002,95 euros en agosto de 2010 (folio 70 y siguientes).

Es clara la diferencia de ingresos entre los progenitores y la pensión alimenticia estipulada en 200 euros al mes para cada niña, resulta acorde a los mismos y a las necesidades ordinarias de todo orden (alimentación, vestido, ocio, etc.) que generan unas niñas de la edad reseñada, significando que dichas pensiones se fijan con carácter de futuro, en evitación de modificaciones judiciales posteriores por cambio lógico de circunstancias.

En suma, la Sentencia debe ser confirmada con desestimación del recurso».

El recurso de casación interpuesto por el Sr. Ramón pretende en su primer motivo, alegando infracción del artículo 80 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), que se establezca el régimen de custodia compartida de las hijas por meses alternos, y en el segundo, relativo a la pensión de alimentos de las hijas, que se fije en 150 euros mensuales a cargo del padre cuando éste no tenga la custodia o, en caso de no ser casada la sentencia respecto a la custodia, que se fije en 300 euros mensuales.

El primer motivo del recurso denuncia la infracción del artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón por inaplicación del criterio preferente de custodia compartida como más conveniente para las menores. Afirma que el recurrente cumple los requisitos establecidos en la jurisprudencia para poder ostentar la guarda y custodia de sus hijas, y resalta que los informes realizados a su instancia por la trabajadora social y por el psicólogo adscritos al Instituto de Medicina Legal de Aragón ponen de manifiesto que para sus hijas la figura paterna se encuentra

muy presente en su mundo afectivo, y que las niñas mantienen una buena relación de afectividad tanto con la madre como con el padre. En cuanto a la disponibilidad horaria y atención a las hijas, asegura que él se ocupaba de las niñas cuando tenía descanso o trabajaba en turno de tarde y la madre lo hacía por la mañana, teniendo que acudir ambos a ayudas familiares en algunos momentos.

Esta Sala ya ha destacado en las sentencias dictadas hasta la fecha sobre esta materia el criterio preferente de la custodia compartida establecido por el legislador aragonés, tal como dispone el artículo 80.2 CDFA, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también expresa con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente.

La más reciente sentencia de la Sala de 1 de febrero del presente año (recurso 24/2011), resume los criterios que deben seguirse en la exégesis del artículo 80 CDFA:

«En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite —la conveniencia para el menor— frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011)».

Aplicando los anteriores criterios al caso concreto, hemos de comprobar si los tribunales de instancia, al apartarse de la regla general de la custodia compartida, han seguido adecuadamente las reglas indicadas razonando suficientemente la decisión adoptada. Y, previendo el artículo 80.3 la posibilidad de que el Juez conozca informes médicos, sociales o psicológicos, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de los menores, habrán de valorarse ponderadamente tales informes.

La sentencia de apelación hace una valoración de los aspectos más relevantes recogidos de dicho informe psicosocial, como el trabajo a turnos del padre, la jornada laboral reducida de la madre, la falta de costumbre e iniciativa del padre en los cuidados básicos de sus hijas y la menor disponibilidad horaria del mismo. Todo ello hace concluir al tribunal de apelación que, como aconseja el informe psicológico, debe mantenerse la custodia de la madre como situación más acertada para preservar el prioritario interés de las hijas.

Así pues, la sentencia recurrida ha efectuado una valoración suficiente y razonada de la prueba practicada teniendo en cuenta los distintos factores puestos de manifiesto por los informes psicosocial y psicológico, y tal valoración no puede ser revisada en casación salvo si la misma resultara irracional, ilógica o arbitraria (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2008, 8 de julio de 2009, 10 de septiembre de 2009 y 19 de octubre de 2009), lo que no sucede en el presente caso pues de tal valoración, basada en el conjunto de factores indicados recogidos en los informes técnicos, y en el parecer de éstos, se concluye que la custodia individual de la madre es el régimen más beneficioso para las menores.

Por ello el motivo debe ser rechazado.

El disenso y la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores no es base suficiente para considerar que este modelo no coincide con el interés del menor. Teniendo en cuenta que se trata de un menor de casi 11 años de edad, que ambos progenitores disponen de domicilios cercanos al centro escolar donde estudia y que en la exploración judicial manifestó querer vivir con ambos, debe acordarse la custodia compartida, no siendo determinante el informe en contra de la psicóloga fundado en una conflictividad que no presenta el grado de intensidad tal que haga la medida inconveniente al interés del menor.

TSJ de Aragón, Sentencia de 9 de febrero de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Carmen Samanes Ara**

Frente a la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza que acordó la custodia compartida estimando en este particular el recurso de apelación interpuesto por el demandante, se interpone el presente recurso de casación basado en la alegada vulneración del artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón.

La recurrente comienza el desarrollo del motivo aludiendo a una sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza relativa a un supuesto de custodia compartida planteado con anterioridad a la vigencia de la Ley 2/2010 de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Pero las afirmaciones que en ella se contienen en nada apoyan el recurso. Porque no es la misma la idea que inspira la regulación del Código Civil en la cuestión que nos ocupa y y la que refleja la norma aragonesa. En aquélla, sólo puede adoptarse la medida si hay acuerdo de los progenitores o, excepcionalmente si la pide uno de ellos, si hay informe favorable del Fiscal y si el Juez fundamenta que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor. En cambio, en el precepto del artículo 80.2 del Código Foral, como se ha destacado en ocasiones anteriores (Sentencias de este Tribunal de 8 de febrero de 2011 (recurso de casación 27/2011), 15 de diciembre de 2011 (recurso de casación 17/2011), 13 de julio de 2011 (recurso de casación 8/2011) y 30 de septiembre de 2011 (recurso de casación 13/2011) se plasma una opción legislativa que supone un cambio del esquema tradicional y de la que se da cuenta en el Preámbulo: la custodia compartida se configura frente a la individual como preferente en supuestos de ruptura de la convivencia de los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares. Y así lo recoge también en su Fundamento de Derecho segundo la sentencia objeto de recurso.

Lo anterior no tiene un carácter absoluto sino que, como señala la recurrente, se excepciona la custodia compartida (o repartida, quizá sería más exacto decir) cuando la custodia individual sea más conveniente. La reciente sentencia de la Sala de 1 de febrero del presente año (recurso 24/2011), a la que se remite la de 8 de febrero (recurso 27/2011) resume los criterios que deben seguirse en la exégesis del artículo 80 CDFA:

«En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre

de 2011); d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite —la conveniencia para el menor— frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011)».

No puede compartirse en modo alguno el parecer de la recurrente cuando afirma que debe optarse por la custodia individual si no existe un alto grado de consenso entre los progenitores, pues lo frecuente en la práctica es el disenso y de hecho se contempla de forma expresa en el apartado quinto del repetido artículo 80 para darle un alcance opuesto al que se pretende en el recurso. Conforme a dicho precepto, la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el interés del menor.

En el caso que nos ocupa, se ha acordado la medida atendiendo a los factores que se relacionan en el precepto examinado, razonando la sentencia así: «... se trata de un menor de casi 11 años de edad, ambos progenitores disponen de domicilios cercanos al centro escolar donde estudia el mismo.

Éste en exploración judicial manifiesta querer vivir con ambos progenitores, los padres llevan separados más de ocho años y el progenitor no custodio han compartido muchas tardes con su hijo, igualmente, ambos tienen aptitud y voluntad para asegurar la estabilidad del hijo conciliando perfectamente su estancia con el menor con su trabajo...».

El informe técnico no se incluye entre los factores enumerados en el apartado segundo del art. 80, sino que es objeto de regulación en el apartado siguiente, y recabarlo se configura como algo facultativo para el juzgador. En consecuencia, tampoco asiste la razón a la parte cuando viene a aseverar que la custodia compartida no es la mejor forma de velar por el interés del menor si los informes técnicos no lo aconsejan. Estos informes, al igual que las demás pruebas, han de ser valorados por el Juzgador conforme a las reglas de la sana crítica, lo que cabalmente se ha hecho también en el caso y de lo que da cuenta la sentencia impugnada: «... La psicóloga del Juzgado se inclina por la custodia individual a favor de la madre únicamente por la existencia del conflicto entre las partes y su mala relación».

No obstante, debe indicarse que no toda conflictividad puede ser causa de exclusión de la custodia compartida, es cierto que es necesario un cierto grado de entendimiento o consenso entre los progenitores para poder realizar de manera adecuada la corresponsabilidad parental después de una ruptura, mas también lo es, que toda crisis matrimonial o de pareja lleva consigo una cierta falta de entendimiento y desencuentro, deberá en todo caso cuando menos exigirse un cierto grado de conflictividad u hostilidad, para que pueda dejarse sin efectos los beneficios que para el menor pueda conllevar e su caso la implantación de la custodia compartida.

En el presente supuesto la conflictividad proviene únicamente de aspectos sobre las vacaciones y forma de realización de las visitas u otros acontecimientos familiares, sin una entidad suficiente para desechar la custodia compartida...

Está pues, perfectamente justificado, y se razona adecuadamente, que el juzgador de instancia se haya apartado del criterio de los peritos.

En suma, ninguna vulneración del art. 80.2 del Código Foral es de apreciar, por lo que el recurso debe ser desestimado.

Los órganos judiciales no pueden sujetarse a los cambios de humor, enfados o cambios de parecer de las menores adolescentes ni deberían hacerlo tampoco los padres, y por ello no puede atenderse en trámite del recurso a la petición de que se atribuya la guarda y custodia de la hija, quien al parecer ha decidido hace pocas fechas residir con el padre.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 23 de febrero de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Eugenia Alegret Burgues**

En el recurso de casación estima el recurrente infringidos los artículos 76,1.a) y 822 del Código de Familia de Catalunya, en la medida en que la sentencia de apelación no ha conferido la guarda y custodia compartida de los menores Marta y Fco. Javier y porque no ha dispuesto la guarda exclusiva de la menor Patricia a favor del padre. Se invocan al efecto las Sentencias de esta Sala de 31 de julio y 5 de septiembre de 2008 y de 25 de junio de 2009.

El motivo se desestima. Ninguno de los artículos que se dicen infringidos ni tampoco las sentencias del TSJC que se mencionan en el recurso imponen en todo caso la guarda y custodia conjunta o compartida en caso de hijos menores de edad, sino que debe atenderse en cada caso al «favor filii» como criterio informador de este tipo de decisiones.

En efecto, en estas materias el principio del superior interés y beneficio del menor es el criterio básico que ha de presidir todas las decisiones que le afecten, tal como dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación, en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, en el art. 822 del Código de Familia de Cataluña y en el art. 3 de la Llei del Parlament de Cataluña 8/95, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y de los adolescentes, vigente cuando se inició el presente procedimiento.

Al acordar las medidas que afecten a los menores de edad el Juez debe haber valorado todas las pruebas practicadas y tener en cuenta el interés superior y beneficio del menor.

El Tribunal Supremo ha puesto de relieve la dificultad de combatir en sede casacional las decisiones de los órganos de instancia respecto de la guarda y custodia de los menores, cuando, en realidad, están resolviendo sobre casos concretos y en función de sus circunstancias.

Dice al efecto la STS Sala 1.ª de 7-7-2011 que: «El único criterio unificador para la solución de cada uno de los casos presentados se encuentra en la necesidad de respetar e implementar el interés del menor y esta exigencia se encuentra ya establecida en las diversas leyes que se ocupan de regular estas situaciones».

Cuestión diferente son los criterios en que el interés del menor se concreta y que las diversas decisiones de las Audiencias Provinciales se encargan de especificar en cada caso.

Los criterios tenidos en cuenta por el Tribunal Supremo y también por esta Sala han sido, entre otros, la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven (SSTS de 10 y 11 marzo 2010).

De este modo, ya hemos dicho que no se aprecia irracionalidad alguna en el criterio de la Audiencia en orden a la guarda y custodia establecida teniendo en cuenta las circunstancias del caso ponderadas en la sentencia de segunda instancia —también por remisión a la de primera—

en cuanto a los dos hijos menores y la conjunta o compartida en cuanto a Patricia.

Tampoco se aprecia infracción de doctrina legal. Hemos dicho reiteradamente en interpretación de la normativa correspondiente del Código de Familia, aplicable al caso por razones temporales (Auto TSJC de 10 nov. 2011, rec. 37/11 y las resoluciones que en él se citan) que es incierto... que pueda establecerse una preferencia de la custodia compartida sobre la custodia monoparental por razón del interés del menor toda vez que el acceso de esta cuestión (sistema de guarda en relación a los hijos menores) a la casación por la vía del número 3 del art. 477,2 exige la especial contemplación de la arbitrariedad de la solución adoptada en la instancia sin discutir las circunstancias fácticas sentadas en la sentencia impugnada.

En sede de la legislación analizada, la pretendida supremacía de la guarda y custodia compartida carece de cualquier respaldo legal o jurisprudencial, por más que hayamos declarado que dicho sistema es adecuado en términos abstractos para el desarrollo de la personalidad del menor, toda vez que debe atenderse a las circunstancias fácticas del caso.

Y es que, en efecto, los órganos de instancia en orden a la guarda de los dos hijos menores de los litigantes tiene en cuenta determinadas circunstancias que esta misma Sala de casación ha valorado (vid. STSJC 20-12-2010) como criterios relevantes para resolver la cuestión relativa a la guarda y custodia en razón del superior interés del menor, tales como, las actitudes previas de padre y la madre en relación con el cuidado de los hijos, la dinámica del sistema de guarda que se venga siguiendo, los acuerdos habidos entre los litigantes, y la opinión de los menores, criterios, entre otros, recogidos ahora en el nuevo artículo 233-11 del Libro II del CCCat.

En cuanto a la guarda y custodia de la menor Patricia, la Sala de apelación dispuso que fuese conjunta o compartida por semanas entre el padre y la madre atendiendo fundamentalmente a los deseos por ella expresados en la exploración realizada. El recurrente reclama que se le otorgue la guarda y custodia exclusiva. La petición debe ser rechazada. Es claro que no procede modificar la decisión del órgano de instancia. Al contrario ya se ha dicho al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal que no se apreciaba irracionalidad ni arbitrariedad en la decisión y que la Sala dispuso lo más conveniente para su interés, interés que ha de prevalecer sobre los sucesivos cambios de criterio de la joven, que son al parecer los que en la práctica se imponen, pero que no tienen ni entidad ni constancia para condicionar la decisión judicial.

Por la misma razón no puede atenderse en este trámite la petición que se contiene en el escrito de oposición al recurso de casación de la otra parte para que se atribuya la guarda y custodia de Patricia en exclusiva, ni la formulada por el padre en orden a que se le conceda ahora, también en exclusiva, la de la menor Marta, quien al parecer ha decidido hace pocas fechas residir con el padre.

Es evidente que los órganos judiciales no pueden sujetarse a los cambios de humor, enfados o cambios de parecer de las menores adolescentes ni deberían hacerlo tampoco los padres. Sería aconsejable, para superar la crisis de autoridad que se aprecia en la familia, que se sometiese a algún tipo de mediación familiar para conseguir desjudicializar el conflicto y sentar unas bases de convivencia estables y justas para todos.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Aunque en el convenio regulador se fijase la pensión compensatoria por un término de 10 años, sin sujeción a ninguna otra condición que la extinción de este término, es procedente declarar su extinción cuando se acredita que la ex esposa convive maritalmente con un tercero, aun cuando se mantiene la validez del pacto en relación con el pago del préstamo hipotecario y gastos de uso del inmueble.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 9 de febrero de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio**

Por lo que respecta al recurso de casación, el mismo se funda en la infracción de los artículos 11, 78 y 86.1.d) CF y del artículo 1.255 CC con cita de varias sentencias de esta Sala (SSTSJC 26/2001, 23/2004, 32/2008 y 40/2008), de las que se extrae la doctrina según la cual en el Derecho civil de familia catalán los cónyuges disfrutan de plena libertad de contratación o autonomía negocial para regular las consecuencias económicas de la ruptura matrimonial como tengan por conveniente, siempre que sus pactos no se opongan a la ley, a la moral ni al orden público.

La recurrente invoca también en su escrito de interposición otros preceptos (art. 76 y 77 CF, art. 1.281 CC) que no fueron citados oportunamente en la fase de preparación, razón por lo cual no podrán ser examinados ahora (STSJC 35/2008 de 9 oct.), sin que ello afecte al examen del recurso en la medida en que los preceptos aludidos a destiempo carecen de trascendencia en la cuestión debatida, que se articula de forma que parece subdividirse en tres motivos diferentes, cuando, en realidad, los tres se refieren a una única cuestión jurídica bajo diferentes puntos de vista, circunstancia que, por tanto, nos obligará a agruparlos y a analizarlos conjuntamente.

En efecto, considera la recurrente que la sentencia impugnada, bajo el argumento de que la aplicación de la ley no puede quedar a expensas de la voluntad de las partes ni ser excluida por ella, desconoce la fuerza vinculante del convenio libremente suscrito por el actor y la demandada para regular las consecuencias económicas de su divorcio, en el que, de forma clara y sin lugar a dudas, establecieron que aquél le pagaría a ésta una pensión compensatoria durante 10 años, sin sujeción a ninguna otra condición que la extinción de este término; así como que se haría cargo durante ese mismo tiempo de la totalidad de las cuotas de los dos préstamos hipotecarios que gravan el domicilio conyugal, vencido el cual la demandada asumiría la mitad de ellas si para entonces se diera la «condición» de tener un trabajo por cuenta propia o ajena; y, finalmente, en cuanto al resto de las cargas asociadas al domicilio (impuestos, suministros, etc.), se estableció que el actor las asumiría por entero «hasta la independencia económica de los hijos».

Tales pactos —sigue diciendo— son respetuosos con la ley, la moral y el orden público, fueron suscritos libremente, no perjudican a terceros (no producen efectos frente a la entidad prestataria) y fueron, finalmente, ratificados por el juez porque tampoco perjudican a los menores (art. 78 CF), de manera que no pueden ser desconocidos ahora por ninguno de los contratantes, entre los que tienen fuerza de ley, ni tampoco por los tribunales.

En ese sentido, el hecho de que los contratantes hubieren supeditado la obligación de pago exclusivamente a la extinción de un término fijo —art. 86.1.d) CF—, según la recurrente, excluye la posibilidad de aplicar cualquiera otra de las causas de extinción a que se refiere el art. 86 CF y, en concreto, la prevista en el art. 86.1.b) CF, sobre todo teniendo en cuenta que en el momento de suscribir el convenio el Sr. Armando era conocedor de la «relación afectiva» entre la Sra. Ariadna y una tercera persona, y a la vista de que no es cierto que ésta disfrute ahora de mayor es-

tabilidad económica, pues no trabaja ni percibe ingreso alguno, admitiendo a título de hipótesis —que no se da en este caso— que el pacto pueda ser desconocido solo si el cónyuge obligado hubiere pasado a peor fortuna (art. 86.1.a CF).

Como hemos dicho ya, la sentencia recurrida (FD3) tiene por probado que la recurrente mantiene una relación afectiva asimilada a una convivencia marital con una tercera persona, atendido lo cual y a la vista de que el art. 86.1.b) CF contempla esta situación como causa de extinción de la pensión compensatoria, la declara definitivamente extinguida al entender que dicha causa no se hallaba excluida, ni podía serlo, en el pacto regulador del divorcio concertado en su día por las partes.

Por otro lado, considerando que se había acreditado una variación sustancial de las circunstancias contempladas en el momento de decidir sobre el divorcio de las partes, exclusivamente relacionada con la nueva situación marital de la señora Ariadna, de la que se llega decir que disfruta de «un mayor sustento económico del que carecía cuando se pactó en convenio de divorcio», establece su obligación de contribuir al pago de «los gastos de la vivienda que fue familiar», que incluyen los relativos a la hipoteca, a los impuestos y a los suministros, obligación que fija en un 50% a la vista de lo solicitado expresamente por el actor y a pesar de lo que disponen los art. 562-11 y 561-12 CCCat, que, en otras circunstancias, hubiera determinado, conforme al criterio del propio tribunal expresado en otros casos, a imponer el pago íntegro de los gastos ordinarios de la vivienda a quien disfrutase del uso de la misma y el de los extraordinarios (impuestos, seguro etc.), a los propietarios en proporción a su participación.

Por lo que se refiere a nuestra doctrina en este tema, en la STSJC 32/2008, de 18 de septiembre (FD2), con carácter general y con cita de las SSTSJC 23/2004 y 26/2006, dijimos que de la regulación del CF —arts. 76.3.a, 77 y 83.1 CF— se desprende que en las materias de inequívoca naturaleza patrimonial los cónyuges tienen una amplia autonomía negocial (art. 1.255 C.C. y art. 11 CF) que solo se ve limitada si de su pacto se derivara perjuicio para los hijos menores o incapacitados, supuesto en el que la aprobación judicial podrá —deberá— ser denegada (art. 78 CF y art. 777 LEC), pero no en cualquier otra eventualidad, ni siquiera cuando se advirtieran «consecuencias gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges», razón por la cual hemos venido admitiendo reiteradamente la validez y la eficacia de la renuncia a la pensión compensatoria, aun contenida en pactos privados entre los cónyuges no ratificados judicialmente —SSTSJC 26/2001, 20/2003 y 29/2006—, a los que reconocimos validez «siempre que se trate de materias... sobre las que no existan limitaciones legales, morales o de orden público (art. 1.255 C.C.), siempre que se den los requisitos mínimos imprescindibles (art. 1.261 C.C.)... entre los cuales no se encuentra ninguno específico relativo a la forma (art. 1.278 C.c. en relación con el art. 1.280 C.C.), llegándose a admitir incluso que la renuncia de los derechos pueda ser tácita —entre otras, STS 1.ª 30 oct. 2001... sin perjuicio del derecho de alimentos cuando proceda» (STSJC 29/2006 de 10 jul. FD4).

En la misma ocasión terminamos afirmando que «el pacto por el que los esposos litigantes regulen privada y libremente las consecuencias patrimoniales de su separación, entre ellas la atribución del uso de la vivienda copropiedad de los dos, debe considerarse válido y los interesados no pueden desligarse de él, pues ese acuerdo les obliga como ocurre con cualquier contrato,... salvo en lo que pueda afectar a los hijos comunes» (STSJC 32/2008 de 18 sep. FD2).

Con posterioridad, las SSTSJC 34/2010, de 10 de septiembre, y 25/2011 de 3 de junio, han venido a incidir en la misma línea, declarando, por un lado, que es perfectamente válido el pacto de subrogación de uno de los ex cónyuges en las obligaciones del otro derivadas de un crédito hipotecario que pesa sobre la vivienda que fue familiar, de las que le exonera por completo aunque continúe usándola por tiempo determinado, sin perjuicio del consentimiento del acreedor hipotecario (STSJC 34/2010 FFDD 2 y 3); y por otro, que, con base en el art. 76.3.c) CF y en la subsistencia de las obligaciones derivadas de la filiación (art. 143 CF), es igualmente válido y eficaz entre las partes el pacto por virtud del cual el progenitor que, tras la ruptura matrimonial, no convive con los hijos menores en la que fuera vi-

vienda familiar asume en exclusiva el abono de los gastos derivados de su uso, al tratarse de una materia disponible y no advertirse en ello perjuicio alguno para los hijos (STSJC 25/2011 FD 6).

De conformidad con la doctrina que se ha dejado expuesta en el anterior apartado y atendidos los hechos que la Audiencia Provincial ha declarado probados y que, como consecuencia de la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal, han de ser respetados aquí, la solución al supuesto del presente recurso deberá ser diferente por lo que se refiere, de un lado, al pacto relativo a la pensión compensatoria y, por otro lado, a los pactos referidos a los gastos derivados del uso de la vivienda, los impuestos y las cuotas hipotecarias.

En efecto, como quiera que la sentencia recurrida no considera acreditado que en el momento de concertar el convenio regulador del divorcio el actor conociera la existencia de la relación afectiva con caracteres de convivencia marital que la demandada mantenía con una tercera persona —téngase en cuenta que la sentencia de primera instancia, que ha sido revocada en apelación, solo se refería a una relación afectiva no marital—, hasta el punto de que estima que se ha producido «una variación sustancial de las circunstancias», no es posible acoger ahora la alegación de la recurrente según la cual el actor había aceptado tácitamente, en el momento de firmar el convenio, no condicionar el pago de la pensión compensatoria a la concurrencia de dicha causa de extinción, prevista legalmente en el artículo 86.1.b) CF, por lo que, aunque no se comparta el criterio del tribunal de apelación de que no es posible exceptuarla convencionalmente, debe aceptarse que, en este caso, el simple hecho de haber fijado un plazo determinado para el pago de dicha pensión no implica, a falta de cualquier otra precisión, que se hubiesen querido excluir los efectos de las demás causas previstas en el citado precepto, máxime teniendo en cuenta que la naturaleza de la pensión compensatoria permite suponer fundadamente que, a falta de pacto expreso en contra, desaparece su razón de ser cuando el acreedor de la misma establece un vínculo de solidaridad con una tercera persona.

Este criterio, sin embargo, no puede servir por lo que se refiere a los pactos relativos a los gastos de uso de la vivienda que fuera familiar, de la que disfruta la demandada en compañía de los hijos menores de edad del matrimonio cuya custodia ostenta, así como a los impuestos y las cuotas de los dos préstamos hipotecarios que pesan sobre ella, porque —aparte de las innegables implicaciones que tienen respecto de los menores—, tratándose de un convenio sobre una materia económica disponible para cuya concertación los contratantes disponían de una plena autonomía negocial y no siendo posible calificarlo de ilegal, inmoral o contrario al orden público o a los intereses de los hijos, no puede entenderse afectado por una causa de extinción que solo está prevista legalmente para la pensión compensatoria y que, al margen de la significación que quiera otorgársele en cuanto a la mejora de la capacidad económica de la demandada, no se halla contemplada expresamente en el pacto regulador del divorcio.

Por todo ello, se estima parcialmente el recurso de casación y, en consecuencia, procede revocar en parte la sentencia recurrida, de manera que se desestima la demanda por lo que se refiere a la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio dictada en su día (04/07/07) por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Granollers (autos núm. 880/07) relativas a los gastos derivados del uso de la vivienda que fue familiar, así como a los impuestos y a las cuotas hipotecarias, que deberán seguir siendo sufragados por el actor D. Armando en la forma y con las limitaciones con que en dicha sentencia se dispuso; y procede confirmar la sentencia de la Audiencia Provincial por lo que se refiere a la pensión compensatoria, que ha sido dejada sin efecto, y en cuanto a todo lo demás.

CUESTIONES PROCESALES

Siempre que no se soliciten medidas provisionales, los efectos de la sentencia anterior operan hasta que, en su caso, se modifiquen por los de la nueva sentencia, la cual será determinativa si fija de nuevo el contenido de una obligación declarada. Los efectos retroactivos del incremento de la pensión de alimentos solo se pueden producir desde la fecha de la sentencia de primera instancia y no desde la demanda inicial.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 20 de febrero de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio**

Habiendo sido in admitido íntegramente el recurso extraordinario por infracción procesal, así como el primer motivo del de casación, por la interlocutoria de la Sala de 10 de noviembre de 2011, solo queda por resolver en esta Sentencia la cuestión planteada en el segundo motivo de este último, en el que, al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, se denuncia la infracción del art. 262 CF en la forma en que ha sido interpretado por las SSTSJC 41/2003, 16/2005 y 41/2009, por lo que se refiere al momento desde el cual debiera ser satisfecha la nueva cuantía —incrementada respecto a la prevista en la sentencia de divorcio— de la pensión de alimentos a favor del hijo menor de los litigantes señalada en la sentencia de primera instancia y confirmada en la de apelación, que el recurrente pretende que sea el de la fecha de aquella primera sentencia y no el de la presentación de la demanda.

La sentencia recurrida solo dedica a esta cuestión un breve apartado (FD7) en el que se limita a decir que:

«La toma de efectos del aumento de la pensión de alimentos de Kevin será desde la fecha de la sentencia de primera instancia, que en este aspecto confirmamos, sin que proceda diferir tal momento al de la firmeza de la sentencia como propugna el demandado en recurso de apelación».

Salvo por lo que se refiere a un pronunciamiento relativo a la limitación temporal de la atribución del uso de la que fuera vivienda familiar reconocido a la Sra. Mercedes por ostentar la custodia del hijo menor, la sentencia de apelación confirma los demás pronunciamientos de la sentencia de primera instancia.

En ésta, según resulta de su fallo, que se transcribe en la parte que interesa en los antecedentes de hecho de nuestra sentencia, « se fija como pensión alimenticia a cargo del Sr. Alfonso y a favor de su hijo, la cantidad de 650 euros mensuales, que será exigible desde el 19 de marzo de 2008», fecha que coincide con la de la presentación de la demanda por la Sra. Mercedes, por la cual se solicitaba un incremento (1.500 euros/mes) respecto a la pensión acordada en la sentencia de divorcio, que, con los incrementos sucesivos correspondientes, había llegado a ser, al tiempo de iniciarse el presente procedimiento de modificación de medidas, de 540 euros al mes. A mayor abundamiento, en el último párrafo del fundamento de derecho décimo se explicaba que:

«Por otra parte y de acuerdo con el artículo 262 del Código de Familia, la pensión alimenticia será exigible desde la fecha de interposición de la demanda (en este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de noviembre de 1998, 19 de enero de 1999, 16 de febrero de 1999, 31 de julio de 2002 y 22 de septiembre de 2005), sin perjuicio de que, como es obvio, deban descontarse de cualquier reclamación a efectuar en el futuro los pagos que hasta este momento haya podido ir efectuando el Sr. Alfonso».

Tiene razón, por ello, el recurrente cuando precisa que, si bien el breve razonamiento jurídico de la sentencia recurrida (FD7) podría dar a entender que se quiere fijar como momento de inicio del pago del incremento de la pensión el de la fecha de la sentencia de primera instan-

cia, negando que pudiera serlo el de su firmeza —ésta era la tesis expresada por el Sr. Alfonso en su recurso de apelación, abandonada en éste—, el anuncio de confirmación realizado en el mismo apartado de los razonamientos y, sobre todo, la clara referencia en igual sentido contenida en la parte dispositiva, son suficientemente esclarecedores de que la Audiencia Provincial dispuso que los efectos del incremento en la pensión de alimentos se produjeran desde la fecha de la presentación de la demanda de modificación de medidas por la representación procesal de la Sra. Mercedes, ocurrida el 19 de marzo de 2008.

La cuestión relativa al momento desde el cual deba ser abonado el incremento de los alimentos señalado por modificación de medidas ha sido abordada recientemente en la Sentencia del Pleno de esta Sala núm. 41/2011, de 26 de septiembre, que distingue entre los efectos jurídicos materiales y los efectos procesales de las sentencias de condena.

En la ocasión aludida, decíamos —y ahora lo reiteramos— que, de ordinario, los efectos sustantivos o materiales de las sentencias se producen *ex nunc*, esto es, desde que son definitivamente dictadas, si bien, en algunos casos, la ley permite retrotraerlos al momento de la interposición de la demanda —como ocurre con los intereses moratorios (art. 1.100 y 1.108 CC) o con los alimentos (art. 148.1 CC; art. 262 CF; art. 237-5.1 CCCat)—, llegando a admitirse incluso en nuestra legislación —pese a la regla clásica *in praeteritum non vivitur*— una retroacción de mayor intensidad para el crédito de alimentos, por razón de su privilegiada naturaleza y especial finalidad, que se ha fijado, tradicionalmente, en la fecha acreditada de la reclamación extrajudicial (art. 262 CF; art. 237-5.1 CCCat), pero que en la legislación actualmente vigente —no aplicable al supuesto del presente recurso— puede llegar hasta la fecha del inicio del proceso de mediación (art. 233-7.3 CCCat), o, en supuestos excepcionales, hasta un año antes a la fecha de reclamación (art. 237-5.2 CCCat).

Pues bien, con referencia al CF —la norma aplicable en este caso—, la doctrina de esta Sala (SSTSJC 41/2003, 16/2005 y, ahora, 41/2011) ha señalado reiteradamente que la aplicación retroactiva de los efectos jurídico-materiales de las sentencias que disponen en materia de alimentos entre parientes es igualmente operativa cuando éstos se reclaman en sede de procedimientos de nulidad, separación o divorcio, si la petición se realiza por vez primera, cuestión que había venido siendo discutida por la doctrina. En el mismo sentido se ha manifestado también la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS 1.ª 334/1995 de 8 abr., 917/2008 de 3 oct. y 402/2011 de 14 jun.).

Por lo que se refiere a los efectos procesales, es sabido que, por regla general, para que pueda iniciarse el proceso de ejecución se requiere que la sentencia que declara la realidad del derecho afirmado sea firme por no caber contra ella recurso alguno. Sin embargo, la ley procesal (art. 524 y ss. LEC) dota también de ejecutividad a las sentencias declaradas provisionalmente ejecutables, que, no obstante, permiten reponer y acomodar la situación así creada a aquella que fuere declarada de manera definitiva en el caso de que la sentencia fuera finalmente revocada. Tampoco son desconocidas aquellas resoluciones que tienen inmediatos efectos ejecutivos (no retroactivos) por no reconocerse al recurso que pueda interponerse contra ellas más que el efecto devolutivo pero no el suspensivo (art. 1.615 LEC 1881 y art. 774.5 LEC 2000).

De otro lado, para evitar los perjuicios que pudiera ocasionar la duración del proceso judicial, las leyes posibilitan el establecimiento de medidas cautelares que anticipan una solución jurídica provisional para la situación transitoria que se produce entre su solicitud y el reconocimiento definitivo de las pretensiones ejercitadas en la demanda.

Pues bien, en materia de procedimientos de familia (nulidad, separación o divorcio) tanto las normas sustantivas (art. 102 y 103 CC o, ahora en Catalunya, art. 233-1 CCCat), como las normas procesales, (art. 769 y ss LEC), establecen un conjunto legislativo específico que pretende dotar a las nuevas relaciones que surgen en tiempos de crisis matrimonial de cierta seguridad jurídica, al tiempo que impiden que la demora en la sustanciación de los procedimientos produzca perjuicios a las partes, en especial, a los hijos menores de edad.

De este modo, el art. 771 LEC autoriza a solicitar las medidas provisionales previstas en

los art. 102 y 103 CC (ahora, entre nosotros, art. 233-1 CCCat) con carácter previo a la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio, y el art. 773 LEC regula la posibilidad de que tanto el actor como el demandado puedan solicitar medidas provisionales coetáneas a la sustanciación del procedimiento.

Estas medidas provisionales, que no son recurribles, quedan sin efecto cuando son sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo (art. 773.5 LEC), pues el órgano judicial está obligado, por el interés público del procedimiento, a resolver en todo caso en la sentencia, entre otras cuestiones, respecto de «las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos... estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna» (art. 774.4 LEC), sin que los recursos que, conforme a la Ley, se interpongan contra la sentencia puedan suspender la eficacia de dichas medidas (art. 774.5 LEC).

De dicha normativa cabe colegir, de un lado, la eficacia ejecutiva de las medidas provisionales, en relación con los hijos, que serán sustituidas con igual eficacia *ex nunc* por las medidas que se acuerden en la sentencia que se dicte, las cuales serán igualmente ejecutivas aunque se hubiese presentado un recurso contra ellas.

Al no remitirse la normativa referida a la ejecución provisional, debe entenderse, al menos en relación con las medidas a las que se refiere el artículo 774.4 LEC, que se trata de una ejecución definitivamente anticipada, por lo que en el caso de los pronunciamientos de condena económicos no cabe ni pedir complementos dinerarios, ni solicitar devoluciones de cantidades en el caso de que se modifiquen las cuantías dispuestas como consecuencia de los recursos. Entenderlo de otro modo atentaría contra el principio de seguridad jurídica, que exige que los alimentos consumidos no deban devolverse y que el obligado a darlos pueda prever y provisionar, para disponer también de los propios, las sumas que debe satisfacer en cada momento.

De otro lado, la cosa juzgada de las medidas adoptadas en sede de los procedimientos de nulidad, separación o divorcio es temporalmente limitada, en tanto no se modifiquen las circunstancias, de forma que para esta eventualidad se posibilita la interposición de un nuevo procedimiento de modificación de los efectos de la sentencia anterior (art. 775 LEC), así como (art. 775.3 LEC) la petición de medidas provisionales durante la sustanciación del mismo, que siempre podrán interesarse en caso de urgencia y claro perjuicio por la mora procesal (tras la reforma operada en el párrafo 2 del artículo 775.2 LEC por la Ley 15/2005, de 8 de julio, ahora ya sin ningún obstáculo procedimental).

En estos casos, siempre que no se soliciten medidas provisionales, los efectos de la sentencia anterior operan hasta que, en su caso, se modifiquen por los de la nueva sentencia, la cual será determinativa si fija de nuevo el contenido de una obligación declarada. Así se pronuncia el art. 80 del CF, a cuyo tenor «les mesures establertes per la sentencia poden esser modificades, en atenció a les circumstàncies sobrevingudes, mitjançant resolució judicial posterior».

El nuevo art. 233.7 CCCat, regula, en la misma línea, que la modificación de los efectos de la sentencia por una nueva, que contemple alteraciones sustanciales de las circunstancias tenidas en cuenta anteriormente, se producirán a partir de ésta, si bien para favorecer los acuerdos extrajudiciales y en especial la mediación, faculta al juez a retrotraerlos a la fecha de inicio del proceso de mediación.

Por su parte, el Tribunal Supremo en la STS 1.ª núm. 917/2008, de 3 de octubre, a la que se remite la STS 1.ª 402/2011, de 14 de junio, resuelve en igual sentido al proclamar que:

«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 de 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».

También esta Sala se ha pronunciado en la STSJC núm. 41/2009, de 14 de octubre, en el sentido de que:

«Tampoco, con carácter general, puede establecerse que toda sentencia deba producir sus efectos desde la fecha de la demanda, con independencia de la mayor o menor duración del proceso.

Ciertamente, la demanda determina y fija, no sólo los hechos, de forma que no puede darse relevancia ni valor jurídico a los acaecidos con posterioridad —ni siquiera por razón de la sucesión del actor (S TS 1.ª 22 jun. 1992)—, sino también el derecho transitorio aplicable para la resolución de la cuestión en ella planteada (entre las antiguas, las SS TS 1.ª 20 mar. 1982, 17 feb. 1992, 16 jun. 1993; y entre las más recientes, las SSTS 1.ª 1160/1993 de 11 dic., 464/1994 de 21 may., 378/1996 de 13 may. y 373/1998 de 23 abr.), salvo supuestos excepcionales de retroactividad de grado máximo (STS 1.ª 1077/1993 de 12 nov.), por lo que se afirma, con fundamento en ella, la vigencia en el procedimiento civil de los principios de la "perpetuatio iurisdictionis" y de "lite pendente nihil innovetur" (SSTS 1.ª 10/1994 de 9 may. y 968/1997 de 8 nov.; STSJC 12/2002 de 18 abr.), de forma que, en consecuencia, tampoco puede ser apreciada la legitimación adquirida con posterioridad a su interposición (S TS 1.ª 158/1996 de 7 mar.).

Pero sólo en los supuestos expresamente previstos en la ley —el del art. 262 CF es uno; el del art. 1.100 C.C. en relación con el devengo de los intereses de demora es otro (SSTS 1.ª 1201/1994 de 30 dic. y 1234/2009 de 20 ene.), al margen de los que son consecuencia de su admisión (ad exemplum, art. 102 C.C.)— pueden adelantarse todos o parte de los efectos de la sentencia al tiempo de la interposición de la demanda.

De cualquier manera, nada de lo hasta aquí razonado obsta para que, en virtud de la proscripción de la "reformatio in peius" y teniendo en cuenta que el actor ha sido el único recurrente ante esta Sala, puedan reconocerse efectos a nuestra sentencia desde la fecha de la de apelación por lo que se refiere a las nuevas medidas derivadas del divorcio, cuyos efectos sustituyen a los declarados en la previa Sentencia de separación, lo cual no supone en absoluto admisión parcial de este recurso».

Y en la misma línea lo hizo la STSJC núm. 27/2011, de 16 de junio (FD9), al establecer que:

«... Por el contrario, teniendo en cuenta: a) que lo que se pidió fue la modificación de una pensión alimenticia ya acordada en su día en el anterior procedimiento de separación matrimonial de los hoy litigantes, lo que haría inaplicable el artículo 262 del CF y sí el art. 80,1 del CF, conforme al criterio sentado en la STS de 3-10-2008 y STSJC de 14-10-2009—; b) que se instaron medidas cautelares que se resolvieron sin dar lugar a la disminución de la pensión, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 773,5 de la LEC, estas medidas permanecen en vigor hasta que sean sustituidas por las que se establezcan definitivamente en la Sentencia (STSJC de 6-11-2003); y c) que una vez dictada la misma, de conformidad con el artículo 774,5 de la LEC, los recursos no suspenden la eficacia de las medidas acordadas en ellas, que son directamente ejecutables, procede rechazar el recurso, también, en relación con este concreto punto».

La aplicación de la doctrina referida anteriormente al caso de autos determina, partiendo de que no se trata del pronunciamiento *ex novo*

de la obligación de alimentos para el recurrente y de que no consta que fueran solicitadas medidas provisionales, que la cuantía de los alimentos dispuestos en la sentencia de divorcio del año 2002, con los incrementos sucesivos, ha operado hasta la fecha de la emisión de la sentencia de primera instancia recaída en este procedimiento de modificación de efectos de sentencia.

Dicha sentencia, en cuanto que dispuso elevar la cuantía de la pensión alimenticia a favor del hijo menor de edad hasta la suma de 650 euros mensuales más los gastos de la mutua médica y la mitad de los gastos extraordinarios, devino ejecutiva desde que fue dictada, teniendo en cuenta que fue plenamente confirmada en este aspecto por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, que, por tanto, no produjo ninguna alteración en el efecto ejecutivo comentado.

Por ello, al establecer que los efectos retroactivos del incremento de la pensión de alimentos solo se pueden producir desde la fecha de la sentencia de primera instancia y no desde la demanda inicial, se estima el único motivo admitido a trámite del recurso de casación.

PROTECCIÓN DE MENORES

La declaración de desamparo no puede suspender sin motivación el derecho de padres e hijos a relacionarse, para ello es necesario que explicite «la gravedad de la situación» y «el interés del menor que lo aconseje». Se reconoce el derecho de la madre a reanudar la relación materno-filial en la que se incardina el derecho de visitas del que no debió ser privada sin causa por la entidad pública.

TSJ de Galicia, Sentencia de 22 de febrero de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pablo Ángel Sande García**

La recurrente en casación, madre de los dos menores declarados en situación de desamparo, vio fracasar en las instancias su demanda de cese de la suspensión de la patria potestad y de revocación de dicha declaración, efectuada por resolución de 27 de enero de 2009 de la correspondiente delegada provincial de «igualdade e benestar» (Vicepresidencia de la Xunta de Galicia), en cuya virtud, además de declarar a los menores Olga (nacida el 21 de diciembre de 2004) e Luis Andrés (nacido el 4 de octubre de 2006) en tal situación legal de desamparo asumiendo esa entidad pública (la delegación provincial) su tutela, se acuerda «suspender cautelarmente el derecho» de los padres de los menores «a relacionarse con sus hijos, así como prohibir cualquier clase de relación entre dichos menores y otros parientes allegados».

Según bien destaca la sentencia del Juzgado, que es la verdaderamente decisiva al limitarse la de la Audiencia a confirmarla, en rigor no puede pretenderse del órgano jurisdiccional la declaración de que la situación de desamparo de los menores en su día acordada no fue conforme a derecho dado el transcurso del plazo que al respecto establece el artículo 780 —al que se remite el artículo 8.4 LDCG/2006— para oponerse a la resolución administrativa de que se trata. No estamos, pues, ante una impugnación directa de la resolución de desamparo fundada en los presupuestos que la fundaron, aunque sí, ex artículo 172.7 CC (vigente con posterioridad a la precitada LDCG/2006), ante la solicitud, efectuada dentro del plazo legal señalado de dos años a contar desde la notificación de la resolución administrativa de desamparo, de que «cese la suspensión y quede revocada la declaración de desamparo del menor, si por cambio de las circunstancias que la motivaron entienden los padres que continúan ostentando la patria potestad que «se encuentran en condiciones» de asumirla nuevamente. Por lo tanto, acción de recuperación del pleno ejercicio de la patria potestad en la que los hechos objeto de alegación y prueba deben ser necesariamente distintos a los que se debaten en la acción de oposición a la

declaración de desamparo, a saber, los hechos contenidos en el expediente administrativo que la motivó y a cuya luz fue apreciada dicha situación.

Esto precisado, el juzgador de primera instancia subraya que la práctica totalidad de la prueba se centró en los presupuestos fácticos conducentes a la declaración administrativa de desamparo y ello explicaría de por sí la desestimación de la demanda. No obstante, el examen de los presupuestos fácticos sobre los que se basó la declaración de desamparo, que no deja de ser el referente para constatar una eventual modificación de las circunstancias que permitieran revocar la decisión administrativa, revelaría que la pretensión de revocación que se ejercita tampoco puede acogerse. Concluye el juzgador que «la actuación administrativa no fue arbitraria, caprichosa o carente de motivación, sino que «obedeció a las circunstancias de cada momento y fue proporcionada a la necesidad preponderante de anteponer el interés de los menores a cualquiera otros». Constata una serie de «datos objetivos» justificadores de la declaración de desamparo y descarta la existencia de contradicciones en el expediente administrativo que condujo a la misma, fundada únicamente en la «existencia de una situación comprobada de riesgo para la integridad y desarrollo de los menores»: la actuación administrativa relativa a Olga e Luis Andrés se originó por la comunicación efectuada por un pediatra en el mes de octubre de 2007 a la vista del estado que presentaba Olga cuando la llevó su madre al servicio de urgencias y la decisión adoptada respondió a «la culminación de un largo seguimiento de la situación de los menores, con actuaciones de apoyo en el ámbito personal y familiar a nivel educativo, asistencial y otros niveles, debiendo rechazarse toda idea de precipitación o de ausencia de fundamento objetivo racional», lo que a la parte resulta acreditado en los sucesivos informes elaborados por los miembros de los diversos equipos actuantes y de los que se ofrece una síntesis evolutiva completa y suficientemente descriptiva en el informe de fecha 19 de enero de 2009, que sirvió de propuesta a la resolución que acordó el desamparo de los menores, y cuyo apartado 4, «valoración», dice así:

«No momento actual a situación dos menores é a seguinte: a dinámica familiar segue a ser conflictiva cunha nula participación do pai no plan de traballo proposto (non hai nin motivo nin recoñecemento do problema pola súa parte), e existe una incapacidade por parte da nai para asegurar a cobertura das necesidades de seguiridade afectiva, física, de desenrolo conginitivo e de control e guía na conducta dos seus fillos menores. Esta incapacidade ponse de manifestó, ademáis, nos informes médicos e escolares nos que se constata a neglixencia na atención dos menores por parte de ámbolos dous proxenitores. Por outra banda, a organización da economía doméstica é moi deficitaria, non sendo capaces de priorizar as necesidades básicas dos menores na distribución dos poucos recursos existentes, debido a actual situación de desemprego de tódolos membros adultos do núcleo familiar, dependendo básicamente das axudas económicas recibidas polo Concello.

O entorno familiar carece das características de seguridade, salubridade e estabilidade, non pudendo facilitar ós nenos o seu coidado físico, a súa alimentación e a súa hixiene axeitada. Asemade, os país dos menores manteñen unha dinámica relacional que non cubre as súas necesidades de seguridade emocional e de disposición de modelos adultos sans e accesibles, carecendo a súa situación familiar de factores de protección. O pai e a nai non ten mostras de afectividades cara eles. Con respecto ó pai, amosa indiferencia ante as demandas dos nenos, non hai conciencia da problemática familiar nin, en consecuencia, motivación alguna para facilitar os cambios necesarios para solucionar as dificultades. Aínda que a proxenitora manifesta a súa intención de mellorar no coidado dos nenos, a realidade é que non atende ás suás necesidades físicas e emocionales.

Por outra banda, tras varios plans de traballo infructuosos establecidos coa familia, apreciamos a falta de capacidade da nai dos menores e da voluntariedade por parte do pai para o cambio. Observando a necesaria e constante supervisión para manter as pautas de conductas necesarias para a minimización de riscos e cobertura das necesidades básicas dos seus fillos, non sendo capaz de manter no tempo os avances acadados.

Por todo iso, o prognóstico de cambio da situación é negativo».

En definitiva, sostiene el juzgador de primera instancia que los menores «carecían de la asistencia material y espiritual mínima que demanda el ejercicio de la patria potestad, sin que se apreciara en los progenitores aptitudes y facultades suficientes como para poder desempeñar la custodia sobre éstos; la mejoría relativa que se apreció en los meses de agosto-septiembre de 2008 era claramente insuficiente, puesto que persistía una situación de evidente riesgo para los menores, y en los meses posteriores se mantuvieron las deficiencias higiénicas en los menores y en el domicilio familiar, la mala situación económica y la inadecuada administración y organización doméstica; además de ello se ponía de manifiesto las carencias afectivas de los menores y su carencia de reglas y normas sin que se registraran contactos con otros miembros de la familia extensa con que pudieran relacionarse y, en su caso, contribuir a su atención y cuidado». Estaríamos así ante la situación típica de desamparo descrita en los artículos 7 LDCG/2006 y 172.1 CC y que imponía a la administración la obligación de adoptar las medidas necesarias para la protección de Olga e Luis Andrés, siendo al respecto relevante «la falta de percepción y conciencia que ambos progenitores mostraban hacia la magnitud del problema familiar y a la falta de cobertura de las necesidades elementales de los menores, pues ello denota una carencia notable de la capacidad de conciencia y comprensión suficientes de lo que la satisfacción de las necesidades y atenciones cotidianas de éstos significa y comporta, lo que suscita, además, dudas fundadas sobre las posibilidades futuras de que la atención de ambos menores pudiera estar garantizada en el mismo ambiente familiar en que se desarrollaba». Añade que «es principio básico y esencia que rige en esta materia el de preeminencia del interés de los menores sobre cualquier otra consideración (artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20-11-1989; artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; y SSTS 21-12-2001, 12-7-2004, 23-5-2005, 13-7-2009, entre otras), incluidos los deseos e intereses personales de los progenitores, por muy legítimos que éstos sean, y desde esta perspectiva se considera igualmente correcta la medida administrativa adoptada, puesto que pese al interés de los diversos centros públicos de obtener una implicación decisiva de doña Elisabeth y de don Carlos (los padres de Olga e Luis Andrés) no resultó posible, por lo que en el momento decisivo la Administración Pública propugnó una solución estable y adecuada para los menores con arreglo a los intereses preferentes de éstos».

Y por lo que hace a la evolución posterior a la declaración de desamparo no aprecia el juzgador avances significativos que permitan revocar la declaración de desamparo: la solicitud de recuperación de la custodia, presentada el 8-6-2009 por doña Elisabeth y don Carlos «fue rechazada por la Consellería de Traballo e Benestar por entender que las razones que se exponían no garantizaban el adecuado desarrollo y cuidado futuro de los menores, apreciación que en este caso se comparte a la vista de las circunstancias concurrentes. La aportación de la cartilla de vacunación y los partes médicos de asistencias dispensadas a Olga —anteriores a la resolución de desamparo— no desvirtúan el contenido de los múltiples informes aportados, de los que resultaba una notable situación de desatención y descuido generales sobre las necesidades de los menores a lo largo de un dilatado periodo de tiempo, ni tampoco son indicio de futura aplicación adecuada a la función de atención y cuidado. En cuanto al alta de don Carlos en el régimen de la seguridad social, con fecha 14-4-2009, se aporta por su representación procesal notificación de fin de contrato y finiquito de fecha 12-6-2009 en la empresa, lo que no supone una modificación sustancial en las condiciones existentes anteriormente; tampoco el contenido del auto dictado el 28-7-2009 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Vilalba en las diligencias previas 356/2009, seguidas por los presuntos delitos de agresión en el ámbito familiar, violencia de género y tenencia ilícita de armas, que contiene medidas cautelares penales y civiles impuestas a don Carlos».

1. Las infracciones normativas que acompañan al motivo primero del recurso de casación interpuesto por la recurrente madre de los

menores son las de los artículos 6.2.º y 10.1.1.ª LDCG/2006 junto con la de los artículos 30.2 y 39.1 y 2 del Decreto de la Xunta de Galicia 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia; y en el motivo segundo invoca diversas sentencias de las Audiencia Provinciales y del Tribunal Supremo, las que habrán de tomarse como argumentario complementario del que acompaña al motivo primero toda vez que, como es sabido, la infracción de doctrina jurisprudencial por sí sola no constituye un motivo en el que quepa fundar el recurso de casación y tampoco lo es el interés casacional, cuya naturaleza responde a la de un presupuesto de recurribilidad de las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales.

En realidad, la mención como infringido del principio de «mantenimiento del menor en el núcleo o medio familiar o entorno, salvo que no sea conveniente para su interés» (artículo 6.2.º LDCG/2006), que es uno de los rectores «a efectos de decidir la medida de protección adecuada para los menores de acuerdo con el principio de proporcionalidad de la intervención pública protectora» (párrafo introductorio del precitado artículo), así como la mención igualmente como infringido del deber de la entidad pública que asume la tutela de las personas menores que se encuentran en situación de desamparo de promover «la reinserción del menor en el propio núcleo familiar en que se hubiera producido el desamparo, cuando ello sea posible y el interés del menor lo aconseje» (artículo 10.1.1.ª LDCG/2006), en realidad, decíamos, una y otra supuesta infracción se vinculan por la recurrente, junto con la del artículo 30.2 del Decreto 42/2000, de 7 de enero, a la vulneración del derecho de los menores a relacionarse con sus padres en los términos que lo recoge el artículo 39.1 y 2 de dicho Decreto.

Centrado de este modo el debate en casación, convendrá reparar a los efectos de decidir el recurso en el siguiente e incontrovertible relato histórico extraído del examen de las actuaciones por la Sala:

1.º En la resolución de tutela pública de 27 de enero de 2009 se acuerda, como sabemos, «suspender cautelarmente el derecho» de los padres de los menores «a relacionarse con sus hijos» así como «prohibir cualquier clase de relación entre dichos menores y otros parientes o allegados».

2.º Con fecha de 8 de junio de 2009, los padres de Olga e Luis Andrés solicitaron a la entidad pública que se acordase, «de manera inmediata, y en tanto en cuanto» no se resolviese su petición de revocación de la declaración de desamparo, su derecho «de comunicarse y visitar a sus hijos, a fin de procurar fomentar al máximo la relación con los menores con aquéllos». Por resolución del siguiente día 29, la delegación territorial de la Consellería de Benestar e Traballo resuelve mantener en todos sus extremos la resolución administrativa de 27 de enero de 2009 sin efectuar alusión alguna a la antedicha solicitud.

3.º El 2 de septiembre de 2009 se presentó escrito por la madre de los menores en la delegación provincial de la precitada Consellería solicitando un régimen de visitas progresivo, en tanto los menores no fueran devueltos al domicilio materno, y así se reitera por escrito de 4 de febrero de 2010 ante la falta de respuesta al anterior. Con fecha del siguiente día 8, la delegación provincial en cuestión pone en conocimiento de la madre de los menores que con fecha de ese día 4 se presentó ante el correspondiente Juzgado propuesta de acogimiento familiar preadoptivo de los menores ex párrafo segundo del artículo 173 bis 3.º CC (y ex, ante todo, artículo 20.2 LDCG/2006, silenciado por la delegación provincial) y que por ello «la concesión de un régimen de visitas resulta incompatible con la modalidad de acogimiento que se propone por la Entidad Pública». En este sentido, es de notar que ya en el informe-propuesta de 14 de enero de 2009, previo como también sabemos a la resolución de desamparo, se señalaba como uno de los objetivos de trabajo con los menores el de su «preparación para el posterior acogimiento preadoptivo» al tiempo que se proponía la suspensión cautelar del derecho de los progenitores a relacionarse con sus hijos y prohibir las relaciones entre los menores y los demás parientes y allegados «pasando al equipo de adopción con el propósito de la búsqueda de una alternativa familiar definitiva para los menores», todo lo

cual se justificaba por el «Equipo Técnico del Menor» teniendo en cuenta «los antecedentes de la madre de los menores en el sistema de protección, los diferentes e infructuosos planes de trabajo llevados a cabo con la familia, las constantes negligencias y la falta de capacidades de los progenitores para llevar a cabo sus obligaciones parentales».

4.º En la demanda formulada por doña Elisabeth se subraya que solicitó en tres ocasiones que se fijaran visitas para poder estar con sus hijos y que la única respuesta obtenida en la tercera de ellas fue, como sabemos, que se había instado el acogimiento preadoptivo (suspendido por auto de 6 de mayo de 2010 hasta la finalización del proceso que a esta Sala ocupa ahora).

5.º Se sostiene en la demanda, con apoyo en el artículo 39 del Decreto 42/2000, de 7 de enero, al igual que en el recurso de casación, la falta de concurrencia de las causas que justifican el que la entidad pública suspendiese el derecho de doña Elisabeth a relacionarse con sus hijos menores conforme a lo establecido en el artículo 160 CC y se concluye destacando que «la entidad pública se atribuye facultades que sólo a los jueces competen, ignorando no sólo los derechos de los padres sino también el interés de los menores por cuanto se imposibilita la relación paterno-filial cortando de raíz las visitas para evitar la reinserción en la propia familia y desvinculándoles totalmente de la familia propia para integrarlos en familia ajena». Suplica al Juzgado que «teniendo por solicitada con carácter subsidiario la fijación de un régimen de visitas», acuerde concederle a ella y a los demás parientes «un amplio régimen de visitas, con inclusión de fines de semana y vacaciones escolares».

Ningún pronunciamiento concreto se realiza en la sentencia de primera instancia acerca de dicha pretensión de fijación de un régimen de visitas y desde luego tampoco en la de la Audiencia a pesar de suplicarse en el recurso de apelación interpuesto el 8 de febrero de 2011 la estimación íntegra de la demanda y de insistirse en que la madre de los menores «ha sido impedida de ver a sus hijos desde el 5 de febrero de 2009».

2. En la STSJG 34/2011, de 27 de octubre, primera y hasta el momento la única de las dictadas por la Sala en materia de protección de menores, acusamos la ausencia de base de la resolución administrativa que en relación al caso entonces enjuiciado acordó suspender el derecho de los padres de la menor declarada en situación de desamparo a relacionarse con ella (así como prohibir cualquier clase de relación entre la menor y otros parientes o allegados); carencia de justificación extensible a la posterior resolución de acogimiento familiar provisional, en la que tampoco explicitaba el porqué de la inconveniencia o inviabilidad de mantener la relación de la menor desamparada con su familia de origen, relación injustificadamente cercenada según dijimos.

Tenemos ahora que abundar en idéntica acusación. Según el artículo 9.1 LDCG/2006, la declaración de desamparo y consiguiente asunción de la tutela por la entidad pública conllevan «la suspensión de la patria potestad (o tutela ordinaria) a que estuviera sometida la persona menor», pero según el párrafo inicial del artículo 160 CC, de indudable aplicación directa ex artículo 149.1.8.ª principio CE, los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, «tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores», excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en la resolución judicial; derecho subsistente, pues, en caso de acogimiento familiar (sea cual sea su modalidad) toda vez que éste, a diferencia de la adopción, no se considera que lo excepcione, lo que viene a corroborar el hecho de que el documento en que se formaliza el propio acogimiento familiar ha de incluir entre otros extremos «la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido» (artículo 173.2 CC, de aplicación supletoria ex artículo 1.3 LDCG/2006 respecto del artículo 23 LDCG/2006, que se limita a disponer que «el acogimiento se formalizará por escrito»), así como igualmente lo corrobora el hecho de que tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres (abuelos y demás parientes) corresponde para «visitarle y relacionarse con él» es susceptible de ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor» (artículo 161 CC).

Por lo tanto, la declaración de desamparo y consiguiente asunción de la tutela por la entidad

pública no es concebible al margen o con abstracción del derecho de los progenitores a relacionarse con sus hijos menores, recíprocamente titulares de ese mismo derecho en los términos del párrafo inicial del artículo 39.1 del Decreto 42/2000, de 7 de enero; y derecho sólo susceptible de restricción o suspensión ya sea por resolución judicial (párrafo tercero in fine del artículo 160 CC) ya sea, cautelarmente, por resolución de la delegación provincial que ejerce la tutela administrativa de los menores desamparados «si la gravedad de la situación lo requiere y el interés del menor lo aconseja» (artículo 39.2 del precitado Decreto). Artículo 39 del Decreto que, por cierto, en los extremos reflejados, no deja de acomodarse al artículo 9.3 («los Estados respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de 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») de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Nacional Unidas y ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990.

Por todo ello, lo que de ningún modo resulta plausible es el proceder de la entidad pública que suspende cautelarmente el recíproco derecho de padres e hijos menores desamparados a relacionarse entre sí sin motivación en orden a «la gravedad de la situación» (*v.gr.* peligro concreto y real para la salud básica, psiquíca o moral del menor) y a si «el interés del menor aconseja» adoptar tal medida. Y lo que desde luego hace por completo jurídicamente inaceptable el proceder de la entidad pública es convertir poco menos que en clausula de estilo de la resolución de desamparo la suspensión que se dice cautelar del derecho de los padres de los menores «a relacionarse con sus hijos» (así como la de «prohibir cualquier clase de relación entre dichos menores y otros parientes y allegados»), a la postre tan dilatada que parece propiciar que sea definitiva la ruptura de la relación entre padres e hijos y más cuando, también injustificadamente, se acaba por comunicar a la madre de los menores desamparados que repetidamente había solicitado —sin obtener respuesta— un régimen de visitas que éste «resulta incompatible» (sic) con la ya instada propuesta por la entidad pública de un acogimiento familiar preadoptivo de los menores.

No: ni la declaración de desamparo (27 de enero de 2009) puede suspender sin motivación que explicite «la gravedad de la situación» y «el interés del menor que lo aconseje» el derecho de padres e hijos a relacionarse, ni su mantenimiento puede compararse por la entidad pública un año después (el 4 de febrero de 2010) en una únicamente supuesta incompatibilidad, legalmente no preceptiva, del régimen de visitas con la propuesta de acogimiento familiar preadoptivo, y así hasta llegar, tres años después, a tener que reconocer esta Sala el derecho de una madre a reanudar, acaso ya irreparablemente y en marcha dicho proceso, la relación materno filial en la que se incardina el derecho de visitas del que no debió de ser privada sin causa por la entidad pública tutora, del mismo modo que no debió de haber quedado sin respuesta jurisdiccional en las instancias la pretensión que en tal sentido dedujo.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

Aun cuando se aplica la ley marroquí, que es la personal de ambos cónyuges y que no contempla la separación conyugal, se acuerda este tipo de pronunciamiento al no haberse solicitado el divorcio, a pesar de que este pronunciamiento no podrá ser reconocido en su país de origen.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado**

De la documentación obrante en autos se desprende que ambos litigantes tienen su nacionalidad originaria, la marroquí, pero el hijo común, Adam, es español, con vecindad civil catalana (según nota marginal en su inscripción de nacimiento).

Dado que ambos, y el hijo común, residen en España, son competentes los tribunales españoles, según los artículos 3.1.a. y 8 del Reglamento (CE) 2201/2003, en cuanto a la acción matrimonial y la responsabilidad parental, y el artículo 5.2 del Reglamento (CE) 44/2001 (en vista de la fecha de la demanda), en cuanto a las pensiones.

La demandante ejercitó la acción de separación. La sentencia apelada, sin plantearse la ley aplicable, aplica el artículo 81.2 del Código Civil estatal (CC). La nacionalidad común marroquí de los litigantes determina que la ley aplicable sea la marroquí, pero dado que en Marruecos no existe la separación, procede aplicar la ley española según el artículo 107, segundo párrafo, c) CC. Se constituye así un estado civil claudicante, pues no cabe el reconocimiento en el país de origen de los litigantes, pero nada puede hacerse en vista de la demanda y de la ausencia de reconvención sobre divorcio.

La estimación del divorcio procede, no con el fundamento de derecho español que señala la sentencia apelada, sino por las sevicias del marido a la esposa, según el artículo 99 del Código de Familia de Marruecos (2004) o Moudawana.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 21 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado**

Ni las partes ni la sentencia apelada, como debía, se plantean ni la competencia jurisdiccional ni el derecho aplicable al presente divorcio, donde ambos litigantes tienen la nacionalidad marroquí. De acuerdo con el artículo 3.1.a del Reglamento (CE) 2201/2003, aplicable con independencia de que el elemento extranjero no sea comunitario, los tribunales españoles son competentes en vista de la residencia habitual en España de ambos cónyuges. Sin embargo, es aplicable la ley marroquí tanto al divorcio como a sus efectos, a tenor del artículo 107.2 del Código Civil estatal, dado que ambos tenían, al presentar la esposa la demanda, la nacionalidad marroquí. No aplicar el derecho marroquí supone una sentencia claudicante, no reconocible en el país de origen de los litigantes.

La estimación del divorcio procede, no con el fundamento de derecho español que señala la sentencia apelada, sino por las sevicias del marido a la esposa, según el artículo 99 del Código de Familia de Marruecos (2004) o Moudawana.

Efectivamente, el demandado ha sido condenado a pena de privación de libertad por malos tratos a su esposa, por sentencia de 5 de mayo de 2010 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 6 de Vilanova i la Geltrú.

El juzgado a quo consideró que la ausencia de la demandante en persona el día de la vista conllevaba su desistimiento en cuanto a las medidas «patrimoniales» (*rectius*, económicas), aunque no respecto al divorcio, aceptado por el demandado. El artículo 442.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) supone el desistimiento cuando no comparece la parte demandante personalmente en caso de no ser preceptiva la representación por procurador. Cuando ésta es obligatoria, como en los procesos matrimoniales, la presencia del representante procesal evita el efecto de desistimiento. Lo único que conlleva la ausencia personal de la parte demandante es la posibilidad de la ficta confessio según el artículo 770.3 LEC. Debe, por tanto, entrarse en el fondo de esas medidas económicas.

No procede en derecho español fijar alimentos en favor de la ex esposa como pide incorrectamente ésta, pues el divorcio rompe el vínculo de parentesco civil, ni cabe en este caso la pensión compensatoria del artículo 84 del Codi de família de Catalunya (por aplicación territorial del derecho catalán, al residir ambos en Cataluña) porque, como hemos dicho, procede aplicar el derecho marroquí.

La indemnización que podría otorgarse según el citado precepto marroquí, que para mantener el principio de rogación sería de 150 euros por 12, es decir, 1.800 euros, no procede porque el matrimonio ha durado poco (desde 19.11.2008) y hay ausencia de prueba de la situación económica del demandado, que ha acreditado que está sin empleo.

PATRIA POTESTAD

Se asigna a la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad, pues el padre, con posibles problemas de drogodependencia, ya desatendía al menor desde antes de abandonar, en el año 2004, el domicilio familiar, no habiendo comparecido en el presente procedimiento e ignorándose su paradero actual.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

Contra el criterio decisorio plasmado en la Sentencia dictada por el Juzgador a quo, en relación con lo razonado en su posterior Auto aclaratorio, atribuyendo a ambos litigantes el ejercicio de la patria potestad sobre el común descendiente, se alza la Sra. Josefina, suplicando de la Sala que se asigne a la misma el ejercicio exclusivo de la referida función.

En apoyo de tal *petitum* revocatorio, y en el trámite del artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la dirección Letrada de la recurrente alega que don Franco, con posibles problemas de drogodependencia, ya desatendía al menor desde antes de abandonar, en el año 2004, el domicilio familiar, no habiendo comparecido en el presente procedimiento e ignorándose su paradero actual.

De conformidad con lo prevenido en el artículo 154 del Código Civil, a la luz de su interpretación jurisprudencial, la patria potestad queda configurada como una función tutelar, cuya primordial finalidad es la de proteger el interés de los hijos, de tal forma que dicha institución abarca un conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre la persona y bienes del descendiente, en tanto es menor y no emancipado, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre dichos padres; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y

deberes, instituidos todos, no en interés del titular, sino del sujeto pasivo, entre los cuales nuestro Código Civil, en el artículo 154, señala los de alimentarlo, tenerlo en su compañía, educarlo e instruirlo, cada uno de cuyos deberes puede sufrir las determinadas limitaciones que los Tribunales juzguen convenientes en interés del menor y en atención a las especiales circunstancias de cada caso concreto (STS 8-4-1975).

El artículo 156 del Código Civil establece, como norma general, que si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Y si bien el mismo precepto permite al Juez atribuir, en interés del hijo, tal ejercicio conjuntamente a ambos progenitores, no es menos cierto que igualmente determina que en casos de ausencia o imposibilidad de uno de los padres la patria potestad será ejercida por el otro.

Sobre tal panorama legislativo y jurisprudencial, es incontestable que en el ámbito de nuestro Ordenamiento Jurídico, y arrancando de los principios proclamados en el artículo 39 de la Constitución, los derechos de los descendientes menores de edad o incapacitados son objeto de una atención especial y, en cualquier caso, prioritaria sobre los de sus progenitores, y en concreto en la materia que nos ocupa éstos, en circunstancias especiales, han de ser sacrificados o supeditados, en aras de una mejor atención de las diversas funciones integradas en la patria potestad.

En el supuesto que nos ocupa ha quedado acreditado que el Sr. Franco desapareció de la vida del niño desde, al menos, el año 2004, sin que en todo este tiempo se haya ocupado de sus necesidades afectivas ni materiales, encontrándose además, tras ser emplazado personalmente en esta litis, en paradero desconocido en el curso ulterior de su tramitación.

En la descrita situación, en que no resulta posible, por la ilocalización del progenitor no custodio, la intervención de éste en orden a cualquier decisión de trascendencia para la vida del menor, lo que así viene acaeciendo desde hace años, obvio es que la medida que sanciona la Sentencia de instancia acaba por desconocer, de modo palmario e injustificado, el sustrato fáctico sobre el que la misma ha de operar, resultando además contraria al interés superior del sujeto infantil.

Han de operar por ello en el caso las previsiones al efecto contenidas en el antedicho artículo 156 del Código Civil, pues si bien en la común praxis judicial la ruptura convivencial de los progenitores no conlleva el apartar a uno de ellos del desempeño efectivo de la función tutelar, tal solución se impone necesariamente cuando, como acaece en el supuesto examinado, el no custodio, ni ha desempeñado en el pasado tal corresponsabilidad, ni ha mostrado, no obstante conocer el planteamiento de la presente contienda litigiosa, una voluntad efectiva de retomar el ejercicio efectivo de tal función, no siendo posible tampoco, al encontrarse en paradero desconocido, que el mismo preste su consentimiento, o al menos sea consultado, para la adopción de las correspondientes decisiones afectantes a la vida del menor.

Procede, por ello, acceder a la pretensión al efecto articulada por la parte apelante, y ello sin perjuicio de lo que, en el futuro, pudiera acordarse al respecto, en el supuesto de reaparecer el demandado y mostrar una efectiva voluntad de asumir el desempeño de las funciones de las que es cotitular, conforme al artículo 154 del Código Civil, y cuyos deberes, especialmente el de alimentos, no quedan, en modo alguno, impedidos, por la medida que ahora se sanciona.

Se desestima la petición realizada por el padre al amparo de lo establecido en el art. 158 del CC en la que solicitaba autorización para el traslado del lugar de residencia de su hija menor de edad a Costa Rica ante la absoluta carencia de prueba alguna que sustente el motivo del traslado, pues no solo no consta dato alguno que acredite que efectivamente su empresa se ha instalado en aquel país, sino que ninguna justificación se aporta del alegado interés de esta por que forme parte integrante del equipo humano que se traslade a dicho país.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Auto de 16 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ramón Alonso-Mañero Pardal**

D. Bienvenido interpone recurso de apelación contra el auto dictado en el procedimiento de adopción de medidas al amparo de lo establecido en el artículo 158 del Código Civil que se ha seguido con el número 79/2011 ante el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer número Uno de Valladolid, en el que se desestima por el Juez de Instancia la solicitud del ahora apelante de autorización para el traslado del lugar de residencia de su hija menor de edad a Costa Rica.

En el escrito de interposición del recurso de apelación se interesa la revocación de la referida resolución cuestionándose la decisión adoptada en la instancia, suscitándose además con carácter subsidiario una suerte de infracción procesal cometida en la instancia que determinase la procedencia de una declaración de retroacción de las actuaciones a un momento anterior al del dictado de la resolución recurrida para que se acordase la celebración de la comparecencia prevista en el artículo 771.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Formulado en estos términos el recurso de apelación debe indicarse al respecto por esta Sala, en primer lugar, que no resulta procesalmente procedente la formulación subsidiaria de una pretendida nulidad de actuaciones que no es formalmente denunciada, ya que de haberse producido una infracción procesal determinante de esa nulidad su formulación debería ser prioritaria y necesariamente examinable antes de entrarse a conocer el fondo de la cuestión debatida.

En todo caso, resulta que no concurre aquí ningún atisbo de nulidad por causa de infracción de procedimiento que hubiere sido causante de indefensión, ya que el artículo 158 del Código Civil que determina la procedente adopción de determinadas medidas no prevé trámite alguno para ello, ni remite a ningún procedimiento concreto, de tal forma que se admite expresamente la posibilidad de adopción de estas medidas «... dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria», sin que por ello resultase exigible el trámite procesal de comparecencia a que se refiere el artículo 771.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la adopción de las medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio, y por tanto fuera del ámbito al que se refiere la pretensión articulada por el Sr. Bienvenido.

En cuanto a la cuestión propiamente de fondo, no puede esta Sala sino confirmar la decisión adoptada al respecto por el Juez de Instancia, en cuanto se entiende que la misma no solo es plenamente ajustada a derecho, compartiendo esta Sala al objeto de evitar innecesarias repeticiones unos razonamientos que se hacen enteramente propios, sino que además resulta consecuente con la absoluta carencia de prueba alguna que sustente la petición efectuada por el Sr. Bienvenido, dado que no solo no consta dato alguno que acredite que efectivamente su empresa se ha instalado en Costa Rica, sino que ninguna justificación se aporta del alegado interés de la misma porque D. Bienvenido forme parte integrante del equipo humano que se traslade a dicho país, ni de las condiciones económicas, familiares o personales en que hubiera de practicarse dicho traslado, tiempo mínimo estipulado de estancia en el país extranjero y otras consideraciones que resultarían determinantes para valorar si al superior interés de la menor que ahora interesa proteger le conviene un traslado como el sugerido, o si resulta más conveniente que la menor perma-

nezca en el ámbito familiar y personal en el que se ha desarrollado hasta la fecha su existencia.

Es por todo lo indicado que e recurso interpuesto no puede ser estimado.

Debe admitirse el recurso de apelación interpuesto contra el auto que autoriza un cambio de residencia del progenitor custodio e hijos.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Auto de 9 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Fuentes Candelas**

Previamente debemos desestimar la objeción procesal de irrecurribilidad del auto opuesta por el padre con base en el artículo 156 del Código Civil:

Además de admitirlo en otros precedentes implícitamente, como en nuestro auto de A Coruña de 26/10/2011, nos hemos pronunciamos expresamente a favor en el de 10/9/2008 (casos sobre escolarización de hijos menores).

Es verdad que el artículo 156 del Código Civil considera irrecurrible la decisión judicial sobre los desacuerdos entre el padre y madre sobre el ejercicio de la patria potestad (en el presente asunto conjunta), y existen criterios en los Tribunal en tal sentido, pero a ello hay que oponer con el citado auto de 10/9/2008 lo siguiente:

Al igual que en aquél caso, la autorización judicial que nos ocupa se refiere a una medida adoptada en sentencia de divorcio, aunque en presente asunto se haya llevado como procedimiento de jurisdicción voluntaria.

No establece la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se limita en su artículo 776 a remitirse a las disposiciones generales de la ejecución forzosa del Libro III de dicha norma, de un cauce específico para la resolución de tales cuestiones de indiscutible importancia, en cuanto en ellas se encuentra comprometido el interés del menor. Es por ello que la doctrina mayoritaria y jurisprudencia se inclina por la aplicación de la normativa de la jurisdicción voluntaria, con un esquema procedimental sencillo de audiencia a los padres, práctica de las pruebas por los mismos propuestas, audiencia del menor en su caso, intervención del Ministerio Fiscal y decisión judicial.

La base normativa que ampara tal solución la encontramos en la Disposición Transitoria Décima de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial. En la misma se hace constar que mientras no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil se aplicarán las normas de la Jurisdicción Voluntaria a las actuaciones que se sigan: 2.º Para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente, y se añade a continuación «en el indicado procedimiento, los recursos se admitirán, en todo caso, en un solo efecto», con lo que se están previendo los mismos, máxime cuando el derecho a la tutela judicial efectiva, que proclama el artículo 24.1 de la Constitución, si bien no impone forzosamente la existencia de un recurso en el proceso civil, se concilia mejor con la posibilidad del acceso a los mismos, en casos como el presente en el que se puede suscitar dudas normativas al respecto.

La nueva LEC/2000 no deroga la mencionada Disposición General, declarando subsistente, en tanto en cuanto no se dicte la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria, los preceptos de la LEC de 1881.

La existencia de numerosas resoluciones de la denominada jurisprudencia menor demuestran como los Tribunales Provinciales están conociendo de pretensiones semejantes a las que constituyen el objeto de este proceso, y buena muestra de ello la encontramos en los autos de AP Barcelona (12.ª) de 26 de octubre de 1998 y (18.ª) de 24 de enero de 2000, Valencia (3.ª) de 21 de febrero de 1999, Burgos (2.ª) de 13 de marzo de 2001, Madrid (24.ª) de 6 de junio de 2002 o Vizcaya (4.ª) de 19 de abril de 2004, entre otros.

En cuanto a la admisibilidad de la impugnación del Ministerio Fiscal, ciertamente es discutible al no haber recurrido directamente y aprovechar el trámite del traslado del recurso de la ex esposa para impugnar la sentencia en el mismo sentido que ésta. Pero resulta intrascendente ya se tome como verdadera impugnación o simplemente como alegaciones de apoyo al recurso de la solicitante.

Se autoriza el cambio de residencia de los hijos desde A Coruña hasta Madrid, ya que estos por su corta edad no tienen arraigo en esa ciudad y se encuentra justificada la decisión de la madre de aceptar el mejor puesto de trabajo que se le ofrece en Madrid.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Auto de 9 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Fuentes Candelas**

La sentencia de divorcio del Juzgado de Familia de 27/10/2009, confirmada por la de apelación de esta Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de 6/5/2010, atribuyó a la esposa la guarda y custodia de los hijos menores en patria potestad compartida y exigió, en caso de desacuerdo de ambos progenitores, la autorización judicial para los cambios de residencia de los menores fuera del municipio.

La madre pidió posteriormente autorización judicial para trasladarse con sus hijos a Madrid por motivos laborales, además de otras vinculaciones familiares y relaciones, resultando igualmente beneficioso para los menores, los cuales tampoco habrían arraigado en A Coruña por su corta edad y no habría problemas de adaptación.

El padre se opuso por no tratarse de un cambio laboral forzoso sino totalmente voluntario y buscado ya con anterioridad, que haría imposible o perjudicaría el amplio régimen de visitas acordado mutuamente en el juicio, así como el alejamiento del resto de la familia paterna, y resultaría contrario al interés de los hijos, además de que implicaría la necesidad de una modificación de las medidas de la sentencia de divorcio.

El Ministerio Fiscal apoyó la petición. Considerando la corta edad de los hijos y su falta de arraigo o trastorno por el cambio, así como los escenarios del conflicto, según que se concediese o denegase la autorización judicial, se decantó en interés de los menores por el progenitor custodio porque no habría perjuicio si el padre tiene posibilidades de comunicarse con ellos, y el hecho de salir perjudicado el padre sería menos relevante.

El auto apelado denegó la autorización por cuanto si bien es lícita la mejora en el puesto de trabajo, el traslado afectaría las relaciones con su padre, que se verían muy mermadas al reducirse las visitas, lo que sería contrario al superior interés de los menores a tener el máximo contacto con el progenitor no custodio, no apreciándose la necesidad del traslado a Madrid al venir motivado por la voluntad de mejorar.

En el recurso de apelación se insiste en la propia tesis, alegando incorrecta valoración del conflicto, el poco perjuicio en horas para el padre, la priorización de los trabajos de responsabilidad de ambos progenitores al acordar el régimen de visitas, la obligación del traslado por el perjuicio para la madre de pérdida del puesto de trabajo en un futuro o que no se cuente ya con ella si no acepta la propuesta de la empresa, el ascenso o mayor nivel de su nuevo destino en Madrid, la conformidad en el juicio de divorcio de la contraparte a un cambio por motivo laboral, el informe favorable del Ministerio Fiscal, y otras circunstancias concurrentes.

El Ministerio Fiscal impugnó la sentencia porque el traslado de residencia no supondría ningún perjuicio al interés de los menores sino al contrario, debiendo de darse preferencia en el conflicto al progenitor custodio, suponiendo los desplazamientos a Madrid del no custodio para las visitas la solución menos perjudicial y traumática respecto a dicho interés.

Por parte del padre se alegó en contra del recurso y de la impugnación, tanto por razones procesales de inadmisibilidad como de fondo, reprochando a la ex esposa ir confeccionando una situación laboral artificiosa para conseguir sus propósito sin importarle las consecuencias perjudiciales para los hijos, y argumentando sobre la pérdida de horas de visita del padre, la falta de riesgo de la alegada pérdida del puesto de trabajo, tampoco acreditada, el carácter no vinculante del informe del Ministerio Fiscal, el cual tampoco se habría centrado en el interés de los menores sino en el conflicto entre los progenitores, y sobre otras circunstancias del caso.

La sentencia de esta Sección 4.ª de 6/5/2010, dictada en apelación en el proceso de divorcio, con ocasión de examinar el motivo del recurso de la ex esposa sobre la cuestión de la residencia y el reproche a la motivación expresada por el Juzgado de Familia, contiene el siguiente razonamiento acerca del alcance de la medida:

«La sentencia dio respuesta adecuada a la medida pedida expresamente por el demandado, pues la decisión sobre la residencia de los hijos menores (se entiende la habitual, no la ocasional o meramente temporal por ejemplo de unas vacaciones o viaje), forma parte del contenido de la patria potestad y de los derechos-deberes (funciones) de los padres (arts. 154 y ss. Código Civil). La demandante es la madre, pero el demandado el padre. Y ambos son representantes legales de los hijos menores, titulares de la patria potestad, compartiéndola conjuntamente, no obstante que a causa de la ruptura matrimonial y el consecuente alejamiento se haya tenido que resolver sobre la guarda y custodia, así como el reparto de tiempos en las relaciones con aquéllos, entre otras medidas. El cambio en cuestión es una decisión de la madre y del padre que afecta a hijos, sin que pueda uno imponerla unilateralmente al otro. No se trata de prohibir un eventual cambio de residencia, sino de contar con la opinión de ambos, tomando decisiones sensatas procurando el verdadero interés de los niños, habiéndose ya reservado la sentencia en caso de desacuerdo la autorización judicial (ex art. 156)».

No se prohíbe el cambio de residencia, pues lo admite expresamente la sentencia. Y no exclusivamente en caso de mutuo acuerdo de padre y madre, porque también se prevé la autorización judicial. Todo ello no obstante el régimen de visitas a favor del padre, concretamente fijado en la sentencia en unión de lo otro, por lo que la incidencia de la decisión en las visitas no puede erigirse en prohibición ni impedimento insalvable. Lógicamente, sin perjuicio de los correspondientes reajustes o modificación de las medidas, a dilucidar a través de la vía procesal prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y tampoco se condiciona o limita la autorización a que el cambio tenga que ser ineludible, forzoso u obligado, sino en atención a lo que resulte razonable o sensato atendidas las circunstancias y el interés de los menores, lo que a su vez descarta la arbitrariedad, el capricho y el abuso. Ha de estar pues justificado en una causa real y seria, obviamente arropada con prueba, pero todo ello valorado de manera flexible.

Añadir que difícilmente puede aislarse el interés de los hijos menores respecto del de su madre y padre, pues el de éstos influye también en el de aquéllos, en los variados aspectos de la vida de cada persona. Incluido de manera importante el laboral; sino priorizando sus respectivos trabajos, sí intentando compatibilizarlos con el natural amor y dedicación a los hijos para el bien de todos pues, obviamente, nadie vive del aire.

La ruptura matrimonial conduce a inevitables separaciones de la hasta entonces familia unida y a un replanteamiento de las propias vidas de los ex cónyuges, inseparablemente a la de sus hijos comunes menores. Por ello puede darse que uno de ellos, con los hijos, quiera honradamente volver a su lugar de origen o allí donde había vivido antes de casarse, en un entorno más próximo a uno y a su propia rama familiar y amistades. Como es también natural que pueda querer mejorar profesional o laboralmente, aunque en modo alguno queremos con esto afirmar que los trabajos de mayor responsabilidad o categoría hagan a las personas y a su familia más felices ni mejores padres o madres, pues dependerá de factores muy variados, propios y circundantes, que solo el tiempo podrá desvelar.

Dado que los hijos tienen madre y padre, se habrá de tener en cuenta e intentar compatibilizar los diversos intereses. Aunque es fácil que se

produzcan conflictos que puedan implicar algunos sacrificios.

En el presente caso, la solicitante ha justificado suficientemente sus mayores vinculaciones con Madrid y la oferta de un puesto de mayor nivel en esta ciudad en las oficinas centrales de la empresa multinacional en la que trabaja. Aunque no se haya acreditado un mayor sueldo (aunque sí el pago por el traslado de casi 13 mil euros de una sola vez y una ayuda para vivienda de más de 900 euros mensuales durante 7 años), se trata de un puesto de mayor rango y es una evidente mejora laboral, como viene a reconocer el propio auto apelado. No podemos aceptar por falta de demostración que la negativa de ella la aboque a un futuro despido, pero sí es presumible que le resulte perjudicial, ya difusamente ya porque no vuelvan sus superiores a ofrecerle otra mejora ni le confíen otros puestos. Y es difícil poder decidir por ella en el tema profesional o responderle judicialmente que tendría que renunciar a la custodia de los hijos si acepta el puesto, pues sería tanto como sancionarle por una decisión laboral que no es artificiosa ni banal. Una situación tal abocaría a un cambio de custodia a favor del padre, lo que también afectaría a los hijos, no porque éste no fuera capaz de cuidarles sino porque se daría el mismo escenario que el del auto apelado pero a la inversa. Padres divorciados que vivirían en ciudades distintas, siendo la madre y no el padre la que tendría que viajar para relacionarse y visitar a los hijos, tras el consecuente reajuste de los tiempos a dicha situación.

Así pues, contrariamente a lo alegado por parte del padre al oponerse al recurso, el Ministerio Fiscal no desenfocó el problema ni olvidó el principio del beneficio de los menores («favor filii»).

Por otro lado, los hijos son todavía muy niños y carecen del suficiente arraigo en Galicia para pensar en riesgo alguno de desadaptación a una nueva vida en otra ciudad del mismo país. La experiencia demuestra que muchísimos niños y familias se trasladan a vivir a otras ciudades y regiones de España sin problema.

Es cierto que con el traslado los tiempos de visita intersemanal asignados al padre seguramente se verán imposibilitados y que las de fin de semana no podrían realizarse en su vivienda. Pero las alternativas no son traumatizantes ni realmente implican perjuicio para los hijos, que no quedarían sin relacionarse con el padre y la familia paterna, además de poderse modificar en lo necesario el reparto de tiempos y en su caso otras medidas de la sentencia en compensación o en adecuación a las nuevas circunstancias, lo que es otra cuestión a plantear en su caso a través del procedimiento correspondiente.

Finalmente, conviene añadir que, si bien consideramos que la decisión sobre la residencia habitual de los hijos menores forma parte del contenido de la patria potestad, como así lo dijimos en nuestra sentencia dictada en el proceso de divorcio de 6/5/2010, eso no impide reconocer obviamente un plus en este tema al progenitor que tenga otorgada su guarda y custodia, en nuestro caso la madre. Colateralmente podemos citar en este sentido el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 de 27/11/2003, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, el cual, tras definir en su artículo 2.7 la responsabilidad parental como los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor, incluyendo los derechos de custodia y visita; se refiere en el apartado 9 a los derechos de custodia como, entre otros, los relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia; mientras que en el 10 incluye en el derecho de visita, el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado.

Por todo lo razonado y, habiéndose justificado a juicio del Tribunal una causa real y seria más que razonable para el cambio, procede conceder la autorización solicitada, sin perjuicio de una eventual modificación de las medidas de la sentencia de divorcio a plantear en su caso por la vía procesal señalada en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

GUARDA Y CUSTODIA

Concurren los requisitos necesarios para mantener la custodia compartida instaurada desde la adopción de las medidas provisionales, pues se cuenta con la experiencia de su efectiva aplicación. Cualquier régimen de custodia que se imponga tras la separación o el divorcio requiere de la necesaria adaptación y causa una natural alteración en los menores cuyos efectos deben procurar minimizar ambos progenitores.

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Íñigo Madaria Azcoitia**

Dña. Carla impugna la sentencia de instancia en lo concretos puntos de la misma que afectan, en primer lugar, a la custodia compartida, que considera inadecuada y perjudicial para los niños. Interesa la guarda y custodia para sí, y un régimen de visitas adaptado a esa situación. Respecto a la pensión de alimentos en favor de los niños, solicita que se fije en 600 euros/mes, más los gastos escolares a cargo del padre. Si se mantiene la custodia compartida, considera que deben fijarse 350 euros/mes, como se estableció en provisionales. Impugna asimismo la cantidad y límite temporal de la pensión compensatoria, fijada en 200 euros/mes, duranrte un año, e interesa que se fije en 450 euros/mes, durante cuatro años. Finalmente alega que no puede asumir el pago de la hipoteca y préstamo personal, e interesa que sean de cargo del padre durante cuatro años, pudiendo ser colacionados en la liquidación.

Como resulta del art. 92 del Código Civil, 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. 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. Excepcionalmente, aun cuando no se solicite conjuntamente en la propuesta de convenio regulador, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. El Juez podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

En el supuesto de autos concurren los requisitos necesarios para mantener la guarda y custodia compartida en los términos y orden de cumplimiento establecido en la sentencia de instancia, cuyo fundamento cuarto damos por reproducido, dado que en la alzada la recurrente no justifica suficientemente que el régimen de custodia compatida, instaurado desde la adopción de la medidas provisionales, sea perjudicial para los menores, teniendo en cuenta que se instaura definitivamente no sólo bajo la referencia a los informes y circunstancias concurrentes, sino que también se tiene en cuenta la experiencia de su efectiva aplicación. Ninguna de las supuestas graves alteraciones en el comportamiento y actitud de los menores, esgrimidas por la recurrente, aparecen acreditadas y menos que lo sean como efecto perjudicial del régimen de custodia, teniendo en cuenta que en cualquier caso y cualquiera que sea el régimen de custodia, la nueva situación consolidada, tras la separación y divorcio definitivo, requiere de la necesaria adaptación y causa una natural alteración en los menores cuyos efectos deben procurar minimizar ambos progenitores.

La desestimación del motivo estudiado deja vacía de contenido la impugnación del régimen de visitas, que debe ser confirmado, al resultar adecuado y razonable.

Del mismo modo la pensión de alimentos en favor de los hijos y a cargo del padre para que la madre cumpla con la parte de esa obligación que le corresponde, debe ser igualmente ratificada, pues aun habiéndose fijado provisionalmente otra cantidad, en el juicio se hace una revisión de la situación económica y necesidades, valorando todas las circunstancias y por ello no necesariamente la cantidad fijada provisionalmente debe ser un referente más allá de la mera utilidad que reporta como forma de seguir atendiendo las necesidades de los menores en tanto se hace el análisis completo y detallado de todas las necesidades y recursos.

Conviviendo unos hijos con el padre y otros con la madre, se opta por atribuir la custodia de los menores al padre en función de que residen en una ciudad donde los niños asisten al colegio, mientras que la madre tiene su domicilio en una zona rural, lo que plantea problemas de comunicación para acudir al colegio, debiendo tenerse en cuenta también la problemática laboral de la madre que, como personal sanitario, tiene días que trabaja las veinticuatro horas.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Ercilla Labarta**

En cuanto al recurso interpuesto por D.ª Marta, se plantea en primer lugar la atribución la misma de la guarda y custodia de los hijos comunes María y Miguel, pues en cuanto a Íñigo, si bien en principio se pretendía también la guarda y custodia del mismo, posteriormente al presentar el recurso, no se mantiene dicha pretensión. Como punto de partida es preciso indicar que el criterio prioritario a la hora de establecer o regular un régimen de guarda y custodia de menores, no puede ser otro que la salvaguarda del interés preferente de los precitados menores a quienes se ha de proteger y cuyo bienestar se trata de garantizar, principio consagrado tanto en la normativa supranacional (Convención de los Derechos del Niño), como en nuestra legislación en diversos preceptos del Código Civil (arts. 92, 93, 94, 103.1, 154, 158 y 170), Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, y en general en cuantas normas y disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno filiales o tutelares, constituyendo principio básico y orientador de la actuación judicial, que concuerda con el principio constitucional de protección integral de los hijos. En este sentido, el sistema se configura como un complejo derecho-deber cuya finalidad no es satisfacer primordialmente los deseos de los progenitores, sino, esencialmente, la de proteger los derechos e intereses de los menores, tratando de conseguir el mejor desarrollo educacional, intelectual, psicológico y afectivo de los mismos, al tiempo que fomentar las relaciones con el cónyuge no custodio, debiéndose favorecer con la adecuada flexibilidad tales relaciones, que deben propiciar unos referentes parentales adecuados y unos sólidos vínculos de proximidad y afecto, articulándose los mismos en atención a las circunstancias concurrentes y muy especialmente a las que resulten mas beneficiosas para los menores de acuerdo con el principio del «favor filii». En cuanto a la guarda y custodia, ambos cónyuges están plenamente capacitados para el cuidado de los hijos, sin que aparezca en ninguno de ellos signos de patologías o trastornos psicológicos destacables que puedan afectar a dicha guarda, existiendo por parte de los dos menores un fuerte apego con ambos progenitores. Partiendo de esta base, es preciso acudir a elementos concurrentes en relación a los menores y los padres para determinar quien de ellos ostente la guarda y custodia, partiendo de la base que frente al contenido del art 92.5 del Código Civil que indica la juez que en relación a dicha guarda y custodia debe

actuar «procurando no separar a los hermanos», lo cierto es que ya existen dos núcleos familiares distintos y no discutidos, el del padre, con el que convive el hijo mayor de edad, pero dependiente, José Manuel, y el menor Íñigo, y el núcleo de la madre, con la cual convive la menor Leonor, núcleos en principio no alterables, dadas las manifestaciones de los mismos menores interesados, y que por su edad deben ser plenamente atendibles. Por tanto lo que se plantea en determinar en cual de esos núcleos deben insertarse los dos menores María y Miguel, y así examinando datos accesorios o complementarios, se aprecian en cuanto a la vivienda que el padre vive en San Fernando, en plena localidad y donde ambos niños tienen el colegio, mientras que la madre vive en El Marquesado, zona rural, distante de San Fernando, donde tienen clase los hijos, unos 8/10 kilómetros, lo que plantea problemas de comunicación, distancias, tiempos de aproximación e incluso para volver a la casa, así como hasta cierto punto una incomunicación o poca relación con otros amigos. Pero también existe otra cuestión, y es la problemática en orden al trabajo de la madre, quien como personal sanitario tiene un trabajo de un día completo (24 horas) cada 6 días, pero que precisamente por la duración de dicho turno establece un sistema de visitas y estancias dependientes directamente de ese trabajo, lo cual supone una alteración de todo el régimen de vida tanto de los menores como del esposo para atender durante esas 24 horas a los hijos, mientras que por el marido, trabajando como profesor particular en la propia vivienda por las tardes, no tiene problemas horarios para el cuidado y custodia de los menores, los cuales también y en base a esta atribución de la guarda y custodia, van a convivir con los otros hermanos salvo Leonor, por lo cual y entendiendo más beneficioso para dicho menores dicha atribución, procede mantener en este punto la sentencia de instancia.

Se atribuye la custodia al padre dejándose sin efecto la custodia compartida que se estableció en la sentencia de divorcio, al quedar acreditado que ha sido el padre quien se ha venido ocupado del menor con colaboración de su pareja actual.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado**

La atribución de la custodia al padre, modificando así la custodia compartida de la sentencia de divorcio, debe confirmarse porque ha quedado acreditado, como señala la sentencia apelada, que la realidad ha sido ésa, esto es, que el padre se ha ocupado del menor, hoy de 10 años, desde el divorcio, con colaboración se su propia pareja actual. La madre, pese a que el padre cambió el domicilio del menor desde Arenys de Mar a Terrassa, no ha reaccionado y ha consentido esa situación. Vista la propia ausencia de petición contraria de la madre en esta alzada y la propia declaración de ésta, la testifical, la documental de la escuela y la pericial, todas ellas analizadas en la sentencia impugnada, el interés del menor es continuar en la situación actual, sin problemas acreditados, y el artículo 82 CF impone mantener la custodia según la sentencia de primera instancia.

También de las pruebas citadas ha quedado acreditado que la madre ha cambiado y cambia constantemente de domicilio, sin condiciones mínimas para el niño (cama propia, etc.), de manera que el régimen de relación materno-filial sin pernocta establecido debe confirmarse en cuanto a días y horas. En la medida en que estuviera vigente, sí procede la precisión de que quedará suspendido en julio los años pares y en agosto los impares, para que el padre pueda disfrutar de vacaciones con su hijo. No obstante, hay indicios en el rollo de esta apelación (folio 68), por el contenido del informe del Ministerio Fiscal en el incidente de oposición a la ejecución del régimen instado por la madre, que ésta tiene ya las condiciones de vivienda adecuadas para el régimen con pernocta. Debe estarse a lo que resulte de tal incidente. En cualquier caso, las pretensiones del padre sobre más condicio-

nantes son improcedentes, ya que el derecho del niño y el derecho-deber de la madre de tener contactos adecuados, según el artículo 135 CF, no puede quedar condicionado a la estabilidad laboral materna, y si el horario materno fuera incompatible con las pernoctas (lo cual no resulta de lo actuado) sería un motivo de modificación y adecuación del régimen una vez producida la circunstancia, y no ad cautelam en estos momentos.

Pese a lo anterior, no existiendo orden de alejamiento del padre respecto de la madre (según consta en el rollo) y estando las partes de acuerdo, la intervención de terceros en la práctica del régimen debe suprimirse y el lugar de entrega y devolución debe ser el mutuamente aceptado, delante del centro escolar. También la mención a un quinto fin de semana mensual es perturbadora, pues la alternancia de fines de semana ha de ser continua.

No hay base para ampliar esos fines de semana con la pernocta del viernes, según pide la madre, pues el ritmo de pernoctas ha de consolidarse y debe comprobarse que resulta positivo para el niño.

Tampoco hay base para las demás peticiones del padre en cuanto a la relación materno-filial, pues la sentencia apelada hace una distribución equilibrada y las creencias religiosas de los progenitores no deben alterarla, siempre salvo pacto entre ellos. Ambos progenitores se muestran de acuerdo en la práctica del básquet los fines de semana según el calendario deportivo.

Igualmente, carecen de base acreditada las pretensiones sobre prohibiciones, si bien debe recordarse que la potestad parental es compartida y esas decisiones (salidas al extranjero, pasaporte, cambio de domicilio) forman parte del necesario conocimiento y acuerdo de los progenitores o, en su defecto, decisión judicial *ad hoc*.

La custodia compartida por años no es viable, ya que los cambios no son solo de residencia y provincia, sino de colegio y amigos.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Ercilla Labarta**

Se solicita esencialmente la constitución de una guarda y custodia compartida del hijo menor, modificando las medidas adoptadas en sentencia de divorcio de mutuo acuerdo de fecha 20/10/06 en la que se acordaba la atribución de la guarda y custodia a la madre. Esta misma Sala ha tenido ocasión de señalar que para que esta clase de pretensiones modificativas pueda alcanzar buen éxito, resulta indispensable que el órgano jurisdiccional realice un juicio de comparación entre la situación existente al tiempo de ser adoptada la medida cuya modificación se postula y aquella otra que se presente al tiempo de ser interpuesta la nueva demanda, habiéndose de valorar después si la eventual modificación o cambio de las referidas circunstancias puede o no considerarse sustancial a los efectos que se pretenden. En concreto, y tratándose de una modificación de esa guarda y custodia determinar si su atribución a la madre es perniciosa para el menor y debe ser modificada por otro sistema. En relación a ello no se acredita en modo alguno tal circunstancia, pues aparece que la madre está plenamente capacitada para encargarse de la guarda custodia y educación del menor, sin que las alegaciones del apelante en relación a una presunta alineación parental, derivada de las opiniones que tenga la demandada de quien fue su esposo, sean suficientes para entender que la misma influye negativamente sobre su hijo, no existiendo prueba en tal sentido. Pero a mayor abundamiento, en principio nunca es recomendable acudir a modificaciones en estas materias cuando la situación existente en correcta y adecuada, pues en muchos casos una alteración del status de los hijos resulta contraproducente para su propio desarrollo psicológico y afectivo, de difícil reparación posterior, por lo cual no parece necesaria la modificación de la atribución de la guarda y custodia a la madre por esa guarda y custodia compartida que se solicita, en particular cuando el sistema de guarda y custodia compartida requiere la exis-

tencia de una relación entre los padres presidida por la comunicación, la fluidez y el entendimiento, todo ello en beneficio de tales menores, pues en los casos en que existan tensiones entre los padres, las mismas se proyectan sobre los hijos produciendo una serie de efectos adversos que no deben admitirse. En el presente supuesto la relación entre los padres es plenamente inexistente, salvo las denuncias que existieron, siendo clara la opinión de la esposa sobre su marido, lo que en modo alguno fomenta el entendimiento para las relaciones con el hijo, pero asimismo, existe un nuevo inconveniente, cual es el hecho de haberse trasladado la madre con el hijo a Sevilla, con lo cual la guarda y custodia supondría un fuerte cambio de residencia para el menor con la consiguiente alteración de su estabilidad geográfica, por lo cual tampoco parece conveniente. La solicitud de que el menor conviva con cada uno de los progenitores durante un curso escolar, y al año siguiente con el otro, no resulta tampoco adecuado, ya que los cambios no solo de residencia y provincia, sino de colegio y de amigos, no resultan conveniente para el desarrollo ordinario del menor, privándole de cualquier arraigo, por todo lo cual no procede acordar la modificación de la atribución de la guarda y custodia señalada en la sentencia de instancia.

La madre abandonó nuestro país llevándose al hijo sin conocimiento ni consentimiento del padre ni con autorización judicial, impidiendo cualquier relación paterno-filial, ni siquiera cuando la abuela paterna se trasladó a Alemania para recoger al menor e iniciar las vacaciones de verano, por lo que procede otorgar la custodia al padre.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Rosa Fernández Núñez**

El pronunciamiento del Juzgado ha de ser confirmado por sus propios y acertados fundamentos que esta Sala comparte y no aparecen desvirtuados por las alegaciones de la recurrente D.ª Coral, de nacionalidad alemana, que insiste en obtener la guarda del menor hijo habido en común con el español D. Laureano, Jesús Luis, nacido el 27 de octubre de 2007 e inscrito en el Registro Civil de Denia (Alicante), según certificación literal acompañada a la demanda como documento n.º 2, confiado a la custodia paterna.

Ciertamente, las vicisitudes y particularidades del caso inclinan la decisión adoptada, por completo acorde con el criterio del Ministerio Público.

Y es que al tiempo de la ruptura matrimonial de los litigantes, asociada a un episodio de maltrato a la esposa, adoptó el juzgado medidas provisionalísimas de carácter civil por auto de 23 de marzo de 2010, en que se atribuía a la madre la custodia del menor y el uso de la vivienda familiar en Rota, fijándose pensión alimenticia a cargo del progenitor, e instituyéndose un programa de visitas con el niño fijado en los viernes y sábados de cada semana de 17 a 19 horas y fines de semana alternos, los domingos de 10 a 12 horas, siempre en régimen tutelado en el Punto de Encuentro AMEFA. Pues bien, el día en que había de tener lugar el primer contacto paternofilial, el 26 de marzo, la madre, sin conocimiento ni consentimiento del progenitor ni autorización judicial, había abandonado España, trasladándose con el menor a la localidad alemana de Nüernberg, participándolo con esta misma fecha al Juzgado de Instrucción mediante escrito de su Letrado y Procurador (documento n.º 5 de la demanda). Desde entonces y pese a que interesado el divorcio por el Sr. Laureano, en sede de medidas provisionales se reconsideraron las medidas adoptadas y en su virtud, la abuela paterna del niño acudió a principios de agosto a Alemania para hacer efectiva la estancia de verano prevista en nuestro país, hubo de retornar sin el niño, que nunca ha vuelto a ver a su padre, ni comunicarse con él por ningún medio.

En circunstancias tales, de las que se hace eco la sentencia, y ha podido verificar la Sala mediante el examen de los documentos apor-

tados y las pruebas personales celebradas en la primera instancia, señaladamente el elocuente testimonio de la abuela paterna, la conclusión adelantada se abre paso sin dificultad, en beneficio del menor e inspiración legal en las previsiones del artículo 776, disposición 3.ª, pues quedando el niño al cuidado del padre, se habilitarán los naturales y oportunos contactos bilaterales con la madre y la familia extensa de uno y otro progenitor, con la riqueza añadida del conocimiento de los respectivos países de origen, su lengua y cultura.

En definitiva, las actuaciones avalan cumplida y eficientemente la conclusión judicial, cuyas detalladas consideraciones hacemos propias, en aplicación de la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo respecto de la fundamentación por remisión, según la cual si la sentencia de primer grado es aceptada, la que confirma en apelación no tiene por que repetir o reproducir los argumentos, debiendo en aras de la economía procesal corregir sólo aquellos que, en su caso, resulte necesario (*vid.* sentencias del Alto Tribunal de 22 de mayo de 2000 y 16 de octubre de 1992).

Y en méritos de cuanto se lleva expuesto, haciendo primar el beneficio e interés superior del menor, la medida de guarda ha de ser confirmada, con su corolario en el orden personal y económico, como al principio se adelantaba y se dirá en la parte dispositiva, sin que dada la naturaleza y alcance de las cuestiones suscitadas, proceda especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales de esta alzada.

Si bien se parte de una teórica aptitud de ambos litigantes para el desempeño, responsable y en beneficio de la común descendiente de la custodia, ello no ha de desembocar necesariamente en la custodia compartida, pues no puede dejar de valorarse que, desde la ruptura convivencial, la niña ha permanecido bajo el cuidado cotidiano de la madre; además influye la mayor disponibilidad horaria de la madre y la actitud inapropiada del padre para incluir a la niña en el conflicto.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 23 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

La parte actora, a través de su dirección Letrada y en el trámite del artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, nuestra su discrepancia con el criterio decisorio plasmado en la Sentencia dictada por la Juzgadora a quo, suplicando de la Sala que, con revocación de dicha resolución, se acuerde, en relación con la hija común, la adopción de los siguientes medidas:

— Un régimen que guarda compartida entre ambos progenitores, de tal manera que la hija permanecerá una semana (de lunes a lunes) con cada uno de ellos, quienes asumirán directamente los gastos generados por la menor en los períodos en que permanezca en su respectiva compañía.

— Subsidiariamente, y de mantenerse a la menor bajo la custodia de la madre, se fije un régimen de visitas a favor del apelante conforme al acuerdo en su día alcanzado por los hoy litigantes.

— La pensión alimenticia a satisfacer por el Sr. Victorio se fije en 250 euros al mes.

Planteamiento que encuentra la frontal oposición de la contraparte y del Ministerio Fiscal, en súplica de íntegra confirmación de la resolución impugnada.

De conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en todas las medidas correspondientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas 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 (*vid.* artículo 3).

Dicha directriz es recogida, con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico interno, por el artículo 39 de la Constitución y desarrollada por los artículos 2.º y 11-2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. De modo más concreto, y en situaciones como la que hoy nos ocupa, los artículos 92 y 159 del Código Civil previenen que si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor habrán de quedar los menores de edad. A tal fin habrá de interesar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio, valorar las alegaciones de las partes y el resultado la prueba practicada en el curso del procedimiento, así como las relaciones que los padres mantengan entre sí y con sus hijos, pudiendo recabar el informe de especialistas debidamente cualificados.

El citado artículo 92, tras su reforma por la Ley 15/2005, de 8 de julio, contempla de modo expreso la posibilidad de acordarse judicialmente un sistema de guarda conjunta o compartida, si bien no como regla general, pues, incluso en los supuestos de acuerdo al respecto de ambos progenitores, se requiere que tal régimen sea el más adecuado para el desarrollo y formación, en sus distintos aspectos, del sujeto infantil. Con carácter mucho más restrictivo, se recoge en el precepto analizado la sanción de tal sistema de corresponsabilidad en los supuestos de falta de consenso al respecto de los padres, pues sobre hacerse constar expresa y significativamente el carácter excepcional de tal medida, la norma analizada supedita su adopción por los tribunales a que sólo de esa forma quede protegido el interés superior del menor, previo informe favorable del Ministerio Fiscal a tal opción.

El examen de la prueba incorporada a las actuaciones elevadas a nuestra consideración pone de manifiesto la correcta decisión al efecto adoptada por la Juzgadora de instancia, pues si bien se parte de una teórica aptitud de ambos litigantes para el desempeño, responsable y en beneficio de la común descendiente, de la función debatida, ello no ha de desembocar necesariamente en el acogimiento la pretensión articulada por el actor, hoy recurrente. En efecto, no puede dejar de valorarse que, desde la ruptura convivencial de los hoy litigantes, acaecida a finales del año 2005, la niña ha permanecido bajo el cuidado cotidiano de la madre, y ello sin perjuicio de un amplio y flexible régimen de comunicaciones y estancias con el otro progenitor, en virtud de los acuerdos alcanzados por ambos padres, lo que evidencia la confianza del Sr. Victorio en las aptitudes y condiciones de doña María para el desempeño de tal cometido, en el que, a mayor abundamiento, se ha facilitado en todo momento la relación de la menor con el padre no custodio, de forma mucho más amplia que la, en principio, concertada por dichos procreadores.

Las Peritos que, adscritas al Órgano *a quo*, emiten el informe incorporado a los folios 90 y siguientes de las actuaciones, destacan la mayor disponibilidad horaria de la Sra. María para atender personal y directamente a la niña, lo que contrasta con la extensa jornada laboral de don Victorio, que impide su retorno al domicilio antes de las 20 horas, y determina que la mayor parte de las tardes entre semana que la niña pasa en el entorno de dicho progenitor, sean los abuelos paternos quienes asuman su cuidado.

Aunque el Sr. Victorio, según las Peritos, manifiesta preocupación e interés por todas las actividades de la niña, también detectan una actitud inapropiada de dicho progenitor, para incluir a la niña en el conflicto, con utilización de frases inapropiadas para su edad, en tanto que doña María ha evitado la implicación de la hija en dicho conflicto con gran altruismo. Se destaca igualmente que, no obstante el fuerte vínculo existente entre la niña y el padre, el establecimiento de una nueva relación de éste, con la llegada de otro hijo, requiere de un periodo de asentamiento y adaptación, en tal modo que un cambio de custodia podría inclusive entorpecer, de forma no consciente, las relaciones parentales fluidas que han existido hasta ahora en el desarrollo de las visitas.

Ha quedado igualmente acreditado que la comunicación entre los litigantes, factor este de relevancia para la adopción del sistema de guarda compartida, es bastante distante, limitada además al correo electrónico.

En consecuencia de todo lo expuesto, y en coincidencia con el pronunciamiento contenido en la Sentencia apelada, consideramos que no

se dan, en la coyuntura descrita, las condiciones básicas para un correcto funcionamiento del régimen propugnado por el actor, ni dicha opción se revela como la única, ni la más adecuada, para el cuidado y formación, en sus distintos aspectos, de Carolina. Y en tal sentido se pronuncia igualmente el Ministerio Fiscal, cuyo informe desfavorable a la pretensión del actor vincula la regulación judicial de tal medida, en los términos que recoge el apartado número 8 del artículo 92, y ello en tanto el Tribunal Constitucional no se pronuncie sobre las cuestiones de inconstitucionalidad ante el mismo planteadas sobre dichas previsiones legales.

Razones todas ellas que hacen decaer el primero de los motivos del recurso.

No se ha producido alteración alguna que justifique el cambio de la custodia compartida fijada en la sentencia de divorcio y que ha venido funcionando correctamente y con escasas incidencias hasta el momento. Cuando se adoptó dicha medida la madre era plenamente conocedora del horario de trabajo de su ex esposo y por tanto consintió en la posibilidad de que el padre tuviese la necesidad de ayuda de terceras personas. El hecho de estar en compañía de la tía paterna y de sus primos no ha perjudicado en modo alguno ni el desarrollo de los menores ni su afectividad con relación a su madre ni ha supuesto una dejación por parte del padre de las labores de cuidado de sus hijos, a los que atiende adecuadamente cuando finaliza su jornada laboral.

AP Murcia, Sec. 5.ª, Sentencia de 20 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Larrosa Amante**

La cuestión litigiosa a resolver en esta alzada radica en si procede o no la modificación de la situación de guarda y custodia compartida acordada en el proceso anterior de divorcio y su sustitución por una guarda atribuida a la madre y apelante, con las medidas derivadas de ello como son el régimen de visitas y el pago de pensión de alimentos. Y desde este momento debe anticiparse que el recurso de apelación debe ser desestimado e íntegramente confirmada la motivada sentencia dictada por la juez *a quo*, haciendo suyos los argumentos de dicha resolución esta Sala e incorporándolos a esta sentencia, sin que en modo alguno exista error en la valoración de la prueba, sino que al contrario la juez a quo ha aplicado de forma correcta el derecho y ha valorado las pruebas de acuerdo con principios de racionalidad y sentido común en defensa de los intereses de los más necesitados de protección, en este caso los menores de edad.

Lo primero que hay que señalar es que no será objeto de resolución en esta alzada el último motivo de impugnación, relativo a la infracción de garantías procesales por la denegación de diversas testificales y de la exploración de los menores realizada por la juez a quo, dado que al plantear ante esta alzada la práctica de las mismas pruebas y haberse denegado el recibimiento a prueba de esta segunda instancia por las razones que se señalan en el auto de fecha 24 de enero de 2012, dictado por esta misma Sala, es evidente que en modo alguno ha infringido las normas y garantías procesales la juez *a quo* por la denegación de las mismas pruebas que han sido rechazadas igualmente en esta alzada. Ello implica que el recurso se circunscribirá exclusivamente a la modificación de las circunstancias para justificar el cambio de guarda y custodia solicitado.

La cuestión litigiosa se centra en esta alzada, al igual que ocurrió en primera instancia, en si es procedente la modificación de medidas solicitada por el apelante. Ninguna duda cabe que las medidas que se adoptan en el seno de los procesos de familia tienen un carácter esencialmente modificable en atención a su necesaria adaptación al cambio de las circunstancias que puedan producirse tanto en relación con los progenitores como con respecto a los propios menores por aplicarse a una realidad cambiante como son

las relaciones personales, tal como autoriza el artículo 90 del Código Civil en relación con el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ahora bien, estas medidas deben de estar dotadas de una cierta estabilidad a los efectos de evitar una proliferación de procedimientos en busca de modificación de las medidas y especialmente en atención a la protección de los menores que no pueden ser sometidos a un vaivén constante de cambios que alteren y afecten a su desarrollo y estabilidad emocional. Como señalamos en la reciente SAP Murcia (5.ª) de 8 de marzo de 2012 (rollo n.º 17/12) para la modificación de las medidas definitivas de un proceso de familia, cualquiera que sea la medida que se pretenda modificar, es necesario que concurran una serie de requisitos que vienen siendo repetidos por la jurisprudencia: a) carácter sustancial, dado que el texto sustantivo civil exige que la alteración de las circunstancias que deban ser valoradas sea sustancial, de tal manera que no toda modificación de las necesidades o posibilidades de los progenitores o los menores son suficientes para el cambio de la medida adoptada anteriormente por el juzgado de familia, sino sólo aquellas de real trascendencia sobre el patrimonio o con directa incidencia sobre las relaciones paterno-filiales; b) carácter permanente o al menos duradero en el tiempo, lo que excluye a todas aquellas alteraciones que tengan un carácter puramente coyuntural o transitorio; c) carácter accidental, en el sentido de que la misma no haya sido debida a la voluntad de las partes o bien se realizase en fraude de los derechos del otro progenitor o de los menores, lo que implica que deben ser alteraciones derivadas de la actuación de terceros o de las circunstancias sociales o laborales de cualquiera de las partes; d) de aparición posterior a la adopción de la medida, de tal manera que se excluyen aquellas circunstancias que pudieron ser tomadas en consideración en el proceso en el que se adoptan las medidas definitivas, de tal forma que las mismas no pudieron ser objeto de valoración por el tribunal que las adoptó ni tampoco pudieron ser alegadas ni probadas por las partes en el proceso inicial; y e) la carga de la prueba de estas alteraciones y de la concurrencia de cada uno de estos requisitos corresponde a la parte que pretende su modificación. A estos requisitos hay que añadir la imposibilidad de la fijación de criterios de carácter general, lo que implica que debe de realizarse un examen de forma individualizada y casuística de cada uno de los supuestos para poder determinar si procede o no la modificación de las medidas definitivas y su sustitución por una nueva, siempre en atención a la vigencia del principio de protección del menor, como interés superior frente a cualquier otro interés legítimo que los progenitores puedan tener (artículo 39 CE y artículos 91 y 92 del Código Civil) y que por tanto prevalecerá a la hora de valorar el carácter sustancial de la alteración.

Partiendo de los criterios anteriores y tomando en consideración la prueba practicada en las actuaciones, no cabe duda alguna de que no se ha producido alteración alguna que justifique el cambio de la custodia compartida fijada en la sentencia de divorcio y que ha venido funcionando correctamente y con escasas incidencias hasta el momento. Si se analizan las alteraciones que se indican en la demanda y se reiteran en el recurso se aprecia que no hay alteración alguna sustancial, más allá del desarrollo por la apelante de un nuevo trabajo con un horario matutino y que le permite tener las tardes libres, cuestión que en modo alguno puede considerarse como sustancial, principalmente por el carácter interino de dicha actividad y por ello la posibilidad de que cuando termine el contrato suscrito pueda ser modificado de nuevo el horario. De aceptarse este hecho como justificativo de cambios de custodia se estaría en una situación en la que se produciría de forma constante tales cambios en el momento que el trabajo de cualquiera de los progenitores tuviese alteraciones de horario o turnos, lo que sin duda es una opción que va en contra de la necesaria estabilidad de la custodia fijada en atención del interés de los menores.

Con respecto a la situación laboral del padre, sobre la que se incide de forma especial por parte de la apelante, hay que destacar que es exactamente la misma que existía cuando se adoptó la medida que se pretende modificar, pues desarrolla el mismo trabajo y tiene el mismo horario laboral que tenía en aquel momento, sin que se haya producido alteración o modificación alguna en este extremo, lo que hace que falte el elemento básico para el cambio de custodia pre-

tendido en atención a lo exigido en el artículo 91 Código Civil y a la jurisprudencia que lo ha interpretado. Ello implica que cuando se adoptó dicha medida la propia apelante era plenamente conocedora del horario de trabajo de su ex esposo, por ser la misma actividad laboral desarrollada durante el matrimonio, y por tanto consintió en la posibilidad de la necesidad de ayuda de terceros en momento más o menos puntuales para la atención de sus hijos menores de edad cuando estuviesen en compañía del padre. Por otro lado los informes periciales psicológicos y social emitidos en esta causa ponen claramente de manifiesto que el hecho de estar en compañía de la tía paterna y con sus primos no ha perjudicado en modo alguno ni el desarrollo de los menores ni la afectividad de los mismos con relación a su madre ni ha supuesto una dejación por parte del padre de las labores de cuidado de sus hijos a los que atiende adecuadamente cuando finaliza su jornada laboral.

Finalmente, por lo que respecta a los menores de edad, es evidente que los mismos están perfectamente integrados tanto en la familia materna como paterna, así como en el colegio y el círculo de amistades que tienen la localidad de Fuente Álamo, donde residen con su padre, estando debidamente escolarizados y siguiendo sus estudios con un rendimiento adecuado a su edad, realizando igualmente actividades extraescolares como es propio de la mayor parte de los niños actualmente. Los informes sociales y psicológicos así lo muestran, siendo muy significativas las declaraciones de los menores que obran en los citados informes. Esta era la misma situación que se daba cuando se produjo la separación de los progenitores y se adoptó la guarda y custodia compartida que ahora se pretende modificar. Por tanto tampoco en este ámbito se ha producido ninguna variación y mucho menos con el carácter de sustancial que se exige para modificar las medidas adoptadas. El hecho de que la madre, o incluso los propios hijos así lo sientan, tengan necesidad de tener un mayor entre ellos en nada afecta a la medida adoptada, pues la solución a dicha cuestión pasa por el establecimiento de unos mayores criterios de contacto, como se ha hecho en la propia sentencia, así como por una actuación más conciliadora en este extremo de ambos progenitores. Las consecuencias añadidas al cambio pretendido (modificación del domicilio y por tanto del entorno familiar y social en el que se mueven los menores; sometimiento a un régimen de visitas estricto que podría afectar a las actividades formativas extraescolares; cambio de colegio; pérdida de relación con la familia paterna, etc.) es evidente que en modo alguno favorecen a los menores, que no se olvide son a los que hay que atender en primer lugar a la hora de dictar una resolución que les afecte. Por todo ello procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia apelada.

RÉGIMEN DE VISITAS

Las disputas que se relatan son poco edificantes para los hijos que las presencian, por lo que procede imponer la intervención del «punt de trobada» familiar más cercano al domicilio de la madre, para que durante un periodo de seis meses medie en las entregas y recogidas de los hijos y realice sesiones conjuntas educacionales con ambos progenitores para que superen el estado de enfrentamiento que ha provocado estas actuaciones.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Pascual Ortuño Muñoz**

A pesar de que durante la etapa de convivencia de pareja de los litigantes parece que ambos disfrutaron de una vida apacible, reflejada en el estilo de vida que desarrollaron y de cuya relación nacieron los dos hijos Sergio y Nerea, y no obstante haber consensuado la separación y sus efectos mediante un convenio regulador de 28.3.2008, la relación entre los litigantes se

quebró por causas que no han quedado especificadas, pero que han generado una intensa actividad policial, con denuncias cruzadas por incumplimientos recíprocos, así como por insultos y amenazas con la persona con la que la demandada tiene una nueva relación, que ha intentado en diversas ocasiones mediar, sin éxito, en las polémicas suscitadas por los litigantes con motivo de las entregas y recogidas de los hijos.

Las demandas cruzadas que han sido objeto de las presentes actuaciones y en la que ambos solicitan la modificación de las medidas relativas al régimen de custodia, podrían haberse evitado con un proceso de mediación en el que de mutuo acuerdo se hubiesen fijado los criterios educativos para los hijos y se hubiesen distribuido los tiempos de permanencia de los mismos con ambos progenitores puesto que, resulta sumamente llamativo, que no se reprochan comportamientos anómalos ni incumplimientos graves, sino meras diferencias de criterio en las entregas y recogidas de los niños.

De hecho, a pesar de las innumerables denuncias cruzadas, no consta que en la fase de ejecución haya existido una especial problemática insalvable. La sentencia de primera instancia declara que no considera probados ninguno de los hechos que actor y demandada se reprochan y de los que traen causa sus pretensiones de modificación, en la primera instancia, reproducidas «in integrum» en la apelación.

La sala tampoco aprecia que la conflictividad que se relata en las respectivas demanda y reconvención sea constitutiva de causa de modificación de las medidas. Los desencuentros entre los progenitores han de ser resueltos por otras vías de diálogo y racionalidad, y no imponiendo criterios rígidos y vigilancia de la fuerza pública en las entregas cuando, en definitiva, tales formas de comportarse podrían ser resueltas con buena voluntad y probablemente con la asistencia a unas sesiones de terapia conductual. Si alguna de las partes no colaborara en tales procesos y persistiera en mantener la actitud de conflictividad permanente, podrá, en todo caso, ser causa para la modificación del sistema de custodia o la supresión de las visitas, en su caso.

No obstante lo anterior, las disputas que se relatan son poco edificantes para los hijos que las presencian, y en interés de los mismos, de conformidad con lo que establece el artículo 134 del Código de Familia, y para evitar perjuicios irreparables a los hijos menores, procede imponer la intervención del «punt de trobada» familiar más cercano al domicilio de la madre, que se fijará por el juzgado en caso de desacuerdo en ejecución de sentencia, para que durante un periodo de seis meses medie en las entregas y recogidas de los hijos y realice sesiones conjuntas educacionales con ambos progenitores para que superen el estado de enfrentamiento que ha provocado estas actuaciones. De igual forma se establece en la parte dispositiva el calendario que ha de regir los periodos vacacionales en defecto de acuerdo razonable de los progenitores que necesariamente ha de constar por escrito. En el caso de que persistieran los problemas, cualquiera de las partes podrá ejercitar las acciones correspondientes para la modificación de la custodia o la supresión de las visitas.

No puede tener favorable acogida la solicitud relativa a la recogida de la niña en el domicilio de la madre al no darse respecto de dicha petición motivo alguno que lo justifique razonablemente, siendo así que la recogida de la menor en el colegio, además de aumentar el tiempo de estancia junto a la hija, permite al padre intervenir en los espacios escolares de la niña, conociendo y relacionándose con el medio educativo de la menor.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Carmen Neira Vázquez**

Se cuestiona en primer lugar las visitas del padre con la hija de 4 años de edad como nacida el 11 de agosto de 2007.

La resolución del litigio ha de hacerse conforme al art. 94 del C.C., y la ley de protección jurídica del menor de 1996, entre otras normas,

que regulan la cuestión relativa a tales comunicaciones y visitas, el primero de cuyos preceptos establece que «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. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial».

Constituye este complejo derecho-deber un mecanismo de relación, trato, convivencia, transmisión de afectos e inquietudes entre los hijos y el padre o la madre con quien no vive habitualmente y adecuado para mantener o restablecer la comunicación que la quiebra de la convivencia familiar interrumpió.

La adopción de la medida requiere atender, a muchos diversos factores, entre los que cabe destacar, entre otros: la edad de los menores, las necesidades afectivas y de todo orden de los mismos, sus costumbres, hábitos, exigencias y responsabilidades escolares, sus relaciones con el progenitor no custodio, las condiciones y cualidades de éste para atenderlos, las vacaciones que disfruten, la localidad donde se celebren las visitas y las estancias, la distancia entre localidades, etc.

Y con tales presupuestos legales y doctrinales es claro que la cuestión planteada con relación a tales visitas ha de ser desestimada habida cuenta la corrección de lo resuelto en la primera instancia por cuanto el régimen establecido se ajusta a las necesidades de relación de la hija y el padre siendo así que las visitas intersemanales incrementan afianzando los lazos paternofiliales.

En este sentido la prueba pericial fundamenta el sistema establecido en la sentencia apelada reseñando el profesional en las conclusiones del dictamen que: Desde el punto de vista técnico se estima que el núcleo familiar analizado dispone de recursos que permitirían el fomento de la coparticipación parental en la crianza de la hija. En ese sentido se propone ampliar el mínimo en el régimen de visitas existente a dos tardes semanales, más fines de semana alternos y mitad de períodos vacacionales, sin perjuicio de que ambos progenitores amplíen ese mínimo de forma flexible de forma consensuada.

De esta forma la Sala no encuentra razones para reducir aquellos encuentros ni tampoco para fijar otra hora de entrega de la menor, media hora antes en los días entre semana y en los fines de semana, dado que reajustando el horario como propone la recurrente se mengua o restringe la estancia de la hija con el padre lo que sin duda perjudica la necesidad de fomentar la coparticipación parental en la crianza de la menor como indica aquel dictamen, lo que conlleva el rechazo de la pretensión formulada.

Tampoco puede tener favorable acogida la solicitud relativa a la recogida de la niña en el domicilio de la madre al no darse respecto de dicha petición motivo alguno que justifique razonablemente dicha pretensión siendo así que la recogida de la menor en el colegio además de aumentar el tiempo de estancia junto a la hija permite al padre intervenir en los espacios escolares de la niña, conociendo y relacionándose con el medio educativo de la menor, explicando el ahora apelado que el lleva a la niña a casa de su madre para que no salga de su entorno, dado que viven en el mismo pueblo, significando que la casa es grande y que así la ven ellos, todo lo cual determina en este punto el rechazo de este motivo de apelación y conduce a confirmar la sentencia recurrida.

Habiendo trasladado la madre su residencia a la península, se otorga la custodia al padre, y en cuanto a las visitas se acuerda que parte de ellas deben tener lugar en Tenerife para que la niña haga participar a su madre del entorno de amistades y relaciones en que está inmersa.

AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eugenio Santiago Dobarro Ramos**

Por la madre demandada apelante se solicita que no se dé lugar a la modificación y se mantenga las medidas de la sentencia de divorcio, con las modificaciones exclusivas referidas a que la residencia de la madre se establezca en Bujalance (Córdoba). Que el régimen de visitas, estancias y comunicaciones a favor del padre se modificará en los términos que la Ilma. Sala considere convenientes adaptándolos a las nuevas circunstancias y muy especialmente a que la menor Cándida pase con el padre aquellos fine de semana en exista puentes. Los gastos de desplazamiento de la menor hija a la localidad de Tenerife serán abonados al 50 % entre ambos progenitores.

Del resultado de la prueba psicosocial practicada en esta instancia a petición de la madre apelante resultan como conclusiones: «Los datos obtenidos y su análisis orientan hacia que el entorno paterno proporciona a la menor Cándida mejores condiciones globales para su desarrollo que el materno. — También se estima que el tiempo de compañía de la menor con su madre es escaso, aconsejándose la modificación de las visitas que ambos progenitores pudieran acordar mediante el oportuno dialogo que su hija les está demandando y que se debería ampliar de manera flexible y acorde a las circunstancias, actividades y compromisos tanto de la menor como de su madre. En el supuesto de que ambos progenitores, lamentablemente, no hallaran la manera de ponerse de acuerdo, será adecuado que, atendiendo a la lejanía de los domicilios de los progenitores, se incremente, al menos en un fin de semana sea la madre la que se traslade a Tenerife para que la hija pueda hacerla participar e incluirla en su actual entorno, ello se estima beneficioso para la hija porque minimizará o la desproveerá de elementos diferenciales ante su grupo de iguales. En el caso de que hubiera una fiesta o puente próximo o inmediato al fin de semana de la visita, se debería de incrementar el tiempo de estancia de la hija con la madre con el de los festivos». Ratificado el informe en el acto de la vista las partes y el Ministerio Fiscal, solicitaron las aclaraciones oportunas sobre el informe, que se mantuvo en sus términos, no apreciándose como relevante a tal fin la documental aportada por la apelante referida a un escrito de la menor. Por el apelado se aportó documental referida a las notas del colegio de la menor y una explicación de las palabras del escrito de la hija aportado por la madre. Y, así, del examen de lo actuado no puede llegarse a conclusión distinta de la que hace la sentencia apelada, por lo que el cambio de custodia de la madre al padre debe de estimarse justificado en interés de la menor Cándida, nacida el … de 1999. En la sentencia apelada se establecen puntos significativos derivados del cambio de domicilio de la madre, y la especial tensión que procura con el padre de negativa incidencia en la hija. La pericial psicosocial llevada a cabo en esta instancia ha confirmado que el cambio establecido ha sido idóneo para la menor, a la vez que exige a la madre un esfuerzo en la relación con la hija, como es que la visitas se realicen en Tenerife para que la niña haga participar a su madre del entorno de amistades y relaciones en que está inmersa. En este sentido es indicativo que por el Ministerio Fiscal a la vista del resultado de la prueba practicada, modifica su petición solicitando que «teniendo en cuenta que las circunstancias han cambiado y a la vista del informe psicológico se acomoda a este informe y la guarda y custodia debe de ser del padre, y el incremento de las visitas de la menor conforme con lo concluido por la Sra. Psicóloga». Consecuentemente a todo ello se desestima el recurso formulado por la madre apelante, y se estima en parte la petición del Ministerio Fiscal de que las relación de

estancias con la madre tenga lugar en Tenerife, estableciéndose las mismas, en sustitución de los desplazamientos a la Península, con carácter limitado a dos estancias en Tenerife, y una de ellas necesariamente durante el periodo lectivo, para permitir a la niña hacer que la madre participe del entorno de amistades y relaciones en que está inmersa.

No procede la ampliación del régimen de relación materno-filial porque esa petición se basa únicamente en el interés de la madre, que pretende con ello que la estancia con la hija le ayude en su problema psicológico.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado**

Las relaciones de la hija con su madre, según resulta de la exploración de la menor en primera instancia, son problemáticas. La madre tiene problemas de estabilidad personal, como consecuencia de su situación psicológico-psiquiátrica. Dejó de regentar un bar dos semanas antes de la interposición de la demanda, sin que consten los motivos. El padre es transportista. En 2009 tuvo unos 1.000 euros al mes de ingresos, según su declaración del IRPF, y en 2010 fueron de menos de 700 euros mensuales. La vivienda familiar es copropiedad de ambos litigantes, con una cuota hipotecaria de 933 euros al mes.

Los anteriores hechos llevan a la desestimación de la apelación. Según el artículo 135 CF no procede la ampliación del régimen de relación materno-filial porque esa petición se basa únicamente en el interés de la madre (para ayudarla en su situación), ignorando que en la aplicación del artículo 135 CF debe primar el interés de la menor, criterio que recoge ese precepto 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. De hecho, las previsiones de ampliación del régimen en función del estado de la madre, vista la edad de la menor, son poco realistas en la práctica y no se adecuan a los criterios de régimen a edades próximas a la mayoría d e edad, pero no deben modificarse para no incurrir en una reformatio in peius de hecho (no de derecho, al tratarse de un tema no sujeto al principio de la rogación).

Igual suerte desestimatoria debe seguir la pretensión de atribución del uso del domicilio familiar. El artículo 83.2.a, en su adverbio «preferentemente», permite la excepción de atribución del uso al progenitor no custodio cuando el custodio tiene medios suficientes para proveer de vivienda adecuada al menor y el otro tiene mayor necesidad (excepción recogida hoy en el artículo 233-20.4 CCC), pero ése no es el caso presente, ya que la situación del padre no es especialmente buena para proveer vivienda a la hija común, además del resto de necesidades.

VIVIENDA FAMILIAR

Procede la acción de desahucio por precario, precisándose que la determinación de la cuantía de las obras de mejora realizadas en la vivienda deben ser objeto de otro litigio. Aunque se toleraran las obras de mejora, ello no afecta a la condición de precarista de la demandada, que no ostenta derecho de retención sobre la vivienda por el simple pago de los materiales.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Martínez Pérez**

En el recurso de apelación interpuesto en nombre de Doña Encarnación se pretende que se revoque la sentencia de instancia, dictándose en su lugar otra por la que se declare el desahucio por precario de la vivienda, sita en C/ … n.º …, de Archena, que ocupa Doña Julieta y sus hijos, debiendo proceder al desalojo en el plazo legal, con apercibimiento de lanzamiento. En síntesis, se indica que procede la acción de desahucio por precario, indicando como motivos error en la apreciación de la prueba y del derecho aplicable, pues es adecuada la acción de desahucio precario, ya que la demandada no ha justificado la existencia de título apto para mantener la posesión de la vivienda; que la determinación de la cuantía de las obras de mejora de la viviendas de la actora, así como la cuantía porcentual de ese valor, de la que sería acreedora la demandada, así como su sociedad de gananciales, debería ser objeto de otra litis, una vez liquidada dicha sociedad; que aunque se toleraran las obras de mejora, ello no afecta a la condición de precarista, y que se ha aplicado erróneamente la doctrina jurisprudencia recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de octubre de 2006.

La sentencia de instancia desestima la demanda, no dando lugar al desahucio de la demandada de la finca descrita en el primer antecedente de la sentencia. En el fundamento de derecho segundo se declara que de las pruebas practicadas resulta que la demandante es propietaria de la vivienda unifamiliar, según la escritura pública de obra nueva y segregación de fecha 14 de diciembre de 2009, en que la que consta que la misma ha construido aquella, previas las correspondientes licencias administrativas, lo que se corrobora por el testigo propuesto a instancia de la demandada, D. Benigno, padre de la misma, al manifestar que la casa la construyeron los padres de él.

Se indica que resulta igualmente acreditado que la demandada invirtió en dicha vivienda la cantidad de 13.000 euros, lo que resulta de las facturas presentadas y de la declaración prestada por D. Dionisio, hermano de la demandada, quien realizó las obras de ampliación y reforma de la vivienda en el año 2004, así como las reformas efectuadas en el año 2007.

Que se puede concluir que la demandada tiene un derecho de indemnización sobre la propiedad de la vivienda, adquirido por accesión sobre el inmueble de la demandante, y ello por las inversiones realizadas con consentimiento de la misma, consistente en la ampliación y reforma, lo cual le concede cuando menos un derecho de crédito sobre esa, artículo 360 del Código Civil, sin perjuicio de la previa liquidación de la sociedad de gananciales con su esposo.

Que tras el examen de los autos resulta que la actora y apelante, Doña Encarnación, es la propietaria de la vivienda, sita en C/ … n.º …, de la localidad de Archena, según la declaración de obra nueva y segregación de fecha 14 de diciembre de 2009, en la que se fija como valor de la obra nueva la cantidad de 155.000 euros.

La vivienda, objeto de la acción de desahucio, fue cedida por la actora y su esposo para la ocupación por su hijo, D. Humberto, al contraer matrimonio con la demandada, Doña Julieta, resultando que éstos contrajeron matrimonio en fecha 6 de septiembre de 1992, dictándose sentencia de divorcio en fecha 5 de febrero de 2010, por la que se aprueba el convenio regulador de

fecha 1 de octubre de 2009. En este convenio regulador se indica que el uso y disfrute de la vivienda familiar, sita en Archena, C/ … n.º …, se continúa atribuyendo a la esposa.

Las cuestiones a resolver en esta alzada son las relativas a si la demandada ocupa la vivienda objeto de la acción por precario; si el uso atribuido por la sentencia de divorcio es oponible frente a la actora y propietaria y, finamente, si las mejoras realizadas por la demandada en la vivienda que ocupa constituyen un hecho impeditivo a la acción de desahucio por precario ejercitada.

El precario constituye la tenencia o disfrute de cosa ajena, sin pago de renta o merced, ni razón de derecho, distinta de la mera liberalidad o tolerancia del propietario o poseedor real, de cuya voluntad depende poner término a dicha tenencia, de manera que si en las actuaciones procesales quedase acreditada la existencia real de título válido y eficaz a favor de los ocupantes que justificase la posesión detentada, la acción ejercitada no podría prosperar, puesto que éstos perderían el carácter de precaristas y, consiguientemente, se convertirían en poseedores con justo título. El precario exige como requisitos para su prosperabilidad, primero, que el actor tenga la posesión mediata de la finca como propietario, usufructuario o cualquier otro título que le dé derecho a disfrutarla y sus causahabientes, lo cual determina la legitimación activa y, segundo, que la persona contra la que se dirija la acción y la demanda disfrute o tenga la posesión inmediata de la finca sin título para ello, lo cual determina la legitimación pasiva, y sólo si el demandado acredita la existencia real de un título a su favor para amparar la posesión de la finca, perderá el carácter de precarista y se convertirá en un poseedor con título que lógicamente conlleva el perecimiento y desestimación de la acción de desahucio por precario.

La sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 2-10-2008, ha declarado: «La controversia se contrae, ante todo, a la concreción del título que legitima al hijo o hija para poseer el inmueble, y se complica con la determinación de la eficacia de la resolución judicial que confiere, una vez roto el vínculo conyugal, el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como domicilio familiar, a uno de los cónyuges, que opone dicho derecho frente al demandante del desahucio por precario. Para resolver la cuestión objeto de la denuncia casacional se ha de tener a la vista la Sentencia de esta Sala de fecha 26 de diciembre de 2005, que, tras examinar las anteriores resoluciones recaídas en supuestos similares, sienta las bases para fijar la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual ha de decidirse la controversia. El análisis del caso particular, conforme a la misma, se ha de realizar a partir de las siguientes consideraciones, que operan como reglas de aplicación, y que resultan de la fundamentación jurídica de la citada sentencia. A) Cuando se aprecie la existencia de un contrato entre el titular cedente de la vivienda y los cesionarios, y, en particular, de un comodato, se han de aplicar los efectos propios de ese contrato; pero en el caso de que no exista, la situación de los cesionarios en el uso del inmueble es la propia de un precarista. B) En concreto, en los casos en que la vivienda se ha cedido a título gratuito y sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado, que, ciertamente, puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar, si bien con la precisión de que dicho uso ha de ser siempre y en todo caso específico, y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, y de que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes. C) Cuando cesa el uso, lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal, y el concedente no reclama la devolución del inmueble, la situación del usuario es la de un precarista. D) El derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, mas no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, que no son parte —porque no pueden serlo— en el procedimiento matrimonial, pues no genera por sí mismo un derecho antes inexistente, ni permite reconocer a quienes ocupan la vivienda en precario una protección posesoria de vigor

jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, ya que ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda. En el caso que se examina, la sentencia recurrida consideró, en esencia, que la relación jurídica que vinculaba a los demandantes, titulares dominicales de la vivienda, y los demandados, era la propia del comodato. Dicha calificación se basaba en el hecho de que la cesión de la vivienda por sus titulares se hizo en consideración al matrimonio de su hijo y con objeto de que los cónyuges establecieran en ella el hogar conyugal y familiar donde iban a residir junto con los hijos habidos en el matrimonio. Ahora bien, semejante circunstancia, que, desde luego, no ha de ser objeto de discusión, no permite por sí sola reconocer a la demandada un título capaz de enervar la acción de desahucio ejercitada en la demanda, pues con independencia de que en ella pueda identificarse el uso concreto y determinado que sirve para calificar la relación jurídica como un préstamo de uso, ha de convenirse, en línea con el criterio jurisprudencial expuesto, que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precarista, que es la que en cualquier caso se da cuando, por cesar la convivencia conyugal, desaparece el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida. Y esta situación no se ve afectada por la atribución judicial a la esposa codemandada del derecho de uso y disfrute de la vivienda en su condición de vivienda familiar, pues, tal y como se ha indicado, semejante declaración jurisdiccional no comporta la creación de un derecho antes inexistente, ni confiere mayor vigor jurídico que el correspondiente al precario, que pueda oponerse eficazmente frente a un tercero en la relación y en el proceso matrimonial que pretende, contando con título jurídico bastante para ello, la recuperación posesoria del inmueble. La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial».

La sentencia de fecha 13 de abril de 2004, de la Sección V, de la Audiencia Provincial de Murcia, declara: «En la actualidad y como consecuencia de la reforma introducida en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el juicio verbal de precario (en el que se formula la pretensión contemplada en su art. 250.2) ha perdido el carácter sumario que, en esencia, mantenía como juicio de desahucio en el régimen procesal anterior pues, como ya ha tenido ocasión de señalar esta Sala (sentencia de 3 de junio de este mismo año, recaída en el rollo núm. 219/02) en la nueva Ley se configura como un juicio plenario tal y como claramente se deriva de su exposición de motivos al señalar, de forma terminante, que en la nueva regulación se excluye el carácter sumario de este tipo de procesos en la medida que se desenvuelve con apertura a plenas alegaciones y pruebas hasta el punto de que finaliza con plena efectividad, es decir, con la eficacia de la cosa juzgada, de manera que no existe la restricción en orden al conocimiento de las denominadas cuestiones complejas en su seno». Y en el mismo sentido, esta misma Audiencia en su Sentencia de 25-03-04 Rollo 72/04. Por lo demás, la demandada trata de derivar esas cuestiones complejas de su condición de «accesionista» de buena fe por las inversiones y gastos que ha realizado durante el tiempo de su ocupación, y ello con base en al art. 361 del Código Civil, (...), y no existe una accesión que pueda tener como base las mejoras realizadas por el precarista; el tema de las mejoras en la cosa poseída en precario ha sido objeto de pronunciamientos reiterados en la jurisprudencia, incluso del Tribunal Supremo, y también ha sido objeto de algunos pronunciamientos en esta Audiencia (por ejemplo, sentencia de la Sección 1.ª de 26 de febrero de 2001), señalando que ni introducen una cuestión compleja ni pueden determinar una especie de derecho de retención a favor del demandado ya que no cabe atribuirle la buena fe del artículo 453 del Código Civil, pues, en caso de haber realizado esas modificaciones o mejoras, tenía que saber que la vivienda no era de su propiedad exclusiva y, precisamente

por tal circunstancia, carece de tal derecho de retención; este criterio se basa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se sostiene (sentencia de 9 de julio de 1984) que el derecho a la retención de la cosa únicamente puede reconocerse en el poseedor con título, es decir, en el poseedor civil, pero no en el precarista que carece de título y goza sólo de la mera tenencia o posesión natural de la cosa y por tal motivo no puede retener ésta en su poder por los gastos que en la misma hubiere realizado, ni impedir el desahucio, según se desprende de los artículos 1599 y 1600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Las mejoras, por tanto, no puede impedir el desahucio».

A la vista de los particulares referidos, del concepto de precario y de las resoluciones judiciales antes citadas, procede estimar la pretensión revocatoria y, consiguientemente, la acción de desahucio por precario, pues la demandada ocupa la vivienda, propiedad de la actora, sin título oponible frente a ésta, no existiendo elementos para deducir que se está en presencia de una situación de comodato, al no resultar acreditada la concurrencia de los requisitos exigidos por éste, con la circunstancia de que la sentencia de instancia no basa la desestimación en la existencia de comodato y, finalmente, que las mejoras realizadas por la demandada en la vivienda no obstan al ejercicio de la acción de precario, no aceptándose lo razonado en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de instancia, pues la demandada no ostenta derecho de retención sobre la vivienda por el simple pago de los materiales utilizados en las obras de mejora, ello teniendo también en consideración que la demandada tenía conocimiento de la que la vivienda no era propiedad de su esposo.

Las tasas por recogida de basuras y entrada de los vehículos tienen como sujetos pasivos, en concepto de contribuyentes, a las personas físicas o jurídicas que disfruten, utilicen o aprovechen especialmente el dominio público local en beneficio particular, y la beneficiaria directa y exclusiva de dichos servicios es la esposa, por lo que será de su cargo su abono.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 22 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés**

El seguro vinculado obligatorio de la hipoteca de la vivienda y los impuestos inherentes a la propiedad son cargas del matrimonio y dada la capacidad económica de ambos litigantes deben ser abonados al 50%, debiendo señalarse en lo que se refiere a las tasas por recogida de basuras y entrada del vehículos, el Real Decreto Legislativo 2/2004. de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, y al contrario de lo que establece respecto del IBI, previene, en lo que afecta a aquellas tasas (vid artículo 23). Que son sujetos pasivos, en concepto de contribuyentes, las personas físicas o jurídicas que disfruten, utilicen o aprovechen especialmente el dominio público local en beneficio particular, o soliciten o resulten beneficiadas o afectadas por los servicios o actividades locales que presten o realicen las entidades locales, conforme a alguno de los supuestos previstos en el artículo 20. Obvio es que, en el supuesto analizado, la beneficiaria directa y exclusiva de dichos servicios es la demandada. Ha de tenerse en cuenta que el actor, en su condición de cotitular del inmueble al que se refieren los citados servicios, sólo sería, conforme al artículo 23-2, sustituto del contribuyente en las tasa establecidas por razón de servicios o actividades que beneficien o afecten a los ocupantes de la vivienda, pudiendo, por ello, repercutir las cuotas sobre los respectivos beneficiarios.

Se critica que, habiéndose atribuido el uso de la vivienda a la hija, con la que convive la madre, sin embargo se disponga que el uso del garaje sea para el padre, pero lo cierto es que la madre carece de vehículo y de permiso de conducir y por ello parece más que sensato que se haya adoptado esta medida, pues evita un gasto al padre.

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Edmundo Rodríguez Achutegui**

En segundo lugar se critica que habiéndose atribuido el uso de la vivienda a la hija, con la que convive la madre, sin embargo se disponga que el uso del garaje sea para el padre. Hay que partir del hecho, no discutido, de que la madre carece de vehículo y de permiso de conducir. La atribución del uso al padre, que la recurrente entiende inaudito, se basa en que éste trabaja, reside en la actualidad en la misma ciudad de Vitoria-Gasteiz —según la recurrente a dos kilómetros, según el apelado 800 metros, aunque no hay prueba al respecto— y por ello parece más que sensato que se haya adoptado, pues evita un gasto.

La madre se queja de que con ello no puede alquilar la plaza, mejorando su precaria situación económica, precariedad que el divorcio ha provocado a ambas partes. Por otro lado las expectativas sobre adquisición de un vehículo de segunda mano tendrán que concretarse, siendo preciso para ello la obtención del permiso de conducir. Mientras ello no suceda, carece de justificación privar a quien sí tiene vehículo y lo utiliza para sus desplazamientos laborales del uso de una propiedad común, todo lo cual supone la desestimación de este segundo motivo del recurso.

PENSIÓN ALIMENTICIA

El hijo es jugador profesional de fútbol de un club de segunda división, por lo que se ha incorporado al mercado laboral en la faceta laboral que ha estimado conveniente, debiendo cesar su derecho a percibir alimentos de su padre. Aunque en la próxima temporada no sea fichado por ningún club ha de entenderse que esa incorporación se ha producido, habiéndose interrumpido el vínculo de dependencia económica que motivó la adopción de la medida en el proceso matrimonial.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Marta María Gutiérrez García**

En primer lugar y por lo que respecta a la extinción de alimentos respecto Pablo Jesús que se acuerda en sentencia por entender la Magistrada *a quo* que es independiente económica y personalmente respecto de sus progenitores. Consideración objeto de impugnación por entender la apelante que pese a jugador de fútbol profesional, estudia empresariales, estima que no ha alcanzado la plena independencia económica, por lo que debe mantenerse al menos en el importe fijado en la sentencia de separación.

Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado esta Audiencia, así en sentencia de 27/01/2012 se establece: «Reiteradamente tiene establecido esta Audiencia Provincial de Asturias (Sentencias de la Sección 1.ª, de 14 de enero de 2002, de la Sección 6.ª, de 5 de junio de 2006, y de esta Sección 7.ª, de 21 de enero de 2003 y 31 de julio

de 2007, entre otras) que tratándose de alimentos de hijos mayores no es sólo que se limiten a los estrictamente indispensables del artículo 142 del Código Civil, sino que al valorar la procedencia de su mantenimiento, cuando se constata que el mayor ha accedido a la vida laboral, debe tenerse presente que no cabe exigir, dada la inestabilidad laboral actual y el régimen de contratación temporal predominante en el mercado, que aquel obtenga un trabajo fijo, lo que obligaría en la mayor parte de los supuestos a mantener las medidas de alimentos concedidos a una unidad familiar, pese a que de facto el hijo no sólo goza de mayoría de edad sino de independencia económica.

Y en la de 8 de junio de 2007 decíamos, en un supuesto del artículo 93, párrafo segundo, del Código Civil, que la finalidad de tal medida era proteger los intereses de los hijos que continúan durante la mayoría de edad su período de formación con un mínimo de esfuerzo y/o aprovechamiento, o que todavía no se han incorporado al mercado laboral por causas que no les sean imputables, que dicha situación desaparece cuando el hijo se incorpora al mercado laboral, pues ya entonces no carece de ingresos propios, y que se entiende que esa incorporación se ha producido cuando el hijo ha empezado a trabajar de una forma regular, aunque no sea continuada, con intención de atender a sus propias necesidades, o tiene capacidad para hacerlo, no cuando realiza trabajos esporádicos en períodos vacacionales, mientras continúa su formación, o no ha logrado trabajar todavía regularmente, si bien, ha de entenderse que esa incorporación se ha producido aún cuando a un período regular de empleo, le siga un período de desempleo, o se alternen posteriormente unos y otros, pues ya se habrá interrumpido entonces el vínculo de dependencia económica que motivó la adopción de la medida en el proceso matrimonial (no se olvide que el perceptor de la pensión no es entonces el hijo, sino el progenitor con el que convive), dado que la prestación alimenticia a favor de los hijos mayores de edad no configura un derecho de ida y de vuelta en función de que estos entren y salgan del mercado laboral (Sentencia de la Sección 1.ª de esta Audiencia Provincial de Asturias, de 10 de febrero de 2003, y la muy reciente de esta misma Sección, de 29 de mayo de 2007). También se produce la interrupción de la situación cuando la falta de ingresos propios obedece a la propia inactividad o desidia del hijo en la continuación de su formación, o en la búsqueda de empleo».

Resulta acreditado, a la vista de la doctrina expuesta y de las circunstancias concurrentes acreditadas en los autos, que Pablo Jesús jugador profesional de futbol, que juega en el presente año en el club atlético de Portugal, club de segunda división, y el año anterior estuvo en la Sociedad Deportiva de Noja (Cantabria), se ha incorporado al mercado laboral en la faceta laboral que estimó conveniente, por lo que ha de cesar su derecho a percibir alimentos de su padre, al ser independiente económicamente de sus progenitores, no carece de ingresos pues aunque cambie de club la próxima temporada o no sea fichado por ningún otro ha de entenderse que esa incorporación se ha producido aún cuando dicha incorporación no sea estable, pues ya se ha interrumpido el vínculo de dependencia económica que motivó la adopción de la medida en el proceso matrimonial, por lo que no cabe aplicar la excepcionalidad que supone la fijación de una pensión alimenticia a favor del hijo con arreglo a lo dispuesto en el art. 93 *in fine* del CC. En caso de concurrir una situación de necesidad la misma debe solventarse con cargo a ambos progenitores por la vía del art. 142 y siguientes del Código Civil.

Sin que de otra parte resulte en modo alguno acreditado que aún no ha concluido su formación y esté cursando empresariales, pues a la mera alegación efectuada por la apelante en la contestación de su condición de estudiante, la carrera que estudia y los gastos que genera fue invocada por vez primera en el recurso, pero sin que conste en autos el curso en que se encuentra y el abono de matrículas, aunque resulta difícil que pueda seguir un curso académico desde su condición de jugador de fútbol profesional desarrollando su profesión fuera de la provincia cuando se manifestó que los estudios los cursa en Gijón.

Por cuanto antecede, debe mantenerse la extinción de la pensión de alimentos acordada en la apelada realizando a juicio de esta Sala la juzgadora *a quo* una correcta valoración de la prueba practicada.

Se suspende el pago de la pensión alimenticia durante el plazo de un año al quedar acreditado que el padre está en situación de desempleo y carece de toda prestación o subsidio.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Rosa Fernández Núñez**

La conformidad de las partes litigantes en que el demandante D. Jerónimo en situación de desempleo carece de toda prestación o subsidio, y de medios de fortuna con los que satisfacer la obligación alimenticia señalada a su cargo y con destino a las dos menores hijas habidas de su relación con la demandada D.ª Gabriela, Verónica y Casandra, habiendo convenido ambos progenitores a presencia judicial y asesorados por sus letrados, dejar en suspenso el pago de la pensión de alimentos del Sr. Jerónimo hasta que encuentre trabajo, y en todo caso por tiempo máximo de un año, computado desde el día de la vista, y con vencimiento el 12 de septiembre de 2012, no puede sino homologarse dicha decisión, alzando temporal y condicionadamente la medida en los términos expuestos, como se dirá en la parte dispositiva, sin que dada la naturaleza del asunto proceda especial pronunciamiento en costas.

No existe razón alguna que permita establecer un periodo determinado para el pago de la pensión alimenticia como hace la sentencia al fijar los 23 años, pues si al cumplirse esa condición objetiva persiste la necesidad por causa no imputable a la voluntad de la alimentada sigue teniendo derecho a ella.

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Íñigo Madaria Azcoitia**

Se impugna la sentencia de instancia en el único aspecto de la misma que limita el periodo de percepción de alimentos, hasta que la demandante acceda al mercado laboral o cumpla 23 años. Considera la recurrente que no procede ese límite dado que se encuentra afectada por una minusvalía por discapacidad psíquica, estimada en un 52%, que limita su acceso al trabajo y supone una dificultad para la formación, pese a lo cual se encuentra actualmente en proceso formativo.

La sentencia limita la pensión de alimentos hasta el acceso al trabajo o cumplimiento de los 23 años, sin embargo al hacer referencia a la amplitud de los alimentos no olvida reseñar, con cita de la ST de 23 de febrero de 2000, la necesidad de atender, entre otras variables, en relación con el art. 142 del Código Civil, la situación de incapacidad, total o parcial del alimentista para realizar trabajos retribuidos, sean de tipo intelectual o manual. Circunstancia que en el supuesto de autos es relevante, pues aparece acreditado que la demandante, afectada por una minusvalía psíquica, estimada en un 52%, al cumplir dieciocho años de edad se vió obligada a abandonar el domicilio de su madre, residiendo ahora en Santa Cruz de Campezo con una tía, donde sigue estudios para obtener el graduado escolar, siendo dificil dadas sus circunstancias personales el acceso al trabajo y menos de manera estable. Por ello no existe razón alguna que permita establecer un periodo determinado, cumplimiento de los 23 años, si al cumplirse esa condición objetiva persiste sin embargo la necesidad por causa no imputable a la voluntad de la alimentada, siendo necesario que continúe con la formación. En otro caso, cual es el supuesto de que efectivamente la demadante accediera al trabajo y tuviera recursos suficientes para su independencia económica, el cese del derecho a percibir alimentos se produciría *ex lege*, conforme a lo establecido en

el art. 152.3.º del Código Civil, sin necesidad de previsión específica alguna en la sentencia que reconoce el derecho. Por ello resultan innecesarias las condiciones impuestas en la sentencia de instancia, que en ningún caso pueden propiciar que ante la persistencia de la necesidad, por otra parte previsible a la vista de las limitaciones de la alimentada, sin embargo se extinga de forma objetiva el derecho a perciber la pensión de alimentos reconocida sin atender precisamente a su evolución y capacidad real para obtener recursos propios.

Sólo deben considerarse extraordinarios los gastos correspondientes a la matrícula y al primer curso de la universidad privada, en cuanto suponen un aumento imprevisto de las necesidades educativas de la hija, pero no lo son los de matrícula y enseñanza del segundo curso, porque ya han dejado de ser imprevistos al constituir el núcleo de los gastos de educación ordinarios y perfectamente previsibles, por lo que la contribución del demandado a estos gastos debe tener lugar mediante el aumento, en su caso, de la pensión ordinaria de alimentos en el correspondiente procedimiento de modificación de medidas.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 29 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina**

Pidió la actora, y lo estimó el Juzgado, que se considerasen extraordinarios los gastos correspondientes a la matrícula y la enseñanza de los dos primeros cursos de una universidad privada a la que asiste una de las hijas; sólo deben considerarse extraordinarios los correspondientes a la matrícula y al primer curso de la universidad privada, en cuanto suponen un aumento imprevisto de las necesidades educativas de la hija, pero no lo son los de matrícula y enseñanza del segundo curso, porque ya han dejado de ser imprevistos al constituir el núcleo de los gastos de educación ordinarios y perfectamente previsibles, por lo que la contribución del demandado a estos gastos debe tener lugar mediante el aumento, en su caso, de la pensión ordinaria de alimentos en el correspondiente procedimiento de modificación de medidas. Por el contrario se consideran extraordinarios los de las clases de apoyo y perfeccionamiento, por su utilidad para el rendimiento académico de las hijas, y por su carácter complementario y no nuclear, y por ello, cambiante e imprevisible, al igual que los gastos en la formación en idiomas, por las mismas razones. También es extraordinario el gasto en la adquisición del ordenador, por ser necesario para los estudios de las hijas.

El hecho de que el tratamiento psicológico esté cubierto por la Seguridad Social no impide siempre la consideración de estos gastos como necesarios, porque la intervención de un profesional no integrado en el sistema público de salud puede estar justificada por la confianza que inspira, o por la agilidad de la prestación del servicio. Deben excluirse sin embargo los gastos de depilación, porque no se consideran necesarios.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 29 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina**

El demandado interpone recurso de apelación contra el auto dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia número 24 de Valencia el día 18 de octubre de 2011, que declaró la suma que debe pagar el recurrente en concepto de contribución a los gastos extraordinarios ocasionados por sus hijas.

En primer lugar, procede la declaración como gastos extraordinarios necesarios de los corres-

pondientes al tratamiento de ortodoncia, así como los de tratamiento psicológico porque favorecen la salud bucal y la personalidad de las hijas, y son imprevisibles. El hecho de el tratamiento psicológico esté cubierto por la Seguridad Social no impide siempre la consideración de estos gastos como necesarios, porque la intervención de un profesional no integrado en el sistema público de salud puede estar justificada por la confianza que inspira, o por la agilidad de la prestación del servicio. Deben excluirse sin embargo los gastos de depilación, porque no se consideran necesarios.

Las necesidades de la hija, hoy mayor edad, no son las mismas pues cuenta con 23 años y cursa estudios universitarios en una ciudad distinta a la de su lugar de residencia, sin que sea razonable el que se exija a la hija que desempeñe ocupaciones laborales esporádicas para subvenir a sus necesidades cuando los padres gozan de la suficiente capacidad económica.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio María González Floriano**

El segundo de los motivos del Recurso de Apelación acusa, igualmente, error en la apreciación de la prueba si bien proyectado sobre la decisión estimatoria parcial de la Demanda Reconvencional; y, en este sentido, la parte demandada apelante postuló, en la Reconvención, la modificación de la medida correspondiente a la cuantía de la Pensión de Alimentos establecida a favor de la hija mayor de edad, D.ª. Gabriela, solicitando un incremento de su importe, de 364,48 euros mensuales (importe actualizado) a 1.200 euros mensuales, que debería satisfacer el padre desde la fecha de la interposición de la Reconvención (esto es, desde el mes de Octubre de 2009), justificando tal incremento cuantitativo en tres circunstancias: en primer término, en el aumento de las necesidades y gastos de la hija mayor al cursar estudios universitarios (Licenciatura en Derecho) en la Universidad Rey Juan Carlos, de Fuenlabrada; en segundo lugar, en la situación de desempleo de la madre, y, finalmente, en el incremento de los ingresos económicos del actor reconvenido, tanto por su profesión, como por cantidades depositadas en cuentas bancarias y patrimonio inmobiliario.

Con el máximo rigor, forzosamente ha de reconocerse —una vez apreciada en su conjunto la prueba practicada en este Juicio (e incluso también por notoriedad)— que los tres presupuestos anteriormente referidos han quedado cumplidamente acreditados en este Proceso. Ciertamente, las necesidades de la hija, hoy mayor edad, no son las mismas ahora —que cuenta con veintitrés años de edad y cursa estudios universitarios en localidad distinta a la de su lugar de residencia— que en el momento en el que se fijó la obligación alimenticia en Sentencia de fecha 9 de Octubre de 1995, hecho que —entendemos— es notorio. Por lo demás, la circunstancia de residir en localidad distinta a la de su domicilio familiar y el coste que supone el realizar estudios universitarios (estancia en vivienda alquilada, residencia de estudiantes o colegio mayor, matrículas, material de estudio, manuales y los demás gastos ordinarios, directos e indirectos, de asistencia habitual y diaria) determinan, indudablemente, la revisión al alza del importe de la pensión alimenticia; sin que sea razonable el que se exija a la hija el que desempeñe ocupaciones laborales esporádicas para subvenir a sus necesidades cuando los padres gozan de la suficiente capacidad económica y, por tanto, tienen la obligación de hacerlo. A ello, ha de añadirse el que la madre cuenta con una exigua capacidad económica, alternando en el empleo —como ya se ha dicho— periodos de ocupación laboral y de desempleo, lo que no excluye, ciertamente, el que tenga que contribuir a la prestación alimenticia de su hija en función de su capacidad económica, reducida —insistimos— pero existente y también notablemente inferior a la del padre. Y, finalmente y, sin que sea preciso profundizar en este extremo, el padre, en su condición profesional de Secretario Interventor de Habilitación Estatal, Categoría Tercera, Grupo A-1, cuenta con unos ingresos de notable entidad que deter-

minan la realidad de una importante capacidad patrimonial, que puede concretarse, sin ánimo de exhaustividad, en la existencia de propiedades inmobiliarias, posiciones acreedoras bancarias y, con una base imponible general, en la última Declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que consta incorporada a las actuaciones, de 91.608,07 euros. Y a ello no empece, sin duda, el que el demandante reconvenido tenga o sostenga a otros dos hijos menores de edad, en la medida en que esta circunstancia no justifica la desatención de su hija mayor de edad (ni tampoco, evidentemente, las de sus dos hijos menores) cuando sus necesidades, objetivamente consideradas, precisan la elevación cuantitativa de la pensión de alimentos que el padre se encuentra en condiciones económicas de poder asumir.

De este modo, considerando las necesidades actuales de la hija, en las condiciones expuestas, y la capacidad económica, tanto del padre como de la madre, y, en aplicación del artículo 147 del Código Civil (los alimentos, en los casos a que se refiere el artículo anterior —la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe— se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos), este Tribunal estima procedente elevar el importe de la pensión de alimentos que, a favor de la hija mayor de edad, abona el padre, así como mantener tal importe en la cantidad que ha sido fijada en la Sentencia recurrida (800 euros mensuales), cantidad que entendemos adecuada y proporcional a las circunstancias de todo orden concurrentes y, por tanto, justa, en la medida en que no excede del coste natural de las necesidades reales de la hija mayor, atendiendo, asimismo, a la obligación que, por tal concepto y en función de su capacidad económica, corresponde a la madre.

Finalmente, en el Suplico del Escrito de Interposición del Recurso, la parte actora reconvenida y apelante solicitó, con carácter subsidiario, el mantenimiento de la pensión de alimentos en la cantidad que se viene abonando (364,48 euros mensuales), estableciéndose, además, la obligación del padre de abonar el 60% de los gastos extraordinarios de la hija mayor, previa justificación de los mismos. Tal pretensión no puede ser atendida (ni incluso contemplada en esta sede) en la medida en que constituye un hecho absolutamente nuevo, que no fue objeto de alegación en el momento procesal oportuno de la primera instancia (es decir, en el Escrito de Oposición a la Reconvención), que no fue objeto de la debida contradicción entre las partes, que no fue resuelta en la Sentencia recurrida y que, por tanto, resulta de imposible examen en esta segunda instancia.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Que en el convenio regulador se pactara la extinción de la pensión compensatoria cuando el esposo se jubilase no impide la aplicación de las causas generales previstas en el art. 101 del CC, y en este caso la convivencia marital, siendo indiferente que la persona con quien convive la ex esposa esté en el paro.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Pilar Fernández Alonso**

La sentencia de Modificación de Medidas Definitivas de Divorcio dictada en primera instancia declaró extinguida la pensión compensatoria en su día establecida a favor de la demandada y con cargo al actor, señor Jesús y contra ella se alza en apelación la parte demandada, señora Paula, interesando su revocación y la desestimación de la demanda alegado error en la apreciación de la prueba e indebida aplicación del Art. 101 del código civil, pues las partes solo fijaron una cau-

sa de extinción de la citada pensión, de ahí que no resulte aplicable lo dispuesto en el artículo citado. También alega que tanto la demandada como su compañero sentimental se encuentran en desempleos mientras que el actor dispone de unos elevados ingresos mensuales.

Las medidas acordadas en un proceso de separación o divorcio deben permanecer incólumes en tanto subsistan las circunstancias que condicionaron su sanción judicial, pudiendo tan sólo ser modificados cuando se hayan alterado sustancialmente tales circunstancias, o, con carácter mucho más específico, en lo que concierne a la pensión por desequilibrio, en los supuestos de alteración sustancial de la fortuna de uno u otro cónyuge en orden a su modificación cuantitativa (Art. 100 CC), o caso de cese del desequilibrio, nuevo matrimonio, o convivencia marital del acreedor, a los efectos de su extinción (Art. 101 CC), debiendo tenerse en consideración que la causa de extinción de la pensión por convivencia marital con otra persona, se configura como una forma de cese del derecho que supone la realidad de una convivencia permanente y estable que viene a generar una relación *more uxorio*, similar a la del modelo matrimonial, que precisa la nota de estabilidad, esto es alejado de la situación meramente esporádica o circunstancias, aunque no tenga que ser definitiva en el tiempo, ni se exige se perpetúe inexcusablemente.

Pues bien, en la sentencia de divorcio cuya modificación se interesa por el señor Jesús, las partes acordaron que éste abonaría una pensión compensatoria a la señora Paula; pensión que se descomponía en el pago de 60.000 euros a razón de 1.000 euros al mes, y una vez alcanzada dicha suma, o mas concretamente la de los 21.000 €, que restaban toda vez que la pensión compensatoria se fijo en la sentencia de separación, se abobarían 300 euros mensuales hasta que se produjera la jubilación de aquel.

Por lo tanto, al margen de las causas de extinción previstas en el Art. 101 del código civil, las partes pactaron en uso de la autonomía de la voluntad ex Art. 1255 código civil, como causa especifica de extinción, la jubilación del deudor. Jubilación que a la fecha de la demanda no se había aún alcanzado.

Lo cierto es que el deudor alega como causa de cese, la convivencia marital de la demandada con tercera persona, señor Alfonso y esta causa, por lo demás no negada y admitida expresamente por la recurrente, se contempla legalmente por el art 101 del código civil como causa de extinción de la pensión compensatoria, al margen de cual sea la situación económica de la beneficiaria y de su actual compañero sentimental, situación que por lo demás no consta en las actuaciones.

Dada la situación de dificultad y en cualquier caso precariedad laboral que en la actualidad existe como consecuencia de la crisis económica, la posibilidad de que la esposa adquiera un nivel estable y suficiente de ingresos para atender sus necesidades propias difícilmente se puede alcanzar en el periodo de un año que la sentencia de instancia establece, por lo que estimamos más adecuado prolongar el plazo hasta tres años.

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Íñigo Madaria Azcoitia**

En materia de pensión compensatoria, la juzgadora de instancia hace una razonada y razonable aplicación del art. 97 del Código Civil, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, entre las cuales destaca la actividad laboral precedentemente desarrollada por la recurrente, así como su edad y la disponibilidad para retomar la actividad laboral, interrumplida como consecuencia de la dedicación al cuidado de los hijos. A ello cabe añadir que la dedicación a la familia, como consecuencia del régimen de custodia compartida, no es plena y ello propicia una posibilidad mayor en el ámbito laboral.

Asimismo, conforme a las circunstancias económias de la familia y la equilibrada distribución de cargas, resulta adecuada la suma de

200 euros mensuales establecida en la sentencia de instancia, pues se deben tener en cuenta todas las circunstancias, cual es la mayor contribución económica del padre en los alimentos y formación de los hijos y la disponibilidad permanente del uso de la vivienda familiar por parte de la recurrente. Circunstancias valorables a efectos de mitigar el desequilibrio económico y el empeoramiento en la situación de la recurrente, referentes que delimitan el derecho a percibir la pensión compensatoria.

No obstante, teniendo en cuenta la duración del matrimonio, celebrado en el año 2000, y el periodo de dedicación a la familia, habiendo renunciando la recurrente al trabajo remunerado desde el año 2003, podemos estimar que dada la situación de dificultad y en cualquier caso precariedad laboral que en la actualidad existe, como consecuencia de la crisis económica, la posibilidad de adquirir un nivel estable y suficiente de ingresos, para atender las necesidades propias, dificilmente se pueda alcanzar en el periodo de un año que la sentencia de instancia establece como límite temporal para el derecho a percibir la pensión compensatoria, y por ello estimamos más adecuado prolongar el plazo hasta tres años, desde la fecha de la sentencia de instancia.

La extinción de la pensión compensatoria por haber contraído la ex esposa nuevo matrimonio motiva que también se extinga el pacto por el que el ex esposo se obligaba a seguir manteniendo la póliza médica en favor de aquella.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 30 de marzo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Carmen Neira Vázquez**

La dirección Letrada de la parte apelante interesando la revocación de la resolución recurrida pidió se dicte resolución por la que se desestime la oposición a la ejecución y se mande continuar adelante la misma y condenar en costas al ejecutado y alega entre otras razones que la finalidad de la pensión compensatoria es la de compensar el desequilibrio que se produce por la ruptura matrimonial colocando 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, sin que ello implique equiparación de economías dispares. Y explica cuestiones concernientes a la libertad de las partes.

Por su parte Don Constancio pide que se desestime el recurso y alega entre otros razonamientos que entre las necesidades se encuentra la de asistencia médica, y concluye señalando el carácter abusivo de la pretensión ejercitada.

Se acuerda dejar sin efecto alguno la ejecución en los términos interesados en la demanda ejecutiva, es decir, el requerimiento de que D. Constancio cumpla estrictamente lo acordado en sentencia de fecha 21 de mayo de 2008, la cual aprueba el CR de fecha 26 de febrero de 2008, respecto de seguir manteniendo y sufragando la póliza médica que tiene concertada con Previasa, o con otra Sociedad médica similar a favor de su esposa e hijas.

Dicho CR estipuló entre otras medidas después de indicar que la madre continúa en el uso del domicilio familiar como contribución al levantamiento de las cargas familiares y pensión alimenticia una determinada cantidad con abono de gastos escolares y clases extraordinarias entre otras, y asimismo se expresa que: del mismo modo se compromete el Sr. Constancio a seguir manteniendo y sufragar la cuota de la póliza médica que tiene concertada con Previasa, o con otra Sociedad médica similar, a favor de su esposa e hijas y a mantener a las tres de alta en la Tarjeta sanitaria de la SS del que él sea titular, otorgando a continuación una pensión compensatoria.

El motivo o causa que justifica la decisión que ahora se apela es el hecho de haber contraído nuevo matrimonio la apelante, y ello en tanto en cuanto —se dice— en su momento también se extingue la pensión compensatoria, con cuya

medida o instrumento de equilibrio se establece una vía analógica o comparativa, desde el punto de vista conceptual de su contenido y finalidad.

Y es así que con relación a dicha institución compensatoria, la interpretación del párrafo primero del art. 97 del CC, se deduce el sentido de que la pensión compensatoria está encaminada a conservar por parte del cónyuge más desfavorecido, el nivel de vida del que éste gozaba durante el matrimonio. No se trata de una pensión alimenticia en sentido estricto; sin embargo, de alguna manera se aproxima a los alimentos, ya que los criterios de determinación que se ofrecen al Juez se basan en no pequeña medida, en circunstancias que se refieren a las necesidades de uno y otro cónyuge.

De esta forma el cónyuge que tiene derecho a pensión ha de estar desfavorecido al ser su posición posterior al matrimonio considerablemente inferior a la que gozaba durante el mismo, siendo razonable que se reciba pensión por quien la necesite y mientras se necesite, sin que en los preceptos del código civil se imponga la obligación de intentar mejorar la fortuna a través del trabajo o del acceso a una superior cualificación.

Estos son los parámetros que se contienen entre otras en las circunstancias que el legislador reguló en el número 8 del artículo 97 del CC, al definir el contenido, la extensión y límites de dicha pensión compensatoria, debiendo recordar a estos efectos que esa vertiente alimenticia de la compensación se integra con los parámetros que el artículo 142 del CC, establece al desglosar el concepto alimenticio, para cuya dimensión cuantitativa es importante conocer y valorar el alcance de la asistencia sanitaria a la que también tiene derecho el beneficiario de dicha pensión alimenticia y por deriva compensatoria.

Y es precisamente en este engarce donde tiene plena cabida y acomodo la medida pactada entre las partes cuando estipulan que el ahora apelado afrontaría el pago de la póliza médica de la madre e hijas, siendo claro que dicho documento ampara la cobertura de las necesidades sanitarias y relativas a la salud de la ejecutante, que afecta a su atención primaria o sanitaria en general con la prestación de los servicios clínicos o de atención de todos aquellos gastos médicos que la beneficiaria causara.

Tales conclusiones no desvirtúan el hecho de que la referida estipulación del convenio sin duda tenga plena vigencia en los términos del artículo 1255 del CC, en las circunstancias correspondientes, en cuanto supone la expresión de la libre voluntad de los contratantes a cuyos términos han de ajustarse la ejecución de lo pactado, que obviamente conlleva la extinción de la pensión compensatoria, una vez contraído matrimonio la beneficiaria y también la supresión de cuantas medidas traten de cubrir las necesidades personales o vitales de la misma en las áreas alimenticias del sustento, habitación, vestido y asistencia médica, en general, y aquellas que contempla el citado artículo 142 de la Ley civil, en particular, todo lo cual determina en este punto el rechazo de este motivo de apelación y conduce a confirmar la resolución recurrida.

Aunque la esposa pidió que se fijase una pensión compensatoria de 400 euros al mes, que debían ser 800 euros mensuales si era despedida del trabajo que prestaba para la empresa del esposo, habiéndose acreditado la renovación del contrato, la pensión se fijó en la sentencia en 400 euros, sin que un eventual despido pueda ser causa para pedir un aumento de la pensión, dado que aquella no ha formulado recurso de apelación para que se contemple tal eventualidad.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado**

La sentencia de primera instancia, cuya parte dispositiva ha sido trascrita, es apelada por el demandante, que con una valoración de la prueba distinta pretende que se revoque la pensión com-

pensatoria y la compensación económica que la sentencia apelada fija a favor de la demandada. Ésta se opone y pide la confirmación de la sentencia apelada.

Ninguna de las partes hace petición alguna sobre la inconsistencia de la sentencia apelada al atribuir el uso de la vivienda familiar hasta su división y adjudicación y, al mismo tiempo, acordar la división con respeto del derecho de uso atribuido. El principio de rogación impide su subsanación en esta alzada.

Como cuestión previa, debemos señalar que la demandada no reconvino pero no por ello debe concluirse que sus pretensiones no han sido debidamente introducidas en el debate. El demandante pidió en su demanda que no se fijara pensión compensatoria ni compensación económica, introduciendo sí los temas en el debate y haciendo innecesaria la reconvención. Por ese motivo, las protestas sobre posteriores alegaciones y pruebas del demandante han de ser rechazadas, pues no cabía otra alternativa para evitar su indefensión que realizarlas y aportarlas en la vista, al faltar el trámite de contestación a la reconvención donde combatir y desvirtuar los hechos alegados como base de esas pretensiones.

Las partes están de acuerdo en que el régimen de su matrimonio ha sido el de separación de bienes del derecho catalán, que permite la aplicación del artículo 41 del Codi de família de Catalunya (CF). Debe analizarse esa pretensión en primer lugar, según el artículo 84.2.d. CF, contrariamente a lo que hace la sentencia apelada.

Durante la convivencia se ha generado un incremento patrimonial superior en el caso del demandante, comparado con el de la demandada. Ambos adquirieron por compra la mitad indivisa del domicilio familiar, sito en Barcelona, calle …, n.º …, … …, y su plaza de aparcamiento, según escritura de 12 de enero de 2001. No ha quedado probado lo que alega el demandante, que la entrega inicial para la adquisición procedía de la venta, el 23 de abril de 2001, por el precio de 110.586,23 euros, del antiguo domicilio familiar sito en Barcelona, avenida …, núm. …, … …, que era propiedad exclusiva del demandante; ni que la hipoteca del nuevo domicilio fuera amortizada el 4 de febrero de 2002 con los 129.217,60 euros (21.500.000 pesetas) obtenidos por la venta, el 21 de marzo de 2000, de la mitad indivisa del piso sito en Barcelona, calle …, núm. …-…, … …, heredada según inventario de 7 de junio de 1999. La primera aportación no queda probada porque la vivienda de calle … fue adquirida por el precio de 137.631,77 euros, financiado con una hipoteca de 144.242,91 euros (superior al precio, como era habitual en esos momentos) y no hay indicios de entrega inicial con el llamado dinero «negro» o fiscalmente opaco. La amortización solo consta mediante un apunte en una libreta de ahorros, que no contiene más datos sobre la hipoteca o finca afectada. Podría tratarse de una amortización de hipoteca de otro bien. Esas alegadas y no probadas aportaciones estarían sujetas al régimen del artículo 39 CF, donación del demandante a la demandada, y serían imputables a la hipotética compensación [cf. artículo 232-6.2 del Codi Civil de Catalunya (CCC)], pero no entran en juego al no haber sido probadas por quien las alega.

El piso donde se ubica el despacho profesional del demandante, sito en Barcelona, avenida …, n.º …, … …, es propiedad exclusiva suya. Fue adquirido el 13 de febrero de 1990 por 5.000.000 de pesetas, con una hipoteca de 5.500.000 pesetas. Tanto en el interrogatorio de las partes (DVD, 00:34:56, 01:00:15), como en el posterior de la asistenta/limpiadora, el juez *a quo*, de manera poco acertada para la constatación de los hechos relevantes y el respeto a los intereses de las partes, no permite aclarar la fecha en que los litigantes iniciaron su convivencia. Aunque la sentencia apelada concluye que fue en febrero de 1989, antes del 12 de julio de 1992 (fecha del matrimonio) y antes de la compra de ese bien, ese extremo no queda claro a juicio de la sala, pero el pago del precio, en su parte sustancial, mediante el pago de las cuotas hipotecarias durante el matrimonio rebaja la importancia del dato hasta hacerlo poco significativo. El valor actual del inmueble (folio 291) sin cargas (no alegadas ni probadas por el demandante) es de 311977 euros. Ése es el incremento patrimonial diferencial en favor del demandante. Y sobre una cuarta parte de ese incremento fija la sentencia apelada la compensación.

La sala comparte ese parámetro pero no la cuantificación de la compensación en el máximo

posible (por aplicación del artículo 232-5.4 CCC como criterio interpretativo del artículo 41 CF).

La demandada, hoy de 57 años, ha trabajado como auxiliar administrativa en el despacho profesional del demandante desde enero de 1991 a enero de 1992, como trabajadora autónoma; sin contrato, desde esa fecha hasta 1/1/2000; desde esa fecha hasta 30/12/2009, de nuevo como autónoma; y desde entonces como asalariada del demandante (tras el divorcio debía ser contrato laboral). Siempre ha trabajado en jornada completa, pero con sueldo equivalente a media jornada (entre 500 y 600 euros al mes), salvo ahora que tiene un sueldo de 865 euros mensuales. La dedicación al hogar no consta que haya sido mayor por parte de uno u otro; el matrimonio no tiene hijos.

La compensación debe indemnizar la dedicación al negocio del demandante con una retribución insuficiente, pero existente, de manera que el máximo de la cuarta parte del incremento diferencial es excesivo. Resulta más adecuada la cantidad de 30.000 euros.

El apelante reprocha a la sentencia apelada incongruencia por otorgar más de lo pedido. Tal es el caso. La demandada pidió 400 euros al mes, que debían ser 800 euros mensuales si era despedida de su trabajo. Ese hecho no se ha producido (de hecho, ha sido contratada laboralmente) y, a falta de cumplimiento de la condición, el límite máximo son 400 euros al mes.

Si, tras la presente sentencia, se produjera el despido, sujeto a la voluntad del demandante, la demandada no podría pedir una modificación de la pensión al alza, inviable según el artículo 84.3 CF, de suerte que podría preverse tal eventualidad según el artículo 80.2 CF, pero la ausencia de impugnación de la sentencia o de apelación por parte de la demandada impide a la sala esa previsión, pues constituiría una reformatio in peius para el apelante, prohibida por el artículo 465.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

Además de los datos patrimoniales de ambos y de ingresos de la demandada, antes señalados, ha quedado acreditado que el demandante declaró a efectos de IRPF de 2008 la suma de 12.720,70 euros por trabajo y 1.053,43 por ingresos de su despacho. En 2009 fueron, respectivamente, 10.129,08 y 1.679,31. Sin embargo, hay indicios de mayores ingresos. Las declaraciones del IVA, aunque no tan definitivas como pretende la demandada, combinadas con otros datos, dan mejor idea de los ingresos reales del demandante. La facturación media mensual en los tres primeros trimestres de 2010 fue de unos 4.400 euros. Consta que satisface el coste de un delineante (624 euros mensuales) y el salario de la propia demandada (861 euros al mes), más el coste de cotizaciones (unos 400 euros al mes), de manera que el rendimiento mínimo está entre 2000 y 2.400 euros mensuales.

Con esos datos, la cuantía de 400 euros mensuales es adecuada para requilibrar la situación de ambos litigantes según quedan tras el divorcio en relación a su situación durante la convivencia, según el artículo 84 CF.

Debe reducirse la cuantía de la pensión compensatoria dado que el ex esposo ha de atender los gastos de hija menor de edad que con convive con él, nacida de la relación sentimental con una tercera persona, y por otro lado la ex esposa ha mejorado de fortuna como consecuencia de percibir la pensión de jubilación que antes no recibía.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón**

La sentencia de separación dictada en proceso consensuado, aprobó el convenio regulador de medidas suscrito por los cónyuges y ratificado en presencia judicial. La fecha de la indicada resolución es la de 12 de marzo de 1997.

En el convenio regulador, además de liquidar los bienes de la sociedad de gananciales, se constituyó una pensión compensatoria por desequilibrio económico en favor de la esposa, por un importe de 150.000 pesetas mensuales, al

reconocerse un empeoramiento de su situación constante al matrimonio, por carecer de empleo, mientras que su consorte percibía ingresos por trabajo personal en las entidades empresariales COMERCIAL DEL RELIEVE, S.A. y COM RELIEVE, S.L.

En la demanda del presente proceso de divorcio se postulaba el cese de la pensión compensatoria por desequilibrio económico, al haberse producido un empeoramiento de la capacidad económica del obligado a la prestación, comparándola con la que tenia en el proceso de separación.

Se ha de tener en cuenta que el hecho de percibir la demandada en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, por acuerdo de los suscribientes del convenio regulador de la separación, determinados bienes inmuebles, una suma dineraria en forma de capital y acciones del Banco Sabadell, no constituye base en la que sustentar el cese de la pensión compensatoria, pues el esposo obtuvo, por el hecho de la liquidación de la sociedad de gananciales, otro lote de bienes de semejante valor.

El esposo ha venido atendiendo la pensión compensatoria en favor de la ex esposa y la hipoteca de la vivienda de Calafell, según lo estipulado en el convenio regulador.

La situación actual en el tiempo del divorcio, respecto a la demandada, es la de haber pasado a no recibir remuneración alguna en la causa de separación, a una situación de jubilación, con el percibo de una pensión de 440,88 euros mensuales.

El accionante se encuentra ahora en situación de incapacidad total permanente para el ejercicio de su profesión habitual, recibiendo una prestación de 842,20 euros mensuales, según prueba documental admitida e incorporada en la presente alzada procedimental. Si bien se ha incorporado al proceso los ingresos declarados en IRPF del año 2009, en cuantía de 11.735,61 euros, la parte interesada no ha acreditado que no se repartan ingresos del cargo de Administrador de las ocho empresas identificadas en las actuaciones, que las mismas estén inoperantes o en situación de insolvencia. Tampoco aporta prueba eficaz sobre el estado de las empresas de las que obtenía ingresos en el momento de la separación COMERCIAL RELIEVE, S.A. y COM-RELIEVE, S.L.

Sí ha de ponderarse no obstante las consideraciones dichas sobre la situación económica del actor, que el mismo ha de atender los gastos de hija menor de edad que con el convive, nacida de la relación sentimental con tercera persona, con el abono por parte de su madre, por decisión judicial, de una pensión de tal solo 80 euros mensuales.

Si a ello aunamos que la demandada ha mejorado de fortuna, por consecuencia del percibo de la pensión de jubilación, que antes no recibía, consideramos aquilatada la sentencia de primera instancia, en el sentido de proceder al mantenimiento de la pensión compensatoria en favor de la contraparte, al estar todavía presente la situación de desequilibrio económico, si bien con una reducción de su cuantía, por las circunstancias sobrevenidas descritas, estableciéndola en un importe de 900 euros mensuales, tal como ha dictaminado acertadamente la sentencia apelada.

Se extingue la pensión compensatoria, pues en el informe de seguimiento de la ex esposa los días 26, 27 y 28 de enero de 2011 se muestra al tercero entrando y saliendo durante esos días del domicilio de aquella, con diferente ropa, unas veces solo, otras con ésta y/o con los niños, conduciendo indistintamente dos automóviles que serían al parecer uno de cada miembro de la pareja, situación propia de una aparente convivencia en el domicilio de la demandada.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 23 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Antonio Soto-Jove Fernández**

Reitera el demandante en su recurso su petición de extinción de la pensión compensatoria reconocida a su cargo y a favor de su ex-esposa en Sentencia de Divorcio de 21 de Mayo de 2008

asentada en el hecho de la convivencia marital de aquella con D. Claudio, pretensión rechazada por el Juez de instancia que consideró que la indiscutida relación de noviazgo entre la demandada y D. Claudio no es asimilable a una convivencia *more uxorio*, acreditando el soporte probatorio una residencia de éste en el domicilio de aquella puntual o esporádica debiendo el actor haber aportado otros testigos (ex-pareja de D. Claudio y vecinos) para superar la dificultad probatoria de situaciones como la relatada por la demanda y mostrar dicha convivencia como algo estable y duradero.

Queda pues fuera del debate en esta alzada la aislada referencia del escrito rector a trabajos intermitentes de la demandada, centrándose en la causa extintiva de la pensión del art. 101 C.C. de convivencia marital con persona distinta al ex-cónyuge, causa con relación a la que aparecen intranscendentes las alegaciones y aportaciones documentales de la demandada sobre situación durante el matrimonio y al momento del divorcio, sobre convivencia del demandante con Doña Ana y aportación económica a la misma, sobre una operación bancaria efectuada por el actor supuestamente equívoca y perjudicial para ella o sobre ingresos actuales del apelante, resultando acreditado que D. Claudio está empadronado en la localidad de Hevia (en casa de su madre al parecer), indicando su ex-esposa doña M.ª Yolanda este domicilio al promover procedimiento de ejecución de títulos judiciales núm. 1090/2010, y deviniendo inútiles las alusiones de ambas partes al procedimiento ETJ 103/2011 donde se mencionaría el tema de la coincidencia de los fines de semana en que la demandada permanece con sus hijos con los de estancia de D. Claudio con el suyo toda vez que dicho procedimiento no consta incorporado en el presente proceso.

Delimitado el objeto del proceso en esta alzada a la convivencia marital controvertida, coincide el Tribunal con el Juez a quo en el reconocimiento de la dificultad probatoria de la misma pero no así en la conclusión que alcanza. Con la demanda se aportó informe de seguimiento de la demandada los días 26, 27 y 28 de Enero de 2011 que muestra a D. Claudio entrando y saliendo durante esos días del domicilio de Doña Noelia, con diferente ropa, unas veces solo, otras con ésta y/o con los niños, conduciendo indistintamente dos automóviles que serían al parecer uno de cada miembro de la pareja, calificando la detective autora del informe en la vista la situación como la propia de una aparente convivencia en el domicilio de la demandada, apreciación que se asume como correcta al relatarse en la contestación que al causar baja laboral por motivo médico D. Claudio el 12 de Noviembre de 2010 en el mes de diciembre había decidido ir a casa de la demandada «al menos mientras durara la baja médica», que se mantenía conocidamente el 29 de Abril de 2011, secuencia que minora o excluye la repercusión a fines deductivos de la circunstancia de que el seguimiento de la detective se constriñó a tres jornadas sucesivas a finales del mes de Enero de 2011, pues en todo caso desde el mes anterior se hubiese constatado idéntica situación a la contemplada durante la confección del informe y ello claro está con independencia del empadronamiento administrativo de D. Claudio que no es obstáculo a su indiscutida y prolongada estancia en el domicilio de la apelada.

Lo expuesto parece exceder de la convivencia durante algunos días por circunstancias puntuales asumida por el Juzgador, muestra un propósito y hábito de vida en común, socialmente exteriorizado con los visos de continuidad y estabilidad que caracterizan una relación de convivencia marital que bajo pautas de realidad social del art. 3-1 C.C. no exige una cohabitación absolutamente ininterrumpida o una conjunción en bienes o recursos económicos, matiz de perdurabilidad del vínculo de pareja que confirma el ilustrativo hecho de que ya en las Navidades de 2009 D. Claudio indicase a su ex-esposa como dirección a la que debía de mandar la solicitud del periodo vacacional con el hijo común el domicilio de Doña Noelia —d. 3 demanda—, que reconoce también que aquel pasó en su casa las vacaciones navideñas de dicho año, convivencia a fines de 2009 mantenida cuando menos en Diciembre de 2010 y Enero de 2011 que reviste los caracteres de permanencia propios de una relación asimilable a la matrimonial y que exige entender concurrente la causa extintiva de la pensión compensatoria.

La convivencia *more uxorio* de la ex esposa con un tercero es causa de extinción de la pensión compensatoria, por más que pudiera haberse interrumpido en la actualidad tras dictarse orden de alejamiento. La testifical del hijo es decisiva al declarar que la madre inició una relación sentimental con otro hombre hace varios años, relación que sigue manteniéndose en la actualidad aun cuando haya presentado varias denuncias por malos tratos.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro**

Se alza el apelante Don Jesús Carlos contra la Sentencia de fecha 3 junio 2011 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Oviedo en el Procedimiento de Divorcio 8/2011, alegando en el recurso su disconformidad con el pronunciamiento por el que se rechaza el pedimento contenido en el escrito de demanda dirigido a que se declarase extinguida, o subsidiariamente reducida, la pensión económica que el Sr. Jesús Carlos viene obligado a satisfacer mensualmente a su esposa Doña Gregoria desde la Sentencia de fecha 5 mayo 1999 en la que declaraba la separación del matrimonio y se reconocía aquel derecho a Doña Gregoria. Sostiene el apelante que de la prueba obrante en el proceso debe tenerse por acreditada la existencia de una relación more uxorio que mantuvo la demandada con una tercera persona, por más que dicha relación pudiera haberse interrumpido en la actualidad tras haberse dictado una orden de alejamiento, todo lo cual así resulta a la vista de la declaración testifical prestada por el hijo de la pareja y de las distintas actuaciones judiciales seguidas por violencia de género, razón por la que se insiste en el pedimento contenido en su demanda.

Conviene comenzar el examen del motivo del recurso advirtiendo que nuestro Alto Tribunal, en la muy reciente STS 9 febrero 2012, ha venido a precisar el alcance y contenido que debe merecer el concepto de «vida marital» empleado por el art. 101 C.Civil como causa extintiva del derecho a la pensión compensatoria que hubiera sido reconocida a cualquiera de los cónyuges para remediar el desequilibrio económico que le hubiera generado la separación o el divorcio. Así, la señalada resolución, tras exponer las distintas posturas que a este respecto venía manteniendo tanto la doctrina como las Audiencias Provinciales, admite un criterio flexible a la hora de delimitar los contornos de esta situación declarando que «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». Es por ello que el Alto Tribunal concluye declarando que la relación examinada en aquella ocasión merecía la calificación de «vida marital» a los efectos del art. 101 C.Civil al tratarse de una relación sentimental que duró un año y medio; que lejos de ocultarse se había exteriorizado como pública en actos sociales, ante amigos y familiares; que aún cuando no había existido una convivencia continuada bajo el mismo techo, sí se habían producido permanencias y/o visitas de uno en el domicilio del otro, encuentros que eran públicos al haber acudido la pareja a establecimientos hosteleros de la ciudad y sus alrededores; y finalmente que las relaciones tuvieron las características de permanencia, pues 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.

Pues bien, en el supuesto enjuiciado en la presente alzada habremos de partir de los escasos elementos probatorios de que disponemos para valorar las características de la relación discutida, y así encontramos primeramente que la declaración testifical prestada por el hijo del matrimonio, David, es suficientemente clara al exponer que su madre inició una relación sentimental con otro hombre hace unos 4 ó 5 años, relación que sigue manteniéndose en la actualidad aún cuando haya presentado varias denuncias por motivo de malos tratos. Ciertamente no aparece demostrado que Doña Gregoria haya convivido durante

este tiempo en el mismo domicilio de la persona con quien comenzó su nueva relación, pues mientras Mario residía en Lugo de Llanera, Doña Gregoria lo hacía primeramente en la localidad de Viella (así figura en la denuncia presentada por ella el 23 mayo 2009 ante la Guardia Civil) y posteriormente en una pensión sita en la calle Foncalada (Oviedo). Ahora bien, lo anterior no excluye la constancia cierta de que Doña Gregoria acudía con mayor o menor frecuencia al domicilio del primero, pues así el 23 mayo 2009 la Guardia Civil tuvo que acudir a la vivienda de Lugo de Llanera ante una llamada de auxilio con ocasión de los malos tratos de que estaba siendo objeto Doña Gregoria, relatando ésta ante la Guardia Civil que «ha sufrido malos tratos desde el inicio de su relación hace mas de un año, y que siempre lo ha tapado pero que ya no podía más», a lo que se une un episodio semejante ocurrido el 6 abril 2009 en que la Guardia Civil tuvo que acudir también al domicilio de Lugo de Llanera por la misma razón. Consta también la denuncia presentada por Doña Gregoria ante la Policía Nacional el 4 octubre 2010 en la que refiere que «durante dos años y seis meses y hasta el pasado mes de junio del presente año, la denunciante mantuvo una relación de pareja sin convivencia con su ex compañero sentimental llamado Mario... que el motivo del cese de la relación, fue un episodio de malos tratos por el cual la denunciante presentó una denuncia en esta Comisaría». Finalmente disponemos de la manifestación prestada ante la Guardia Civil por el testigo Juan Manuel, camarero del Pub «Be Cool», sito en Lugo de Llanera, quien expone que «conoce a Gregoria y a Mario, ya que son clientes de su establecimiento, y que son una pareja que acostumbra a beber en exceso y que han tenido varias discusiones entre ellos».

Llegados a este punto y del conjunto del datos expuestos la conclusión no puede ser otra que la de entender que la relación mantenida por Doña Gregoria con Don Mario reúne las notas características arriba descritas para poder ser calificada como «vida marital» o convivencia *more uxorio*, pues tuvo una duración suficiente, se mantuvo estable durante ese tiempo, y se manifestó como tal al exterior en el ámbito de su círculo social, y ello con independencia de que la relación entre ellos distara mucho de ser pacífica o de que se hubiera interrumpido en un momento dado para ser retomada de nuevo tiempo más adelante, como así lo declara expresamente el hijo del matrimonio al testificar que su madre había reanudado su relación con Mario en la fecha en que se celebró la vista, consideraciones todas ellas que conducen en definitiva a la estimación del recurso y en consecuencia a declarar extinguido el derecho a la pensión compensatoria.

CONVENIO REGULADOR

Que no se fije límite temporal a la obligación que asumió el esposo en el convenio regulador no es causa para pedir la nulidad de la cláusula.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 26 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Ercilla Labarta**

Se plantea en primer lugar por la parte apelante la nulidad de la cláusula contenida en la estipulación tercera apartado A del convenio regulador de divorcio de fecha 1-5-06, que ratificado por las partes fue homologado por sentencia judicial de 1-6-2006, la cual y dentro de la contribución a las cargas del matrimonio, literalmente establece: «Don Casiano abonará a D.ª Delfina, la cantidad de 600 euros mensuales, dentro de los cinco primeros días de cada mes a partir de la sentencia de divorcio matrimonial, en la cuenta y entidad bancaria que se designe para ello». No se aprecia en principio, ni tampoco se alega una causa clara de nulidad, pues aparece concurrir en el mismo el consentimiento, objeto y causa suficiente y licita para determi-

nar la plena eficacia de dicho acuerdo. Alega el apelante la vulneración del art. 1256 del Código Civil, en cuanto entiende que queda a voluntad de una de las partes el cumplimiento o eficacia del acuerdo, cuestión esta que no puede prosperar, pues no es cierto que quede al arbitrio de una de las partes la ejecución del contrato, sino que precisamente el mismo deviene eficaz y de obligado cumplimiento por acuerdo de ambas, y si lo que se alega es simplemente que no se ha señalado plazo final de cumplimiento, ello no determina una nulidad de pleno derecho como se solicita, sino en su caso una interpretación y concreción de dicha fecha, lo cual puede realizarse por acuerdo de las partes o por resolución judicial, si bien estando incluido dicho acuerdo dentro de las cargas matrimoniales, lo lógico sería pensar, como incluso insinúan ambas partes, que la obligación cesase cuando cesasen esas cargas, pero en modo alguno dicha cuestión puede entenderse determinante de nulidad alguna, en particular cuando no ha existido, ni alegado vicio del consentimiento que invalidase lo acordado.

CUESTIONES PROCESALES

Siendo cierto que en materia de familia, cuando se trata de medidas que afecten a menores, el Tribunal puede actuar de oficio, sin regir el principio de disponibilidad de las partes ni el rogatorio, no es menos cierto que ello no permite adoptar pronunciamientos sobre cuestiones no debatidas.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Carrillo Vinader**

Se interesa la nulidad del pronunciamiento por el que se reduce el importe de la pensión de alimentos y ello porque fue planteado por el demandado por vía reconvencional y el Juzgado inadmitió la reconvención, sin que se haya practicado prueba sobre la misma ni se haya sometido a contradicción entre las partes, pues a la actora no se le dio oportunidad de contestar a la misma y tampoco se ha practicado ni propuesto prueba sobre ese extremo.

Efectivamente, al contestar a la demanda el Sr. Iván reconvino con la pretensión de reducir el importe de la pensión de alimentos que tenía señalada, pero el auto de 20 de mayo de 2010 (folios 90 a 93) inadmitió dicha reconvención, por lo que no se concedió a la actora trámite para contestar a esas cuestiones. Examinada la grabación de la vista del juicio, durante la misma no se practicó prueba alguna sobre el cambio de la capacidad económica del alimentante, no formulándose a ninguna de las partes preguntas sobre el particular.

Pese a ello, la sentencia, que en ningún momento refiere la existencia de la reconvención ni su inadmisión, hace un pronunciamiento sobre tal materia, rebajando considerablemente la cuantía de los alimentos a la cantidad de 50 euros al mes. Nos encontramos ante un supuesto de incongruencia por exceso o *extra petita*.

La congruencia de las resoluciones judiciales es una exigencia establecida en la LEC, art. 218.1, conforme al cual «Las sentencias deben ser... congruentes con las demandas y demás pretensiones de las partes…». Dicho requisito obliga a confrontar la parte dispositiva de la resolución sobre el fondo con los elementos subjetivos y objetivos (tanto la causa petendi como el petitum de los litigantes) del proceso, pues sólo cumple su función propia si se resuelve el tema planteado.

La STC 91/2010, señala que la incongruencia ha de ser entendida «como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando

la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal», añadiendo más adelante que, para que sea «constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se requiere que la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitum*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitum*), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales». Por lo tanto, la inconstitucionalidad de la incongruencia radica en la indefensión que ocasiona a la partes (no les permite debatir sobre el tema que se resuelve) o en la falta de respuesta.

En cuanto a la incongruencia extra petita supone que la sentencia conceda algo distinto de lo pedido, modificando sustancialmente el objeto procesal, sin que las partes hayan tenido ocasión de debatirlo y de probar sobre tales hechos, dando lugar a un fallo extraño a las pretensiones de las partes, o como dice la STC 24/2010, FJ 3, «la incongruencia por exceso se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes». Tal resolución quebranta el derecho a no sufrir indefensión, pues no se han respetado los principios de las partes a la disponibilidad del objeto del proceso, bilateralidad, contradicción y audiencia, impidiéndoles alegar y probar sobre la cuestión que se ha resuelto.

Este es el defecto que concurre en el presente caso, pues, siendo cierto que en materia de familia, cuando se trata de medidas que afecten a menores, el Tribunal puede actuar de oficio, sin regir el principio de disponibilidad de las partes ni el rogatorio, no es menos cierto que ello no permite adoptar pronunciamientos sobre cuestiones no debatidas, como ocurre en el presente caso y evidencia la ahora apelante cuando señala la existencia de resoluciones recientes sobre la cuestión, en las que se ha denegado la reducción de la pensión de alimentos sobre las mismas bases fácticas y jurídicas que ahora se tienen en cuenta, pues desde 2006, como afirma el demandado (folio 208), está sin trabajo estable. Tal pronunciamiento infringe el derecho de defensa de la actora (art. 24 CE) y por tanto debe dejarse sin efecto.

Es competente para conocer del expediente de jurisdicción voluntaria en solicitud de atribución de la facultad de decidir sobre el centro escolar en que deben cursar estudios los menores el Juzgado de Familia y no el de Violencia, ya que se trata de un procedimiento autónomo y completamente independiente al de divorcio.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 29 de marzo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María del Rosario Hernández Hernández**

En el supuesto concreto sometido a nuestra consideración, tramitadas medidas provisionales previas por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer (en lo sucesivo JVM) número 6 de Madrid, que concluyeron por auto de fecha 23 de marzo de 2010, y en curso el procedimiento de divorcio de que conoce el mismo órgano judicial, por D.ª Belinda, progenitora a quien se atribuyo en dicha resolución la custodia de los dos hijos comunes de los litigantes, menores de edad, se promovió a 6 de julio de 2011 expediente de jurisdicción voluntaria en solicitud de atribución

de la facultad de decidir el centro escolar en el que deben cursar estudios los menores, la que fue dirigida a meritado JVM.

Con motivo de la conclusión de los procedimientos penales tramitados entre las mismas partes previamente a la interposición de la demanda, a 14 de julio de 2011 recayó auto en cuya virtud el JVM declaró su falta de competencia objetiva para conocer de la demanda de jurisdicción voluntaria, acordando la inhibición a favor del Juzgado de Familia que por su turno correspondiera.

A 20 de septiembre de 2011, el Juzgado de Primera Instancia número 27 de los de Madrid, a quien el expediente resulto turnado, ordeno de nuevo la remisión de las actuaciones al JVM, por razón de la existencia de procedimiento de divorcio entre las mismas partes, del que, como se dijo, conoce repetido JVM, juzgado este último que acordó por providencia de 27 de septiembre de 2011, remitir los autos a esta Audiencia Provincial para la resolución del presente conflicto negativo de competencia.

En el presente se ha planteado la solicitud de autorización para cambio de colegio en un procedimiento de jurisdicción voluntaria al amparo del artículo 156 del Código Civil, esto es, en procedimiento autónomo y por completo independiente del de divorcio de los litigantes, que no como incidente suscitado en el curso de este.

Por ello, para dar solución al conflicto habrá de atenderse a dos factores, a saber:

1.º Si la materia sobre la que versa el proceso queda comprendida dentro de las que se incluyen en el artículo 87 ter de la LOPJ, y

2.º Si a la fecha de la presentación de la demanda eran firmes los autos de sobreseimiento recaídos respectivamente en las causas penales DPA 900/09 y DPA 563/09, de fechas 15 de enero de 2010 y 23 de febrero de 2011.

Si bien concurre el primer condicionante, en cuanto en efecto, la solicitud por un progenitor de atribución de la facultad de decidir en supuestos de desacuerdo, a que se refiere el artículo 156 del Código Civil, encuentra encaje en el número 2.º del artículo mencionado, en sus apartados c) y d), es lo cierto que, a la fecha de la presentación de la demanda, ninguna de las partes, en este proceso civil autónomo, resultaba imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género, y así resulta inequívocamente de la diligencia extendida por el/la Sr/a., Secretario del JVM (folio 49 de autos), a 14 de julio de 2011, y se corrobora en cuanto al momento de firmeza por la extendida a 10 de enero del año en curso en el presente rollo de apelación.

En este estado de cosas, no concurren la totalidad de los presupuestos exigibles y determinantes de la competencia exclusiva y excluyente del JVM (artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de Protección contra la Violencia de Género, que adiciona a la Ley Orgánica del Poder Judicial el artículo 87 ter.)

Consecuentemente con lo razonado, procede decidir el presente conflicto negativo de competencia a favor del Juzgado de Primera Instancia número 27 de Madrid, quien deberá conocer del expediente de jurisdicción voluntaria en solicitud de atribución de la facultad de decidir sobre el centro escolar en que deben cursar estudios los menores Eusebio y Gumersindo, formulada por D.ª Belinda, con todo lo demás que resulte pertinente en derecho.

No puede incluirse en la sentencia de divorcio ninguna medida de liquidación del régimen económico matrimonial como hace el Juez de Instancia al acordar la venta de un inmueble.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Aguiló Monjo**

Frente a la sentencia de instancia, cuyo fallo ha sido reproducido íntegramente con anterioridad, se presentó recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada,

D.ª Clemencia, en solicitud de su «modificación», en los siguientes sentidos:

1.º) Con carácter principal que se adjudicara el 100% de la vivienda a la esposa recurrente, con obligación de pago del préstamo que la grava de la siguiente forma: parte estrictamente hipotecaria a cargo de la Sra. Clemencia y parte del préstamo personal vinculado a cargo del Sr. Adrián. En este caso no procede la venta. Que todos los préstamos personales fueran a cargo del Sr. Adrián, a excepción del pendiente con «Halcón Viajes» que sería abonado por la Sra. Clemencia y la derrama extraordinaria de la comunidad de propietarios de la vivienda en cuestión, que serían sufragados por mitad.

2.º) Subsidiariamente, se interesaba se pusiera a la venta la reiterada vivienda por un precio no inferior al valor del préstamo que la grava, con obligación del pago por mitad de todas las deudas del matrimonio —hipotecarias y personales— mientras se consuma la venta que se solicita, a excepción del préstamo sobre el vehículo que la asumiría totalmente el Sr. Adrián por disfrutar del mismo.

Analizando las cuestiones anteriormente expuestas y abordando, en primer lugar, la petición de adjudicación de la íntegra propiedad del inmueble de …, n.º …, …-…, con asunción por la recurrente de la deuda hipotecaria pendiente para su adquisición, dicha solicitud no puede ser atendida por un doble motivo: a) La singular petición supone, aunque se integre con el resto de pretensiones patrimoniales del recurso, liquidación, aunque sea en parte, del régimen económico matrimonial, lo que excede de los cauces procedimentales del actual proceso de divorcio, en los términos en el que fue definitivamente entablado; y b) en cualquier caso, la adjudicación pretendida debió ser objeto de reconvención formal, al no tratarse de una de las medidas que puedan ser adoptadas de oficio en procesos de la naturaleza que ahora está en curso.

Por lo que se refiere a la puesta en venta de la vivienda de autos, la sentencia de instancia la impone a ambos litigantes, obligándoles a realizar cuantas operaciones fueran necesarias a tal fin y con la admonición de proceder, en caso contrario, por vía de ejecución (apartado 7.º del fallo).

Se considera, al respecto, que los órganos jurisdiccionales, en efecto, pueden sustituir la voluntad contractual de una de las partes cuando la obligación de prestarla está judicialmente establecida en firme y si existe renuencia o resistencia del obligado, pero lo que no se concuerda es que en el presente caso se pueda imponer «ab initio» la obligación de poner en venta un bien privado, debiendo colaborar activamente el propietario a la consecución de tal fin, y pudiendo ser sustituida su voluntad de venta por vía ejecutiva. Lo contrario podría implicar socavar la autonomía privada en la que se basa cualquier tipo de contratación, que en principio implica un acuerdo voluntario, más teniendo en cuenta que si lo que se pretende hipotéticamente con tal decisión es la protección de intereses superiores de menores, lo cierto es que habiéndose otorgado a los hijos de los litigantes el uso de la vivienda familiar y, por ello, a la Sra. Clemencia, la imposición de la obligación de venta se orienta a la protección de intereses privados extraños al propio interés público que el derecho de familia debe defender.

Llegados a este punto tampoco se justifica el reparto de las cargas hipotecarias y de los préstamos personales de los litigantes que deben seguir el régimen pactado con las respectivas entidades acreedoras, como de forma subsidiaria o veladamente insinuada vienen a admitir ambas partes en litigio. En tales extremos deberá ser revocada la sentencia de instancia, lo que supone acogimiento parcial y subsidiario de los argumentos de la recurrente.

Es procedente la vía del art 158 del CC para que al abuela solicite la atribución de la guarda y custodia de sus nietas que han dejado de convivir con su madre, por lo que esta Sala no puede compartir el criterio plasmado en la resolución apelada, que rechaza a «limine litis» la solicitud presentada, sobre la base de que se ha de acudir al «procedimiento adecuado».

AP Zamora, Sec. 1.ª, Auto de 15 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús Pérez Serna**

Instado por la representación procesal de don Rodolfo y D.ª Aurora, expediente de jurisdicción voluntaria, al amparo del artículo 158 del Código Civil, respecto a la guarda y custodia y pensión alimenticia de las menores de edad Juliana y Teresa, la demanda en cuestión fue in admitida a trámite por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número uno de esta ciudad, vía Auto de fecha 8 noviembre 2011, en base a que la «constitución a favor de los actores del régimen de guarda y custodia sobre personas menores de atribuirse a través del procedimiento adecuado o bien la modificación de las medidas ya acordadas o bien como efecto derivado de la representación legal en régimen de tutela de los menores a través de los procedimientos de adopción o en su caso de acogimiento por los cauces previstos en el mismo en ningún caso a través de un expediente de jurisdicción voluntaria».

Ante ello, los solicitantes formularon recurso de apelación con la pretensión de que, revocándose la decisión anterior, se acuerde admitir la demanda presentada, dándosele el trámite correspondiente. Alegan, a tal fin, que la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, establece, en su disposición adicional primera, que se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan... para adoptar las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Consideran que el trámite procedimental elegido, en orden a conseguir la guarda y custodia temporal de las menores, es el adecuado, máxime las circunstancias concurrentes en el caso y la urgencia del mismo.

La problemática procesal que por vías del presente recurso se somete a esta Sala es la relativa a la procedencia o no del procedimiento elegido, jurisdicción voluntaria, en función de las peticiones instadas por los solicitantes —atribución de guarda y custodia de sus nietas, con el consiguiente derecho a percibir las pensiones alimenticias fijadas en la sentencia de divorcio de sus progenitores, mientras duren las actuales circunstancias—.

En el supuesto de examen, los solicitantes, abuelos maternos de las menores, exponen en el escrito rector del procedimiento, las circunstancias concurrentes en el caso, así como las discrepancias existentes entre las menores y sus progenitores y de éstos entre sí, que han conducido a que aquéllas convivan en la actualidad con los abuelos, en vez de con su madre, a quien en sentencia de divorcio se le atribuyó la guarda y custodia, o con su padre. (No consta que éste haya iniciado procedimiento alguno de modificación de medidas). No se trata, pues, de problemas de incapacidad, ni de constitución de tutela, ni que las menores se encuentren en situación de desamparo, sino de proveer a una situación actual de provisionalidad respecto de las menores.

Por otro lado el artículo 158 del Código Civil señala que el Juez, de oficio, o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal dictará: primero, 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; segundo, las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones engañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda... cuarto, en general, las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas, sigue diciendo el precepto citado, podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Asimismo, los preceptos vigentes de la anterior LEC, reguladores de la jurisdicción volunta-

ria, y en concreto el artículo 1811, declaran que se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas.

Por su parte la Ley de Protección del Menor, en su disposición adicional primera, declara aplicables las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan, entre otras, para adoptar las medidas previstas en el artículo 158 del código civil.

Con tales condicionantes, fácticos y jurídicos, es obvio que el caso atrae las previsiones del repetido artículo 158 del Código Civil, por lo que esta Sala no puede compartir el criterio plasmado en la resolución apelada, que rechaza a «limine litis», la solicitud presentada, sobre la base de que se ha de acudir al «procedimiento adecuado».

En consecuencia, debe ser admitida a trámite la solicitud presentada, y ello, sin perjuicio de lo que, una vez oídos los interesados, haya de resolverse. Es de notar que esta Audiencia Provincial, en sendos Autos de 5 abril 2011, consideró procedente el expediente de jurisdicción voluntaria para declarar la situación de guardador de hecho, revocando, al efecto, la inadmisión a trámite por el Juzgado de la demanda inicial. Indicaba la Sala lo siguiente sobre el particular: «En primer lugar conviene tener en cuenta que la petición solicitada debe tramitarse por las normas de la jurisdicción voluntaria contenidas en los artículos 1811 y siguientes del anterior LEC, declaradas vigentes por la disposición derogatoria única I-1.ª de la vigente LEC y, por consiguiente, la Juzgadora debió, antes de dictar resolución y de conformidad, además, con el artículo 1813, haber dado audiencia al solicitante y en todo caso, tratándose de menores, al Ministerio Fiscal así como a todos los que tengan un interés legítimo o el Juez lo estime conveniente. Por lo tanto, debió admitirse el escrito, iniciar el expediente, sin perjuicio de resolver lo que estimare conveniente, lo que sería suficiente para dar lugar a la nulidad de la resolución de instancia…».

Se admite, en definitiva, el recurso interpuesto, accediéndose a lo solicitado en el mismo.

Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno, debiendo estarse a lo dispuesto en el capítulo III de este Título, en cuanto regula la oposición a la medida cautelar *inaudita parte* por el demandado, por el cauce de los artículos 739 y siguientes de la LEC**.**

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 8 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón**

La resolución objeto del presente recurso de apelación es el Auto de 1 de junio de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Vilanova i la Geltrú, por el que, a instancia de Doña Carmela, se acordó medida cautelar inaudita parte, contra D. Miguel, relativa al derecho de la madre de visitar a su hija menor de edad, cuando viaje a Túnez, en donde reside con el progenitor, previa comunicación de tal circunstancia, con diez días de antelación y con un máximo de cuatro visitas mensuales, desde las 17 a las 20 horas, sin alterar las actividades escolares o formativas de la niña. Además se determinó el derecho de comunicarse con ella por cualquier medio cuando se estime oportuno y no perjudique a la menor.

La medida cautelar *inaudita parte* se ha tramitado de conformidad con las prescripciones de los artículos 721 y 733.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ha sido la propia parte, instante de la medida cautelar, quien se ha alzado contra la resolución dictada, aduciendo en la formulación de su recurso, que se concediese la guarda y custodia de la menor en favor de la madre, o en su defecto se ampliase la comunicación materno-filial.

El recurso de apelación, interpuesto por la solicitante de la medida cautelar inaudita par-

te, no debió ser admitido a trámite, por cuanto según la prescripción legal contenida en el artículo 733.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno, debiendo estarse a lo dispuesto en el capítulo III de este Título, en cuanto regula la oposición a la medida cautelar *inaudita parte* por el demandado, por el cauce de los artículos 739 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A tenor de las consideraciones dichas, y por aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre que las causas de la indebida admisión a trámite de un recurso de apelación, deviene en la desestimación del mismo, procede la plena confirmación de la resolución recurrida, sin que proceda especial declaración de condena de las costas procesales derivadas del mismo, por la no comparecencia del demandado, al adoptarse las medidas inaudita parte, y no produjese el devengo de costas procesales al mismo.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

De la cantidad reclamada por impago de pensiones alimenticias se descuenta las mensualidades en las que la hija estuvo trabajando.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 30 de marzo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Carmen Neira Vázquez**

La dirección Letrada de la parte apelante interesando la revocación de la resolución recurrida pidió se dicte resolución por la que se declare que no ha lugar al despacho de ejecución por 1.004,88 euros en concepto de alimentos al haber quedado extinguida por incorporación al mercado de trabajo y que no ha lugar a despachar ejecución por 3066 por la mitad de gastos extraordinarios toda vez que se contó con el consentimiento del progenitor y alega entre otras razones que sería María José en el hipotético supuesto de necesitarlo quien ostenta legitimación activa propia para demandar alimentos y significa que el progenitor debe conocer previamente que se pretende realizar una actividad y su importe, después deberá dar su consentimiento.

Por su parte D.ª Mariola pide que se confirme el auto apelado y alega entre otros razonamientos que la hija no es independiente económicamente y señala que la interesada ha comunicado debidamente la necesidad del gasto y la cuantía del mismo.

Se estima parcialmente la oposición, debiéndose continuar la misma por la cantidad total de 4070,88 euros más la cantidad de 1221,26 euros para intereses y costas sin perjuicio de ulterior liquidación que se corresponde con la pensión de alimentos y respecto a los gastos extraordinarios el tratamiento maxilofacial, los gastos por ortodoncia o las facturas de Vision lab,así como la vacuna Gardfasyl sin costas.

Deriva ello de la pretensión de la ejecutante de reclamar el cumplimiento de las medidas acordadas en la sentencia de 20 de septiembre de 2004 que aprueba el CR entre cuyas estipulaciones se dispone que el padre abonará a cada hija 216 euros al mes señalando asimismo que los gastos extraordinarios tanto médico-farmacológicos como educativos serán sufragados por ambos progenitores al 50% debiendo contar con el consentimiento de ambos salvo urgencias médicas.

La prueba practicada en la primera instancia y la desarrollada en este recurso, valorada toda ella, en los términos del artículo 217 de la LEC., pone de manifiesto que la hija común trabajó durante tres meses, desde julio a septiembre de 2010 en el Hospital de la Paz, dependiente del Insalud, período que ya no es objeto de reclamación en esta demanda ejecutiva, acreditándose también que durante 18 días en diciembre de la misma anualidad la hija —ya mayor de edad como nacida el 9 de septiembre de 1989 y quien

finalizó sus estudios de enfermería y matriculada en la facultad de Psicología, en el curso académico 2010-2011— trabajó asimismo en el Instituto de Cardiología de Madrid, estando dado de alta en la SS, según es de ver en el informe de su vida laboral.

No consta por ello que la común descendiente, en los períodos que son objeto de esta reclamación en este procedimiento ejecutivo, sea independiente económicamente y que desarrolle una actividad laboral fija, estable y con finalización de su período formativo, lo que impide extinguir o considerar inejecutable las pensiones objeto de esta demanda de reclamación de alimentos, en este proceso de ejecución, lo que no obsta, sin embargo para reducir la cantidad reclamada en los importes correspondientes a los períodos efectivamente trabajados por la común descendiente, de manera que de la suma por la que se ha acordado continuar la ejecución habrá de descontarse el monto proporcional que corresponde a los 18 días trabajados en el mes de diciembre de 2010 y enero de 2011, es decir 150,73 euros, en cuyo punto procede estimar en parte el recurso planteado, al margen de cuantas acciones puedan ejercitarse si concurren las condiciones para ello.

El derecho a percibir la pensión compensatoria cuando la resolución que la establece es objeto de recurso nace en la fecha en que se dicta la sentencia de primera instancia.

AP Almería, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Ruiz-Rico Ruiz-Morón**

Se plantea como última cuestión, la de determinar el momento a partir del cual tiene eficacia la pensión por desequilibrio económico reconocida a favor de la demandante, si la tiene desde la fecha de la firmeza de la sentencia que la acuerda o se retrotraen sus efectos a la fecha de la demanda o de la sentencia de primera instancia.

Este Tribunal mantiene el criterio de que el derecho a percibir las pensiones compensatorias cuando las resoluciones que las establecen son objeto de recurso de apelación, y a diferencia de las pensiones alimenticias, nacen en la fecha en que se dicta la sentencia de primera instancia, que es constitutiva del derecho, sin perjuicio de que su ejecución se produzca una vez que alcance firmeza y siempre que la citada resolución sea confirmada en la alzada en ese concreto particular. Por ello, los efectos del pronunciamiento relativo a la pensión compensatoria por desequilibrio desplegarán sus efectos desde el mismo momento del dictado de la sentencia de primer grado jurisdiccional, una vez confirmado tal pronunciamiento en esta alzada, por lo que el motivo del recurso deberá ser estimado.

El pacto al que llegaron los cónyuges en el convenio regulador y en virtud del cual la esposa adeudaba al esposo 114.000 €, cantidad que se iría compensando con los alimentos y gastos extraordinarios del hijo, debe ser integrado de tal forma que la devolución se hará a razón de 633 € durante los próximos quince años, sin perjuicio de que se descuenten las pensiones alimenticias y gastos extraordinarios vencidos hasta la fecha y no abonados por el demandado.

AP Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Víctor Caba Villarejo**

En el convenio regulador del divorcio de fecha 23 de octubre de 2007 aprobado por la sentencia de divorcio de 28 de noviembre de 2007 los litigantes pactaron una serie de cláusulas de

contenido patrimonial reconociéndose a favor del actor y aquí recurrente don Cesar un crédito por importe de 180.000 euros, desglosado en: 66.000 euros ajenos a esta litis, y 114.000 euros que serían satisfechos por la demandada y aquí apelada doña Claudia mediante su pago fraccionado y aplazado durante los quince años siguientes, e ingresos en la cuenta que el actor designe.

El mismo día de la firma del referido convenio regulador los litigantes acordaron en documento privado y respecto del pago del crédito del actor por importe de 114.000 euros que se descontaría de su importe las cantidades con las que sucesivamente habría de hacerse efectiva la pensión alimenticia del hijo menor de edad, estos es 200 euros mensuales, así como las cantidades que resulten por igual concepto de pensión alimenticia una vez actualizadas. Igualmente dicha cantidad sería utilizada para sufragar el 50% de todos los gastos extraordinarios del referido hijo. Conviniendo ambas partes, en el referido documento denominado «contrato de reconocimiento de deuda con extinción de la misma por dación en pago», que a partir de su firma nada tendrían que reclamarse en concepto de pensión de alimentos, actualizaciones o gastos extraordinarios que pudieran corresponder, ya que todos esos gastos serían sufragados por la demandada a cargo de la referida cantidad que adeuda al aquí apelante.

El actor y aquí recurrente don César pretende en realidad, con poca claridad, rigor y precisión en su demanda, que se declare la existencia del referido crédito dinerario a su favor por importe de 114.000 euros nacido del convenio regulador del divorcio, sin perjuicio se descuenten las cantidades aplicadas por la demandada para el pago de los alimentos del hijo común y gastos extraordinarios, cuyo pago competía al recurrente, es decir la parte de los alimentos del hijo y gastos extraordinarios que correspondía abonar al marido y no ha pagado, y que para poder hacer efectivo el cobro de esa deuda se concrete que su pago se realizará en mensualidades de 633,33 euros, cada una, durante un periodo de quince años, al no haberse establecido ni su periodicidad ni la cuantía de los pagos fraccionados, señalándose genéricamente en el convenio el abono de aquella cantidad alzada mediante su pago fraccionado y aplazado durante quince años, creándose hasta la fecha una situación incierta que impide cobrar la deuda dejándola al arbitrio de la deudora.

El controvertido documento privado de fecha 23 de octubre de 2007 pretendía la extinción de esa deuda de 114.000 euros de la demandada con el actor, descontándose de la citada cantidad aquellas a las que éste vendría obligado a pagar como contribución a los alimentos del hijo común menor de edad y sus gastos extraordinarios. Ello significaba que con tal cantidad alzada integrante del derecho de crédito del actor se pretendía extinguir su obligación de pagar alimentos al hijo puesto que si nada podría reclamarle a partir de su firma, en tal concepto de alimentos y gastos extraordinarios, ello implicaba la renuncia al pago de los alimentos que pudieran exceder de tal cantidad. Trataban de compensar la totalidad de la deuda que por alimentos del hijo pueda generarse con la deuda patrimonial de la demandada con el actor, derivada de la liquidación de la sociedad conyugal.

Se trata de unos acuerdos contrarios a la ley (art. 1255 CC) vulnerándose lo dispuesto en los arts. 151 y 1.814 CC en cuanto que afecta al derecho de alimentos del hijo menor de edad y los alimentos a favor de los hijos no es materia renunciable por los progenitores, al ser una obligación de índole personalísima, recíproca, intransmisible, cuyos acreedores son los propios hijos, y no los progenitores por los que no cabe compensación, transacción ni renuncia en aplicación del artículo 151 del CC, y art. 1814 del propio. Como expresa la AP Barcelona, sec. 12.ª, S 09-06-1999, rec. 784/1998) «la prestación de alimentos a favor de los hijos, por su propia naturaleza y destino, no puede compensarse con la deuda que el actor pueda mantener con la demandada, aun cuando proceda del mismo concepto, ya que de tal deuda no son responsables los hijos, beneficiarios de la prestación...».

Si bien es cierto que nuestro TS viene distinguiendo entre convenio regulador y acuerdos transaccionales posteriores, reconociendo que una vez homologado el convenio, los aspectos patrimoniales no contemplados en el mismo y que sean compatibles, pueden ser objeto de

convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial; la sentencia de 22 abril 1997 declara que «es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes». «No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. En consecuencia, «las partes deben cumplir el negocio jurídico concertado según el principio de la autonomía de la voluntad que proclama el art. 1255 CC»; sin embargo, los contratantes no pueden establecer en los contratos cláusulas contrarias a la ley ni al orden público (art. 1255 CC) y el acuerdo litigioso se trata de una transacción expresamente prohibida en el art. 1.814 del CC, en relación con lo dispuesto en el artículo 151 del mismo texto legal.

En efecto uno de los principales deberes derivados de la patria potestad es la alimentación de los hijos, traduciéndose dicho deber en la obligación de prestar los alimentos legales (art. 143 CC) para los casos de necesidad. Obligación que no desaparece en los casos de disolución del matrimonio (art. 93 CC).

La titularidad del crédito por alimentos corresponde a los hijos que cuando son menores, actuarán para su reclamación a través de sus padres, como representantes legales y son quienes perciben las cantidades debidas en concepto de alimentos, pero lo hace en nombre del menor y no en nombre propio, por lo que no puede renunciar a los mismos (art. 6.2 CC).

En definitiva, ambos progenitores están obligados a prestar alimentos a sus hijos, pudiendo regular en el convenio la forma más conveniente de afrontar esta obligación, pero sin que sea lícito el pacto que excluyera a uno de ellos de forma absoluta de la obligación de prestarlos (S. AP. Cuenca, 30 Oct. 1997), ni aún de forma relativa, añadimos nosotros, fijando una cantidad alzada coincidente con el crédito del actor y con la que se pretende extinguir la obligación de éste de contribuir al pago de los alimentos del hijo en lo que excediere de la misma, lo que implica la renuncia de la demandada de un derecho ajeno del que no puede disponer, pues la contribución de cada uno de los progenitores para satisfacer los alimentos de los hijos menores debe reputarse no una norma de derecho dispositivo, sino de derecho imperativo, de «ius cogens», por lo que se trata de una de un derecho, irrenunciable, intransmisible, no susceptible de compensación (art. 151 CC) y no susceptible de transacción (art. 1814 CC). Por lo que ciertamente no pueden tomarse en consideración los cuestionados acuerdos contenidos en el documento privado de 23-10-2007.

Así las cosas partiendo de la existencia de la deuda reconocida a favor del actor, en el convenio regulador de igual fecha aprobado judicialmente, por importe de 114.000 euros, cuyo pago habría de hacerse efectivo de manera fraccionada y aplazada durante los quince años siguientes, al no haberse especificado la cuantía de sus cuotas fraccionadas ni la periodicidad de su devengo (por semanas, meses, trimestres o años), se ha creado una situación de indeterminación de plazo que impide de momento el cobro de esa deuda pero no cabe postular la nulidad de esa cláusula del convenio regulador, sino su integración como obligación aplazada, cuya ejecución o materialización efectiva queda dilatada o diferida a un periodo temporal que no puede exceder de quince años. Estaríamos ante un supuesto de indefinición o indeterminación del plazo que legitima la intervención judicial para acabar con tal indefinición (art. 1.128 CC), conforme al cual si la obligación no se señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél. También fijarán los Tribunales la duración del plazo cuando éste ha haya quedado a voluntad del deudor.

Resultando de la naturaleza y circunstancias de las obligaciones contraídas por ambas partes litigantes, teniendo en cuenta lo acordado en el convenio regulador y documento privado cuestionado, que quiso hacerse coincidir el pago del referido débito, fraccionada y aplazadamente, vía compensación con el pago de la pensión alimenticia al hijo menor de edad, de periodicidad mensual, por lo parece lógico distribuir los quince años del total aplazamiento de la deuda en mensualidades (180) resultando la cantidad de 633,33 euros mensuales, y todo ello sin perjuicio de que se descuenten las cuotas de la pensión de alimentos y gastos extraordinarios vencidos

que se hubieran sucedido hasta la fecha, no abonados por el demandante.

En su consecuencia, el recurso de apelación interpuesto por el actor don Cesar ha de ser parcialmente estimado y con revocación de la sentencia apelada es procedente estimar en parte su demanda interpuesta contra doña Claudia, declarando: 1.º) Que conforme a lo pactado en el convenio regulador de 28 de noviembre de 2007 la demandada doña Claudia adeuda al actor la cantidad de 114.000 euros; 2.º) Que la referida deuda deberá ser abonada de forma aplazada durante quince años en plazos mensuales por importe de 633,33 euros cada uno; sin que proceda hacer pronunciamiento condenatorio alguno respecto al pago de la costas procesales de la primera instancia (art. 394 LEC), dada su estimación parcial y dudas suscitadas en torno al contenido de esos acuerdos privados de oscura redacción e inteligencia, como también lo ha sido la redacción de la demanda, especialmente su *petitum*.

Se estima la oposición a la ejecución, dejándose sin efecto el requerimiento al progenitor no custodio para que retorne a la hija al domicilio familiar, ya que esta, que cuenta con 17 años, mostró su firme voluntad de convivir con el padre, y no se ha acreditado que el padre ejerza la guarda de forma inadecuada.

AP Almería, Sec. 2.ª, Auto de 29 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Luis Castellano Trevilla**

Debe recordarse ante todo que, en cuestiones como la sometida a la consideración de la Sala, debe atenderse fundamentalmente al interés de los menores por ser éste el que ha de prevalecer prioritaria y preferentemente, como proclama el artículo 39 de la Constitución y sanciona la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990, donde se establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá primordialmente al interés superior del niño, cuyos criterios se consolidan y desarrollan en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que anota expresamente que en su aplicación primará el interés de los menores sobre cualquier otro interés legítimo y cuyo carácter tuitivo constituye el principio básico y fundamental que rige en el ámbito de aquellas medidas que, afectando directamente a los menores, han de adoptarse como consecuencia de la ruptura de la relación entre sus progenitores.

En el enjuiciamiento del presente caso ha de partirse de la continua situación de conflicto existente entre ambos progenitores, que ha repercutido negativamente en la relación entre los mismos, en cuyo marco de tensión y conflicto el Juzgado de instancia, con amparo el artículo 92 del Código Civil, que es norma que habilita al Juez para, en función de la situación de hecho que resulte probada, decidir sobre la atribución de la guarda y cuidado al progenitor que se encuentre en mejor situación para cumplir con el deber propio de la patria potestad respecto de los hijos, acordó atribuir a la recurrente la guarda y custodia de los menores, estableciendo un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio recurrido, que se truncó en febrero de 2010 cuando la menor Alba María, que el pasado mes de … cumplió 17 años, por desavenencias con la apelante evidenciadas ante el juzgador a quo en la exploración de los menores que éste llevó a cabo (folios 84 y ss.), mostró su preferencia por ir a vivir con el recurrido y, en paralelo, la negativa a continuar haciéndolo con su madre, ante cuya tesitura y desde aquel momento en que no se evidencian indicios de que el recurrido no haya cumplido rectamente el deber de guarda y custodia, ni se han puesto de manifiesto incompatibilidades como las experimentadas entre la menor y la apelante, no considera la Sala que

parezcan suficientes los argumentos que la representación procesal de ésta consigna en su recurso en orden a la quiebra de los pronunciamientos judiciales frente a la voluntad de la menor, pues la prueba practicada no ha demostrado que el nuevo escenario sea incompatible con la anterior y tampoco revela un menor aprovechamiento escolar de la menor (folio 71) ni que siga sometida a las tensiones anteriores que relata, lo que demuestra que este nuevo contexto es más favorable a la menor que el anterior, razones por las no parece aconsejable que sea modificado en los términos interesados en el recurso que, por ello, no puede ser acogido.

La ley es clara al excluir de la compensación las cantidades reclamadas en concepto de alimentos, y por ello debe desestimarse la pretensión del padre, que pretende que se compense la deuda que dimana de la sentencia de divorcio con un crédito que dice tener contra la madre dimanante de la condena en una sentencia dictada en juicio ordinario por deudas derivadas de la acción de repetición seguida en sentido inverso por el pago de deudas comunes.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 29 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Pascual Ortuño Muñoz**

La resolución que es objeto de recurso por la parte demandada, ha desestimado su oposición a la ejecución que se despachó en su contra por cuanto la ley es clara al excluir de la compensación las cantidades reclamadas en concepto de alimentos..

La parte ejecutada impugna la fundamentación de la resolución, por cuanto sostiene que no ha computado como cantidad pagada la deuda que la demandada mantiene con él, dimanante de las obligaciones derivadas del divorcio, relativas a otros pagos realizados por el mismo dimanantes de las cuotas de la hipoteca común y otros pagos directos que han sido declarados pro sentencia firme de fecha 29.1.2010 dictada en el juicio ordinario seguido entre las mismas partes (autos 192/2009), del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de El Prat de Llobregat.

La representación de la parte ejecutante, ahora apelada, se opone al recurso.

El régimen de la ejecución de sentencias de pago de deudas dinerarias liquidas vencidas y exigibles de la LEC, se desarrolla sobre el principio de la responsabilidad del deudor que no da cumplimiento exacto y puntual a sus obligaciones, y genera con ello el perjuicio a la parte ejecutante de verse compelida a impetrar el auxilio de los tribunales, con los consiguientes perjuicios derivados de tener que proveerse necesariamente de letrado y procurador, indagar bienes y, especialmente, sufrir la incertidumbre derivada del incumplimiento. Aun cuando únicamente el incumplimiento sea parcial y consista en retrasos habituales en el pago completo de la pensión, el rigor de la norma es el mismo, máxime cuando, como ocurre en el caso de autos, éste incumplimiento es reiterado.

La parte recurrente viene obligada a pagar las cantidades fijadas por sentencia firme, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y por mensualidades anticipadas. Reiteradamente no lo ha hecho, acumulando una significativa deuda, que fue objeto de la resolución objeto del presente recurso.

El pago de la deuda es causa extintiva de la obligación, y motivo de oposición a la misma, como establece el artículo 556.1 de la LEC, pero no cualquier pago, sino el pago que liquide de forma completa la deuda. El artículo 1.157 del Código Civil, establece el principio de integridad del pago, en el sentido de que no se entenderá pagada una deuda, sino cuando completamente se hubiese satisfecho la obligación, circunstancia que no concurre en el caso de autos.

La pretensión no puede ser acogida, puesto que lo que en definitiva sostiene el recurrente es que se compense la deuda que dimana de la sentencia de divorcio, con un crédito que alega

tener contra la actora, consistente en la condena por sentencia dictada en juicio ordinario por deudas derivadas de la acción de repetición seguida en sentido inverso, por el pago de deudas comunes. Mas se ha de tener en cuenta que la compensación de deudas no ha sido recogida como causa de oposición a la ejecución por el artículo 556 de la LEC, respecto a la que se deriva de títulos judiciales. Únicamente es viable tal compensación respecto a la ejecución de títulos no judiciales (artículo 557.1.2.ª), siempre que el crédito que se pretenda compensar proceda de un documento que tenga fuerza ejecutiva.

En el caso de autos no concurre ninguno de los requisitos de la compensación invocada, por lo que el proceso ejecutivo debe proseguir, con independencia del derecho que tiene el recurrente para exigir la ejecución de su crédito que, desde luego, es independiente, del que se reclama como dimanante de la sentencia ejecutada.

La disposición legal establecida en el primer párrafo del artículo 148 del Código Civil se aplica a la petición de prestación de alimentos, pero no a las sucesivas modificaciones que, respecto a su cuantía, pudieran adoptarse con posterioridad.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio María González Floriano**

Como tercer motivo del Recurso, la parte actora reconvenida y apelante esgrime la infracción del artículo 148 del Código Civil en relación a la obligación de abono de la nueva pensión establecida desde la interposición de la Demanda Reconvencional en Octubre de 2009. En este sentido, la Sentencia recurrida reconoce el abono de la pensión de alimentos que, en su nuevo importe, se establece en la misma, con efectos desde la interposición de la Demanda Reconvencional, es decir, desde Octubre de 2009, postulando la parte apelante, en este sentido, que, en el caso de que procediera la elevación del importe de la pensión de alimentos, la obligación de pago de la misma debía establecerse desde la fecha de la Sentencia dictada en la primera instancia; motivo que —ya puede adelantarse— ha de ser, ciertamente, estimado y acogido.

La decisión adoptada por el Juzgado de instancia en la Sentencia recurrida, en sintonía con la pretensión de la parte demandada reconviniente, no encuentra justificación legal ni jurisprudencial. No abriga género de duda alguno el hecho de que la disposición legal establecida en el primer párrafo del artículo 148 del Código Civil («la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la Demanda») se aplica a la petición de prestación de alimentos, pero no a las sucesivas modificaciones que, respecto a su cuantía, pudieran adoptarse con posterioridad, por lo que la nueva cuantía de una prestación alimenticia, ya declarada con anterioridad, no puede tener efectos retroactivos al momento de la Demanda de Modificación de Medidas, ni, en su caso, al momento de la interposición de la Reconvención que pudiera deducirse en esta clase de Procesos. En este sentido, el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 8 de Abril de 1995, ha declarado que, «por tanto, no debe confundirse tiempo del nacimiento y tiempo de la exigibilidad de los alimentos, los cuales no coinciden en el supuesto contemplado; y planteada la exigencia de los alimentos ante los Tribunales, éstos por carecer aquéllos de efecto retroactivo no puede condenar a pagarlos sino desde la fecha que se interpuso la demanda; consecuencia todo ello de la regla clásica "in praeteritum non vivitur" y de estar concebidos los alimentos para subvenir a las necesidades presentes y futuras del alimentista y no para las de épocas ya pasadas en que el alimentista ha vivido sin los alimentos que ahora pide; prescindiendo de la circunstancias que le rodearon en ese tiempo pretérito, y sin perjuicio de sus derechos hereditarios frente al padre reconocido, para en su momento, e inclu-

so de otras acciones que pueda tener o considere tener contra el mismo acciones recíprocas entre padres e hijos que se derivan de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, una vez concluida la patria potestad».

Con mayor explicitud, el Alto Tribunal, en Sentencia de fecha 3 de Octubre de 2008 (citada por el parte apelante en el Escrito de Interposición del Recurso), ha establecido que «aunque los alimentos debidos a los hijos no pueden verse afectados por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes (en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de Marzo de 2005, señala: «que mientras la obligación de alimentos entre parientes descansa en la situación de necesidad perentoria de los mismos o para subsistir y se le abona sólo desde la fecha en que se interponga la demanda, los alimentos de los hijos, en la medida que tienen su origen en la filiación, artículo 39.3 de la Constitución Española, ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la Ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos»), sin embargo, comparten en gran medida los caracteres de la regulación legal de los alimentos entre parientes regulados en los artículos 142 y siguientes del Código Civil. Tal criterio es seguido por esa Sala en Sentencia de 5 de Octubre de 1993: «no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro I del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en la patria potestad». Por tanto, a la obligación de abonar alimentos a los hijos es aplicable el artículo 148 del Código Civil, que establece: «la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda». Pero lo que realmente plantea dudas es la aplicación de tal precepto a las sucesivas resoluciones que pueden modificar los pronunciamientos anteriores una vez fijada la pensión de alimentos, bien por la estimación de un recurso o por una modificación posterior, (...), 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 (...)».

En consecuencia, se declarará, con estimación del motivo, que la obligación de pago de la pensión de alimentos, en su nuevo importe, se verificará desde la fecha de la Sentencia dictada en la primera instancia (23 de Mayo de 2011).

La obligación del apelante es la de pagar la mitad de los gastos de la comunidad, y la obligación se extiende no solo a realizar el pago en la forma en la que venga establecida por los estatutos de aquella, sino también la de acreditar la realización del pago puntual a la ejecutante, en virtud del pacto aprobado por la sentencia que se ejecuta. El argumento que sostiene el recurrente de que quien únicamente tiene acción para reclamar el pago es la comunidad de propietarios no es más que un sofisma calificado de abuso de derecho inadmisible por los tribunales de justicia.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 27 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Pascual Ortuño Muñoz**

La resolución que es objeto de recurso, ha estimado parcialmente la oposición a la ejecución despachada a instancias de la actora señora Andrea, pero ha desestimado la pretensión del oponente, señor Andrés, de que se excluyan de la ejecución las cantidades que se le reclaman por la parte que le corresponde en las cuotas giradas por la comunidad de propietarios del edificio en el que radica la vivienda familiar, propiedad común de ambos litigantes., cuyo uso fue atribuido a la parte ejecutante por resolución judicial dictada en proceso de familia.

La parte recurrente argumenta en su recurso que la actora no tiene acción para repetir contra él unas cuotas que no acredita haber pagado íntegramente.

La parte ejecutante y el ministerio fiscal se oponen al recurso.

El objeto del debate se circunscribe a la determinación de la responsabilidad de las cargas y gravámenes que pesan sobre un bien que pertenece a ambos cónyuges en proindivisión y que, como es el caso de la vivienda familiar, está siendo utilizado únicamente por uno de ellos, la esposa, por decisión judicial en el litigio de familia que aprobó un convenio regulador entre los cónyuges, que sirve de título a la ejecución, en el que se establece que «los gastos de la comunidad de propietarios a la que pertenece la finca, sean derramas extraordinarias o cuotas, serán igualmente abonados por mitad entre ambos cónyuges».

Esta Sala ya se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que para la interpretación de las controversias en la ejecución de las sentencias se ha de estar a la prevalencia del título del que dimanan. En el caso de autos no cabe la menor duda de que la obligación del apelante es la de pagar la mitad de los gastos de la comunidad, y la obligación se extiende no solo a realizar el pago en la forma en la que venga establecida por los estatutos de aquella, sino también la de acreditar la realización del pago puntual a la ejecutante, en virtud del pacto aprobado por la sentencia que se ejecuta.

El argumento que sostiene el recurrente de que quién únicamente tiene acción para reclamar el pago es la comunidad de propietarios no es más que un sofisma que ha sido ya analizado con todo acierto por el juez de primera instancia que lo ha calificado de abuso de derecho inadmisible por los tribunales de justicia. En definitiva, lo que le pide la actora no es el pago, subrogándose en los derechos de la comunidad, sino que acredite haberlo hecho, puesto que ella, como deudora solidaria frente al resto de los vecinos que habita en el edificio y es a la que directamente le reclaman, tiene la responsabilidad de responder de toda la deuda atrasada en la que consta su mora por el incumplimiento injustificado del ejecutado. Lógicamente éste tiene dos soluciones alternativas, o acreditar que ha pagado directamente a la comunidad, o proveer de la cantidad que se le reclama a la deudora solidaria.

Un eventual uso indebido de los fondos que pueda transferir por este concepto a quien fue su esposa está plenamente protegido por el ordenamiento jurídico tanto en el ámbito civil como en el penal, por lo que el recurso no puede ser acogido.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No siendo la liquidación de la sociedad de gananciales objeto de atribución especial de competencia en la LOPJ a los juzgados de Violencia sobre la mujer, serán los juzgados civiles los competentes para tramitarla, pues no pueden aplicarse normas de competencia previstas para juzgados civiles a juzgados penales como son los de Violencia contra la mujer.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Auto de 30 de marzo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Marta María Gutiérrez García**

Se suscita conflicto negativo de competencia objetiva entre el juzgado de primera instancia n.º 9 de Gijón, especializado en materia de familia y el juzgado de instrucción n.º 4 de Gijón con competencia en materia de violencia sobre la mujer, quien dictó la sentencia de divorcio entre los cónyuges, en relación a la liquidación de la sociedad de gananciales planteada.

Por el juzgado de 1.ª instancia n.º 9 se dictó auto no admitiendo a trámite la solicitud de liquidación de la sociedad de gananciales por no ser competente funcionalmente para el conocimiento de la demanda presentada, absteniéndose de su conocimiento e inhibiéndose a favor del juzgado que considera competente, en este caso el juzgado de instrucción n.º 4 de Gijón en el cual se conoció la demanda de divorcio.

Remitido el asunto al juzgado de instrucción n.º 4 de Gijón, previo informe favorable del Ministerio Fiscal que considera competente al dicho juzgado por ser quien dictó sentencia de divorcio entre ambas partes, por este último juzgado se dictó auto no admitiendo la inhibición procedente del juzgado de 1.ª instancia y devolviendo los autos al juzgado de procedencia.

Conflicto que debe resolverse en el sentido de declarar la competencia objetiva del juzgado de primera instancia n.º 9 de Gijón, en base a las siguientes consideraciones.

No desconociéndose las posturas de otras Audiencias, esta sección sigue el criterio del Acuerdo unánime de esta Audiencia aprobado el 23 de abril de 2009, sobradamente conocido por todos los interesados, que estimamos es ajustado a derecho y conforme a ley, pues como ya se ha manifestado esta sección en auto de 24/06/2011, «a la vista del tenor literal del meritado artículo no aparece atribuida expresamente competencia de dicho juzgado de violencia para conocer de los procedimientos de liquidación de sociedad conyugal, como lo es el que nos ocupa, por lo que, en ningún caso puede conocer el juzgado de instrucción n.º 4 de Gijón de dicho procedimiento y, en su consecuencia, ha de ser el juzgado de familia n.º 9 de Gijón quien ha de conocer del procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales promovido». Criterio reiterado en el auto de 2 de marzo de 2012.

Y en idéntico sentido se pronuncian las distintas secciones de esta Audiencia, de la que es buena muestra el auto de la sección 4.ª de fecha 17/05/2010 donde tras proclamar la observancia del acuerdo establece: «unido a que este proceso de liquidación de sociedad de gananciales no es encuadrable en el apartado d) del art. 87 ter 2 de la LPOJ, referido, a «los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar», referido más bien a aquellas medidas de contenido personal o patrimonial a adoptar de inmediato ante una separación o divorcio, nos lleva a afirmar la competencia objetiva del juzgado de primera instancia especializado en materia civil».

En consecuencia, no siendo objeto de atribución especial en la LOPJ la citada competencia a los juzgados de violencia sobre la mujer, no puede extenderse la misma a supuestos no previstos, ni aplicar la norma de competencia fijada en el art. 807 LEC referido a normas competencia entre órganos civiles, sin que afecte a juzgados penales como son los de Violencia contra la mujer.

Debe figurar en el activo un crédito por el pago constante el matrimonio de unas letras de cambio libradas por el esposo antes de contraerse aquel, al no haber acreditado que se abonaron con cargo a una cuenta privativa.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Rafael Martín del Peso García**

El segundo de los motivos se rechaza, pues como acertadamente señala la sentencia no puede considerarse que se abonaron las letras de cambio que aparecían libradas antes de contraer matrimonio a favor de una cuenta corriente de la que era titular el apelante y su hermana, efectos destinados al pago parcial de la vivienda común, que lo fueran con dinero privativo, por cuanto el vencimiento de aquellas lo fue rigiendo la sociedad de gananciales, presumiéndose que el pago lo fue con dinero ganancial, pues tiene sobre sí habida cuenta de la fecha de vencimiento y pago de las letras, la carga de probar lo contrario el recurrente, y que no se han aportado extractos de la cuenta corriente a la que se alude ni dato alguno que permitan deducir la procedencia privativa del dinero que atiende al saldo de las cambiales.

La sentencia que aprueba el cuaderno particional con el que mostraron su conformidad las partes puede ser ejecutada pues no solo tiene carácter declaratorio, debiendo por tanto continuar la ejecución en la que la esposa reclama el importe fijado como exceso de adjudicación.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 29 de marzo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María del Rosario Hernández Hernández**

En virtud de auto de fecha 27 de junio de 2011, desestimatorio de la oposición a la ejecución despachada a 27 de diciembre de 2010, se ordena continuar adelante con la misma hasta hacer efectivo pago de la cantidad reclamada por la ejecutante en concepto de exceso resultante de la adjudicación al ex esposo en las operaciones divisorias aprobadas en sentencia firme de 10 de junio de 2010.

Frente a aquel se interpone recurso de apelación por la representación procesal del ejecutado D. Leovigildo, quien postula se deje sin efecto alguno, alegando en apoyo de su pretensión que la sentencia título de la presente ejecución, dictada en proceso seguido por los trámites del artículo 810 de la L.E.Civil, para la liquidación de la sociedad legal de gananciales que conformaron los litigantes, segunda fase, avalúo y adjudicaciones, carece de fuerza ejecutiva, dada su naturaleza declarativa y constitutiva, que no condena, considerando que las acciones que incumban a las partes respecto de lo equitativamente repartido al 50%, habrán de dilucidarse en el ámbito de un juicio ordinario.

Al recurso se opone la adversa interesando su desestimación e íntegra confirmación del disentido, con imposición de las costas de la alzada al apelante.

No comparte la Sala el criterio del recurrente.

La finalidad de la liquidación es la división y adjudicación del haber partible, si existiese, transformándose en real e individualizada la cuota de cada interesado, que antes era ideal o potencial. La efectiva partición requiere la formación de lotes que permitan la adjudicación independiente a cada cónyuge, y si ello no fuera posible por ser los bienes indivisibles, y no compensables con otros, su adjudicación a uno de

ellos con abono del precio o su mitad, al otro, si así lo convinieren, y en último término su venta y reparto del dinero obtenido, sin que deba favorecerse el que la comunidad consensual se perpetúe después en una comunidad romana por cuotas, pues ello supondría una división más formal que real obligando a una nueva litis, autónoma, de división de la cosa común (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1992 y 14 de julio de 1994).

La perpetuación de la situación de indivisión, que es lo realmente pretendido por el recurrente, es contraria a la doctrina expuesta y al artículo 786 de la LEC, que dispone que el contador procurara evitar la indivisión, norma de aplicación en base al artículo 810-5 de la LEC.

Como se ha visto, a 10 de junio de 2010, fue dictada sentencia de liquidación de la sociedad legal de gananciales que conformaron los litigantes en su segunda fase, de avalúo y adjudicaciones, por la que fueron aprobadas las operaciones divisorias por estos aceptadas, según reza el fallo o parte dispositiva de dicha resolución, la que devino en firme, en cuanto frente a la misma no se interpuso recurso, consintiéndose por las partes.

En méritos a dichas operaciones divisorias, por compensación del exceso en las adjudicaciones que resulta a favor de D. Leovigildo, debía este abonar a D.ª María Inés la cantidad total de 127.902,24 €, principal objeto de reclamación en demanda ejecutiva.

La liquidación de la sociedad legal de gananciales, como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 29 de julio de 2005, no tiene otro objeto que la valoración, liquidación y adjudicación de los bienes y deudas previamente inventariados, para poner fin a la comunidad derivada del régimen de gananciales, sin que pueda admitirse la tramitación plena de la liquidación, para después mantener una situación semejante a la existente con anterioridad, lo que sería contrario a la propia naturaleza del procedimiento, quedando aquella supeditada precisamente al resultado de la liquidación de la sociedad de gananciales.

En este sentido, la STS 16 de diciembre de 1995 (ponente Sr. Martínez Calcerrada), con cita de la STS 14 de julio de 1994, declara, en lo que aquí nos afecta:

«En consecuencia, en punto a su valoración pueden cualquiera de las partes actuar a tenor de lo dispuesto en el art. 1062, párrafo 2.º, en cuyo caso, el valor que se obtenga en esta pública subasta será justamente sobre el que tenga derecho el 50% cada uno de los litigantes, y sin perjuicio de, en su caso, la indemnidad sobre el derecho de uso familiar de la misma en los términos previstos en los arts. 90 y ss. del CC».

Posteriormente expresa:

«En efecto, ambas partes entienden que el bien en cuestión es esencialmente indivisible;con esta premisa, el demandante interesa que se le adjudique la plena propiedad a la esposa, en tanto ésta postula que se les atribuya a ambos en proindiviso, lo que, como ya se analizó, es una petición "contra natura", puesto que, por una parte, el procedimiento de liquidación pretende poner fin a la situación resultante de la sociedad de gananciales (comunidad germánica), lo que no puede pasar por crear otro tipo de comunidad (romana) si cualquiera de los cónyuges no está de acuerdo (habida cuenta que, en tal caso, se estaría violando el principio de nadie está obligado a permanecer en la indivisión —arts. 400 y 1051 CC— sino por repartir el remanente; y, por otra parte, según el art. 1062 CC, al que remite el art. 1.410, tratándose de bienes indivisibles, la facultad que se atribuye al coheredero (cónyuge) consiste en pedir la adjudicación o solicitar su venta en pública subasta, pero no en postular la creación de una comunidad romana.

No estamos ante un compraventa impuesta —como afirma la recurrente—, sino ante el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 1061 CC: la contadora partidora hizo lotes y los adjudicó a los litigantes. Cuestión distinta es que los lotes no sean iguales, más la jurisprudencia viene entendiendo, respecto al principio de igualdad cuantitativa a que alude el precepto, que "el art. 1061 tiene más bien carácter facultativo y orientativo que de imperativa observancia" (STSS 15 de marzo de 1995, ponente Sr. Fernández-Cid de Temes).

La recurrente podía haberse liberado de esa pretendida adjudicación forzosa acudiendo al

mecanismo del art. 1.062 CC, esto es, solicitando la venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños y respetando su derecho de uso de la vivienda atribuido en la sentencia de separación. Pero no lo hizo, sino que se limitó a pedir el condominio, abocando así a la solución propuesta por la contadora y recogida en la sentencia impugnada.

En otras palabras, al no poder pasar de una comunidad germánica a una comunidad romana si cualquiera de los cónyuges insta la división (por imponerlo así la regla anteriormente apuntada de que nadie puede ser obligado a permanecer en la indivisión), la solución estribaba, ya en atribuir el bien a uno de los litigantes, a calidad de compensar al otro con otros bienes o en metálico, ya en proceder a su venta en pública subasta, posibilidad esta última que nadie instó, por lo que únicamente restaba la primera alternativa, expresamente pedida por el demandante y que se compaginaba con la asignación del uso y disfrute de la vivienda a la demandada, el deseo de ésta de permanecer en la casa, el derecho de propiedad que le correspondía en exclusiva sobre el suelo y la primera planta y, en definitiva, sobre su voluntad de alcanzar la propiedad del piso que se trasluce en su pretensión de constitución de un condominio».

En igual línea se puede citar nuestra sentencia de fecha 24 de Mayo de 2005, así como el auto, también de esta misma Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de noviembre de 2011, recaído en el rollo de apelación 861/2001, en el que se resolvió un supuesto de denegación de despacho de ejecución de sentencia recaída en proceso seguido para la liquidación de sociedad legal de gananciales, segunda fase, de avalúo y adjudicaciones.

Citábamos en meritado auto otro de la Audiencia Provincial de Pontevedra, fechado a 22 de octubre de 2010, en cuya virtud se confirma la inadmisión a trámite de una demanda de división de cosa común precedida de previo juicio de liquidación de gananciales, remitiendo a la parte al proceso de ejecución de sentencia de liquidación.

Se sostiene en la citada resolución que es jurídicamente inasumible la tramitación de diversos y estancos procesos finalizadores de la comunidad, por presentarse conceptualmente el instituto de la liquidación, ya extrajudicial, en convenio regulador, ya judicial, cauces de los artículos 809 y 810 de la L.E.Civil, como un acto único e indivisible, comprensivo por disposición legal de las operaciones de inventario, avalúo, formación de lotes y, finalmente, adjudicaciones de los mismos a los ex consortes, operaciones todas ellas entendidas dentro de un proceso, que, aún complejo, requiere unidad de acción (artículos 1.396 y siguientes del Código Civil), de donde entiende lo procedente promover el pertinente proceso de ejecución con base precisamente en esa titulación ejecutiva, y no instar una demanda ordinaria de división de un bien específico.

En igual sentido se pronuncia la sentencia de 29 de julio de 2005, también de la Audiencia Provincial de Pontevedra, al calificar de inadmisible el mantenimiento posterior de una situación semejante a la existente con anterioridad a la liquidación, como contrario a la propia naturaleza del procedimiento liquidatorio; resolución esta citada en nuestra sentencia de 4 de junio de 2010, en la que mantenemos igual tesis.

Sentado lo precedente, conviene efectuar las siguientes consideraciones:

En materia de ejecución, el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución Española como derecho fundamental se extiende, además del acceso a los tribunales de los interesados, a la necesidad de que el fallo de la resolución dictada por aquellos se cumpla en sus propios términos, y así señala el Tribunal Constitucional (STC de 9/10/ 2002) que «mientras el derecho a la ejecución de lo juzgado es obligada consecuencia de la necesaria eficacia de la tutela judicial, el derecho a que esa ejecución se lleve a cabo en sus propios términos, es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado, se traduce en un derecho subjetivo del justiciable que actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la Ley (Ver por todas, STC de 20/6/1988). Así, y aun siendo cierto que la ejecución de sentencias viene atribuida a

los propios órganos judiciales como una manifestación típica de la potestad jurisdiccional que la CE les ha conferido en su art. 117.3 (STC de 28/10/1987, correspondiéndoles deducir las exigencias que impone la ejecución de la Sentencia en sus propios términos, no sólo interpretando, en caso de duda, el alcance de sus propios pronunciamientos, sino velando también por la aplicación de tales decisiones, para lo cual adoptarán las medidas necesarias en el oportuno procedimiento de ejecución (entre muchas, SSTC de 15/7/1987; 19/10/1992; 28/6/1993; 8/3/1999 y 14/6/1999, también lo es que dicha facultad no les habilita a desconocer o alterar la realidad jurídica conformada con la firmeza de la resolución judicial adoptada, ni mucho menos, a reducir a la nada la propia eficacia de aquélla.

Una vez incorporado al fallo de la sentencia y firme ésta, carece de trascendencia si sus pronunciamientos derivan o no de una transacción o acuerdo de las partes, lo cierto es que, en la parte dispositiva o fallo de la sentencia de 10 de junio de 2010, con desestimación de la oposición formulada por D. Leovigildo al cuaderno particional, se acordó la aprobación de las operaciones divisorias aceptadas por los litigantes y valoración realizada por la contadora partidora, operaciones en virtud de las cuales, reiteramos, por exceso en las adjudicaciones efectuadas a favor del recurrente, quedaba este vinculado a compensar a la contraparte, por su cuota de participación en los concretos bienes, en la cantidad a que se contrae la presente reclamación, 127.902,24 euros en total, cantidad líquida, concreta y exigible, y, por ende, susceptible de ser ejecutada a falta de cumplimiento voluntario del obligado a ello.

Considera esta Sala que, por supuesto, la sentencia de 10 de junio de 2010, contiene un pronunciamiento de condena a favor de la ejecutante recurrida, sentido este en el que igualmente se han pronunciado otras Audiencias Provinciales, como la de Las Palmas en auto de 27 de marzo de 2009, en el que se afirma:

«La Sentencia contiene un pronunciamiento de condena a favor del apelante, sin que quepa entrar siquiera a considerar los alegatos de la parte apelada en relación a la no ejecutabilidad de la sentencia de referencia —en el sentido de que se trata de un procedimiento de división de la cosa común, repitiendo casi literalmente los fundamentos jurídicos del Auto del juez de instancia en orden a que las sentencias sobre división de la cosa común no incluyen deber de prestación ni mandado de cumplirlo—, toda vez que la Sentencia homologa judicialmente un Acuerdo logrado entre las partes en el transcurso del proceso, siendo doblemente ejecutiva, tanto por la vía del art. 517.2.1.º y 3.º de la LEC (como así lo entendió inicialmente el juzgador de instancia en el Auto por el cual despachó la ejecución), y ello con independencia de que dicha Transacción judicial, judicialmente homologada, se haya obtenido en un procedimiento de división hereditaria o en cualquier otro, sin que pueda tampoco, como subsidiariamente pide el apelado, estimarse defecto procesal ya que dice, el procedimiento adecuado es el previsto para tales supuestos en los arts. 787 y 788 LEC, en primer lugar, porque la aprobación definitiva de las particiones a que alude el art. 788, ya se produjo en la sentencia que ha devenido firme (no hay que volver a aprobar un Cuaderno particional ya aprobado por las partes y por la sentencia), y, en segundo lugar, porque aquí no se pretende ejecutar otra cosa que una transacción de las partes alcanzada durante la sustanciación del proceso, judicialmente homologada por sentencia firme (por tanto, con las consecuencias previstas por la Ley para tal negocio jurídico procesal, de acuerdo también con la Doctrina del TS al efecto, sentencias de 6/11/1993 y 29/7/1998, oportunamente citadas por el apelante, con la producción de la cosa juzgada) por lo que es correcto el procedimiento ordinario de ejecución forzosa previsto en los arts. 517 y ss. de la LEC respecto de la condena a la entrega dineraria de 48.539,66 Euros al apelante, así como también es correcta la petición del ejecutante-apelante en relación a la obligación de hacer, contenida igualmente en la sentencia, para lo cual, y a la vista del no hacer de los ejecutados, solicita la actuación prevista al efecto en los arts. 705 y ss. de la LEC.

Cualquier otra solución, a juicio de esta Sala, sería contradictoria con la Doctrina del Tribunal Constitucional que ha quedado expresada, haciendo inservible y reduciendo a la nada la sentencia dictada que, como ya se ha repetido hasta la saciedad, y con independencia de que

tenga una parte de contenido declarativo-constitutivo, contiene también un pronunciamiento de condena que, además, resulta de un acuerdo de las partes judicialmente homologado, y que ha resultado inexplicablemente y largamente incumplido por las apeladas que, por lo demás, a lo largo de todos sus escritos, no han alegado un solo motivo (máxime siendo firme la resolución e imposible de modificar) que justifique tal incumplimiento y que, sin embargo, disfrutan del bien adjudicado por sentencia.

En relación a que la Sentencia cuya ejecución se pretende no tiene autoridad de cosa juzgada hemos de decir que la cosa juzgada existe desde que es firme la Sentencia de instancia que procedió a homologar el Acuerdo al que llegaron las partes durante el proceso. Por tanto, los términos del acuerdo son firmes, y firme también la sentencia que declara la homologación de los mismos, y por ello pasa en autoridad de cosa juzgada, de tal manera que la cosa juzgada existe, pero no sólo por ello, sino que la Doctrina jurisprudencial acerca de la cosa juzgada, aplicada al caso de autos, impediría un procedimiento posterior sobre la misma cosa y el mismo objeto de pedir (que, al parecer, es lo que pretende la parte apelada, cuando alega que la sentencia que se pretende ejecutar no contiene pronunciamiento de condena, de lo que se sigue que, a juicio de los apelados, el actor-apelante debe interponer otra demanda en la que solicite la adjudicación de la vivienda a las meritadas demandadas y la condena a que se le entregue la cantidad de 48.539,66 euros, en concepto de la cuota de su haber hereditario, pedimentos todos ellos contenidos en el Acuerdo de las partes homologado judicialmente por sentencia). A este respecto, baste recordar la consolidada doctrina Jurisprudencial sobre la cosa juzgada, recogida en innumerables Sentencias (entre ellas, STS de 10 de junio y 31 de diciembre de 2002; 15 de julio de 2004; 28 de octubre de 2005; 13 de julio y 27 de octubre de 2006; 14 de febrero de 2008, que viene a establecer que, a efectos de la cosa juzgada no cabe confundir la premisa con la decisión, que es donde se genera). La identidad de la 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 (STS de 27 /10 /2000, pero en todo caso, el juicio sobre la concurrencia o no 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 (SS de 3 de abril de 1990; 3 de marzo de 1992; 25 de mayo de 1995; 30 de julio de 1996, pues el efecto positivo de la cosa juzgada actúa en el sentido de no poder decidir en el proceso posterior un concreto tema.

Aplicando dicha doctrina al caso presente, no cabe duda de que la cosa juzgada alcanza a los pedimentos de la demanda en que se solicitó la división de la herencia y la adjudicación a dos de las coherederas de la vivienda perteneciente a la herencia común, así como el pago al coheredero no adjudicatario de su cuota en el haber hereditario, que las partes acordaron se valoraba en 48.539,66 euros, de tal manera que no procedería otro proceso para solicitar la condena de lo ya establecido en el acuerdo alcanzado y judicialmente homologado, aunque fuera en otras fechas y por distintos motivos, pues ello sería indiferente, toda vez que el tribunal no puede resolver en momento posterior sobre lo mismo o de manera contraria a como quedó resuelto en la sentencia precedente».

En idéntico sentido, el auto de fecha 22 de julio de 2002 de la Audiencia Provincial de Cantabria, parte de la consideración de que obviamente la definición del contenido y naturaleza de los pronunciamientos de una sentencia no debe ceñirse a los términos literales del fallo, como si la utilización del término «condena» fuese inexcusable para entender producida esta. Por el contrario, habrá de estarse a una interpretación integradora del Fallo con el resto de la sentencia e incluso de las pretensiones deducidas en la demanda para poder concretar si realmente la sentencia contiene o no la imposición de una obligación determinada a cargo de una de las partes en favor de la otra, pues en esto consiste esencialmente un pronunciamiento de condena, y en este sentido con gran flexibilidad y siempre en atención al caso concreto se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Supremo, de lo que es ejemplo la Sentencia de 19 de diciembre de 2001.

Se razona en la última resolución mencionada:

«Debe tenerse en cuenta que ya en la demanda se pedía que las operaciones divisorias se realizaran en periodo de ejecución de sentencia, pretensión con la que según consta en la propia sentencia de instancia estuvo de acuerdo la parte demandada; y es esta obligación pedida en la demanda frente a los demandados y asumida por los actores la que acoge la sentencia firme, al decir no solo que se declara la división de la herencia conforme a los pronunciamientos que se contienen en los Fundamentos de Derecho, sino que además las operaciones particionales habrán de realizarse en ejecución de sentencia. No se trata, como ahora la parte recurrente parece entender, de una simple remisión al periodo de ejecución de sentencia para que el juez elabore el cuaderno particional, labor impropia del órgano judicial, ni tampoco para que dicte un auto como si de un cuaderno particional se tratara, sino de imponer una obligación de hacer las operaciones divisorias conforme a lo dispuesto en la sentencia, obligación que por su naturaleza se proyecta sobre todas las partes en litigio. La doctrina legal siempre admitió la posibilidad de que las concretas operaciones divisorias se realizasen en ejecución de sentencia (por ejemplo, STS 14 de julio de 1994), y es claro que un pronunciamiento así no es meramente declarativo, pues contiene en sí mismo la previsión de "ejecución", que no puede ser sino de la sentencia por contener esta una condena, cuyo objeto es concretamente la realización de las operaciones divisorias, con el contenido que a este concepto atribula el art. 1.077 de la vieja Ley de Enjuiciamiento de 1881 y ahora atribuye el art. 786 de la nueva Ley 1/2000, esto es, la confección de un cuaderno particional que contenga la relación de bienes, el avalúo y la liquidación del caudal su división y adjudicación a cada uno de los herederos, todo ello conforme a lo ya resuelto en la sentencia dictada en el juicio declarativo, para su aprobación y posterior protocolización notarial. Ciertamente, la vieja ley no contenía normas de ejecución para tan concreto supuesto —que no puede reducirse por sus peculiaridades a una simple obligación de hacer o de emitir una declaración de voluntad—, por lo que era preciso integrar el proceso de ejecución con las normas más adecuadas, como eran en su momento los de los arts. 1070 y ss. en cuanto resultaban de aplicación y siempre con las limitaciones que impone el objeto de este, que es simplemente la confección y aprobación de un cuaderno particional ajustado a las bases de la ejecutoria, pues la peculiaridad en estos casos de partición a través del juicio declarativo consiste en que este no es posterior a la discusión sobre los cuadernos particionales de las partes y el dirimente realizados en el juicio voluntario de testamentaría, sino anterior y los pronunciamientos de la sentencia base para la confección del cuaderno.

Por lo anterior, es claro que la sentencia en su día dictada contenía una condena a realizar las operaciones particionales que obliga no sólo a los demandados en el pleito, sino también a los actores, pues a ambos vincula la sentencia y para ambos constituye cosa juzgada lo resuelto en ella, y conforme a la legislación derogada ningún obstáculo habla a la apertura del proceso de ejecución a instancia de cualquiera de las partes, pues las dos tienen interés en el cumplimiento (SSTS 10 de julio de 1945, 15 de febrero de 1989 y 20 de marzo de 2000). Siendo esto así, y siendo claro que el cambio de ley procesal no puede impedir la efectividad de las sentencias dictadas con anterioridad ni vaciar de contenido el derecho constitucional de las partes a la ejecución de lo resuelto, que como es sabido se integra dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, ni puede abocar a la necesidad de que se promueva un nuevo pleito para que se imponga a la parte actora una obligación ya declarada en sentencia y a la que por definición está vinculada, es claro que no puede sostenerse una interpretación restrictiva de las nuevas normas reguladoras de la ejecución que conduzca a ese resultado, debiendo por el contrario propiciarse la interpretación posible que mejor permita satisfacer ese derecho, y en esta línea no cabe sino entender que cuando la Ley se refiere a la parte acreedora y deudora como legitimados en el proceso de ejecución (art. 538 LEC) comprende a ambas partes indistintamente cuando la ejecución de la condena precisa de la colaboración de la parte acreedora de la prestación principal, a su vez deudora del deber de colaboración en el cumplimiento, de suerte que el condenado pue-

da también instar el proceso de ejecución para obtener esa colaboración de su acreedor debida conforme a la sentencia; y en este caso, y siendo así que la sentencia que se trata de ejecutar contiene una condena a la práctica en periodo de ejecución de las operaciones divisorias, justo es entender que también el condenado está facultado para instar la apertura de ese proceso, en el que tiene tanto interés como la parte demandante en el pleito.

Por todo cuanto antecede, es visto que procede la íntegra estimación del recurso y acordar, por el contrario, el despacho de ejecución, debiendo seguirse los trámites previstos en los arts. 784 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto al procedimiento a seguir para la práctica de las operaciones divisorias en la medida en que es compatible con la naturaleza del proceso de ejecución; por ello, la medida de ejecución interesada sobre que el Juez dicte un auto haciendo la división no puede ser acordada, aunque sí que el Juez deberá convocar a Junta a las partes en el pleito a los efectos de lo dispuesto en el art. 784 de la LEC.

A la vista de todos los antecedentes, fácticos, legales y jurisprudenciales, ha de ser desestimado el recurso de apelación interpuesto frente al auto de fecha 27 de junio de 2011, al ser absolutamente correcto, como conforme al ordenamiento jurídico y al criterio que en la materia se mantiene por esta Sala, debiendo continuarse con la ejecución despachada a 27 de diciembre de 2010 por un principal de 127.902,24 euros que viene en definitiva D. Leovigildo obligado a abonar a D.ª María Inés, por el exceso de adjudicaciones que resulto a favor de aquel en el cuaderno particional aprobado por sentencia de 10 de junio de 2010, título de la presente ejecución, perfectamente ejecutable, máxime en atención a razones residuales de economía procesal, y en aras a evitar la perpetuación de un estado no deseable de indivisión que haga baldío un anterior procedimiento prolongado y costoso, en menoscabo de la tutela judicial efectiva.

El inmueble no puede valorarse en el importe del préstamo hipotecario solicitado en el año 2006, pues es obvio que los cuatro años transcurridos hasta el momento del avalúo han redundado en una disminución de su valor. Aun cuando es cierto que esta solución supone una ruptura del equilibrio entre el valor de la finca y el importe del préstamo hipotecario consignado en el pasivo del patrimonio ganancial, tampoco puede desconocerse que ello es una consecuencia necesaria del tiempo transcurrido desde la fecha de la concesión de la hipoteca y de la depreciación de aquel activo inmobiliario en el transcurso de este período.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro**

El objeto del debate de la presente litis se centra en determinar la valoración que merece la finca incluida en el inventario de la sociedad ganancial como activo a liquidar y descrita como vivienda unifamiliar con terreno denominada «…», sita en San Esteban de las Cruces (Oviedo), lugar … n.º … Partimos de una finca con una superficie de 696 m^2 que aparece valorada por el perito designado por el Juzgado Sr. Juan Antonio (Agente de la Propiedad Inmobiliaria) en la suma de 114.186 euros, habiendo declarado este perito en el acto de la vista que ha utilizado para dicha valoración una serie de testigos de precios para otras fincas próximas a Oviedo, aplicando seguidamente un factor de corrección consistente en multiplicar por dos el precio obtenido habida cuenta que la finca de que tratamos tiene el carácter de edificable. Por su parte el Arquitecto Sr. Domingo, que elabora su informe a instancia de Don Primitivo, concreta que los derechos edificatorios sobre la finca son de 400 m^2 sobre rasante, lo que equivaldría a dos plantas de 200 m^2 cada una de ellas (sótano aparte), si bien realiza una serie de consideraciones que le llevan a moderar la valoración de la finca a 11.600 euros. Por su parte, la contadora Sra. Paulina,

elabora el cuaderno particional tomando como valor para la finca el de 147.300 euros que se corresponde con el importe del préstamo hipotecario que los cónyuges Don Primitivo y Doña Angustia habían suscrito para la compra de la finca en el año 2006, argumentando para ello que cuando se disolvió la sociedad de gananciales en el año 2008 habían transcurrido menos de dos años desde la compra del inmueble, tiempo que no resulta significativo, siendo así que cuando compraron la finca lo hicieron siendo conscientes de su realidad urbanística y de sus posibilidades de construcción y revalorización. Finalmente, la Sentencia de primera instancia acoge la valoración realizada por el Sr. Juan Antonio y rechaza el criterio de la contadora por cuanto el valor que suele otorgarse a las fincas en las escrituras hipotecarias suele sobrevalorarse frente a su importe real.

Frente a este pronunciamiento se alza se alza en apelación Doña Angustia alegando en el recurso primeramente su disconformidad con la imposición que se hace a la recurrente de las costas causadas en la primera instancia y, por lo que hace referencia al fondo del debate, su disconformidad con la valoración probatoria en que se contiene en la Sentencia recurrida al apoyarse en el informe dictado por el perito Don. Juan Antonio, siendo lo cierto que existen en las actuaciones otros elementos probatorios que desvirtúan la pericia llevada a cabo por aquél.

Planteado el debate en los términos que resultan expuestos en el fundamento anterior, la primera consideración que cabe realizar es que, como reiteradamente viene declarando nuestro Alto Tribunal en interpretación de los arts. 847, 1045 y 1074 C.Civil, la valoración de los bienes partibles (y a la liquidación de la sociedad de gananciales es aplicable en lo no previsto en el Cap. IV del Título III del Libro IV del Código Civil lo establecido para la partición y liquidación de la herencia) habrá de efectuarse con relación al tiempo de practicarse la partición (SSTS 23 diciembre 1993, 8 julio 1995, 27 octubre 2000, entre otras), a lo que cabe añadir que «con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales, y durante el periodo intermedio hasta la liquidación, se forma una comunidad, de modo que los incrementos o disminuciones patrimoniales son de riesgo y ventaja de sus integrantes» (STS 25 mayo 2005). La segunda consideración pasa por llamar la atención acerca de una circunstancia muy cualificada y que parece haber sido omitida en el planteamiento de la litis, cual es que con posterioridad a la compra por parte de los cónyuges de la finca en discusión (el 27 octubre 2006), el mercado inmobiliario ha venido experimentando una progresiva y acusada depreciación, lo que constituye un hecho notorio (art. 281.4 LEC), razón por la que cobra fuerza que en el momento que ha de ser tomado como referencia temporal para su avalúo (julio del 2010 que es cuando se presenta el cuaderno particional), no pueda ser respetado el mismo precio de compraventa por el que el inmueble había sido adquirido en su día. Situados en este escenario es claro que no puede resultar acogida la pretensión del recurrente de estimar como valor de la finca el de los 147.300 euros correspondientes al importe del préstamo hipotecario solicitado en el año 2006 (aún cuando la compraventa había sido escriturada por un precio de 102.000 euros), pues es obvio que los cuatro años transcurridos hasta el momento del avalúo han redundado en una disminución de su valor, debiendo descartarse con mayor razón el precio fijado en la tasación efectuada por la empresa Krata, S.A. que lo fijó en 184.200 euros pues se trata de la tasación instrumentada para la concesión de la hipoteca y por tanto con un importe superior al del mercado de aquel momento. A partir de aquí habremos de tomar en consideración las explicaciones dadas por el Arquitecto Don Domingo en el acto de la vista cuando señala que no resulta probable que una persona que disponga de capacidad económica para construir una edificación con una superficie de 400 m^2 sobre rasante elija para ello una finca como la presente que dispone tan solo de 696 m^2, que está relativamente alejada del casco urbano de Oviedo y con un acceso en vehículo que tampoco resulta sencillo, siendo lo mas probable que dicha persona escogiera una finca ubicada en otra zona y con condiciones más óptimas. En definitiva, teniendo presente que la valoración realizada por este último perito es todavía inferior a la que otorga el de designación judicial Don Juan Antonio es por

lo que procede acoger el precio reseñado de 114.186 euros, y con ello la confirmación de la Sentencia de primera instancia en el extremo examinado. Aun cuando es cierto que esta solución supone una ruptura del equilibrio entre el valor de la finca y el importe del préstamo hipotecario consignado en el pasivo del patrimonio ganancial, tampoco puede desconocerse que ello es una consecuencia necesaria del tiempo transcurrido desde la fecha de la concesión de la hipoteca y de la depreciación de aquel activo inmobiliario en el transcurso de este período.

El ex esposo no puede ejercitar la acción de rescisión por lesión de la liquidación de gananciales ya que en la misma no se incluyó la valoración de los bienes, lo que implica una renuncia, al menos tácita, al ejercicio de la acción.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 26 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Ercilla Labarta**

Se plantea asimismo, en segundo lugar, la rescisión de la liquidación de la sociedad de gananciales realizada en el mismo convenio regulador del divorcio, y ello por una alegada lesión en mas de la cuarta parte del valor de los bienes objeto de liquidación. En cuanto a la pertinencia de la acción, y según la doctrina legal plenamente consolidada, la rescisión por lesión del artículo 1.074 del Código Civil, es de aplicación a la partición de una sociedad de gananciales disuelta, por mandato del artículo 1.410 del mismo texto legal, sin que a ello obste que haya ocurrido con ocasión de un convenio regulador de la separación matrimonial o divorcio (STS 26 de enero de 1993, 8 de marzo de 1995 y 3 de junio de 2004). Ahora bien, partiendo de lo anterior hemos de referirnos a las cuestiones ya suscitadas en primera instancia, y reiteradas en el escrito de oposición del recurso, así como en la sentencia de instancia, respecto a si apelante puede ejercitar la acción de rescisión por lesión, dados los términos del convenio de 1 de Mayo del 2006, pues en la liquidación de gananciales, aparte de adjudicar a cada uno de los cónyuges el 50% de los saldos de dos cuentas bancarias, se limita a atribuir a la esposa una vivienda gravada con una hipoteca, y al marido un vehículo, sin realizar valoración alguna de tales bienes, lo que pudiera entenderse, según considera la sentencia recurrida, como una renuncia, al menos tácita, al ejercicio de la acción. A este respecto, en cuanto a la renuncia citada, bien sea expresa o tácita, la misma es admitida por la jurisprudencia, así STS 30 de octubre de 2008, «la sentencia de 6 marzo 2003, después de señalar que no había existido desequilibrio económico en la partición de los gananciales, añadía en lo relativo a la renuncia que (...). En este caso no puede admitirse, por tanto, la inexistencia de renuncia a la acción de rescisión por lesión que ha tenido en cuenta para la estimación de la demanda la sentencia recurrida, pues la renuncia es clara y de interpretación unívoca; y, además, se deduce de hechos, actos o conductas relacionadas con la misma, como lo son todas las estipulaciones que se contienen en el convenio y que se han sometido a aprobación jurisdiccional y contra los propios actos ahora se pretende modificar lo pactado, que llevaría de tener lugar a modificar también las resoluciones judiciales aprobatorias en proceso distinto al incidental de modificación por alteración de las circunstancias en las que el convenio se produjo», y lo mismo ocurre en la sentencia de 17 marzo 2006, referida a la partición de bienes hereditarios, que admite la renuncia tácita a la rescisión, doctrina aplicable a la de los bienes gananciales, dada la remisión efectuada por el artículo 1410 Código Civil. A tal efecto, se cita también la ya antigua sentencia del TS de 11 junio 1957 que determina la validez de la renuncia cuando el renunciante conocía «todas las circunstancias de hecho que determinan la realidad y la existencia de la lesión»; tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado que puede mantenerse la validez de la renuncia cuando no concurre un vicio de la voluntad o

de cualquier causa que pueda producir la invalidez de los negocios jurídicos, «pues es de cuenta del interesado el no renunciar si no está seguro de lo que se juega (...)». La sentencia de 22 febrero 1994 admitió la renuncia diciendo que «Se trata, en suma, de una liquidación y partición de la sociedad de gananciales en que se han dado a los bienes y a los lotes un valor convenido; que se ha tenido tiempo de notificarla o enmendarla antes del otorgamiento de la escritura pública, y no se ha hecho; y que el recurrente la consintió y firmó libremente, pues no se han probado sus alegaciones de coacciones para hacerlo. Pues bien, con base a esta doctrina puede considerarse que dados los términos de la estipulación cuarta del convenio, la falta de valoración de las adjudicaciones, se ha de entender como una renuncia, al menos tácita, a ejercitar la acción de rescisión por lesión, pues como indica la S de la AP de Madrid de 14-12-2009 con remisión a la sentencia AP Córdoba Sección de 4 de abril de 2003… si por las razones que fueren, las partes no quisieron asignar un valor convencional a los bienes y deudas que formaban el patrimonio común, de forma que sólo procedieron a su precisa e individualizada designación y atribución, el efecto, por lo que aquí respecta y deriva del sentido racional de todo ello, no es otro que el de considerar que dicho acuerdo liquidatorio contenía una implícita renuncia a la acción de rescisión por lesión aquí deducida. Así y para un caso relativamente similar lo tiene declarado el TS en S 22 Feb. 1994, de forma que las renuncias no deben ser sólo válidas cuando se emiten con palabras prácticamente sacramentales, sino que es posible inferirlas o deducirlas de hechos, actos o conductas que han de llevar rectamente, sin duda alguna, a darles la significación de renuncias». En el supuesto del presente recurso, no puede alegarse que las posibles diferencias entre le valor entre la vivienda y un coche fueran desconocidas para el apelante, es más, son fácilmente visibles para cualquiera, por lo tanto, si no se hizo constar ni el valor patrimonial de éste, ni tampoco de dicha vivienda, sólo puede entenderse como una renuncia, al menos implícita por parte del actor a la acción de rescisión. Pretender que la valoración de dichos bienes se ha conocido con posterioridad a la suscripción del convenio y la liquidación de gananciales, no puede ser de recibo, por cuanto pretender la rescisión por lesión, por una valoración efectuada *a posteriori*, con base a circunstancias que se debían de conocer a la fecha de la liquidación, implicaría ir contra sus propios actos, y la falta de valoración como renuncia tácita, se deduce de hechos o actuaciones de interpretación unívoca, no dudosa o incierta. Por todo lo anterior, no acreditada tampoco la existencia de vicios del consentimiento, es procedente también en este punto la confirmación de la resolución recurrida.

No constando que el seguro de hogar se hubiere concertado durante la vigencia del matrimonio ni que el ex esposo haya dado su consentimiento, no se ha justificado que se trate de un gasto absolutamente necesario, no existiendo por tanto derecho de reembolso.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 22 de marzo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María de los Reyes Castresana García**

No existiendo controversia entre las partes de que en el apartado segundo del pasivo ganancial en vez de figurar el importe de 217,28 euros por deuda de la sociedad de gananciales frente a la Sra. Elisabeth, en concepto de gastos de cancelación de la hipoteca de la vivienda común, debe figurar el importe de 317,28 euros, la única cuestión controvertida en esta alzada es la disconformidad de Dña. Elisabeth con la exclusión en el pasivo ganancial del inventario de la sociedad de gananciales del matrimonio formado con D. José Daniel, de la deuda de la sociedad de gananciales frente a la Sra. Elisabeth por importe de 1.846,98 euros por los gastos abonados en concepto de primas del seguro de la vivienda en común, al considerar la Magistrada *a quo* que,

no constando que el seguro de hogar se hubiere concertado durante la vigencia el matrimonio ni que el ex esposo haya dado su consentimiento, no se ha justificado que se trate de un gasto absolutamente necesario.

Ateniendo a las circunstancias del caso examinadas, este motivo de impugnación debe ser desestimado, en base a la misma fundamentación jurídica que se recoge en la sentencia recurrida.

Está demostrado que la disolución de la sociedad de gananciales aconteció por sentencia de separación matrimonial de 27 de abril de 1994, y que, según certificación obrante de Seguros Ocaso, fue únicamente Dña. Elisabeth quien contrató póliza Ocaso Hogar, desconociendo las coberturas que ampara, reclamando lo satisfecho por las primas de seguro desde el año 1997 al año 2009, sin que conste que este contrato de seguro fuera concertado durante la vigencia del régimen económico matrimonial o con el consentimiento del Sr. Elisabeth durante la sociedad postganancial, ni por tanto que esta obligación de pago fuese asumida por el Sr. José Daniel.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se confirma la situación de desamparo, pues la madre abandonó al hijo al cuidado de los abuelos maternos y estos, al no poder atenderlo, lo entregaron a un centro de acogida, no pudiendo considerarse al padre una persona apta para el cuidado del menor por las adicciones que presenta.

AP Almería, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel Espinosa Labella**

En el caso que nos ocupa nos encontramos con un menor que con escasa edad es abandonado por la madre al cuidado de sus padres, los cuales a su vez tiene dificultades para cuidarlo por la interferencia que efectúa el padre con motivo de las visitas que realiza a dicho domicilio por lo que deciden entregar a al menor a un centro de acogida, lo que pone en aviso de una situación de riesgo para aquella, averiguándose que la madre se ha desentendido de la niña pero que el padre, a pesar de que inicialmente parece tener habilidad para cuidar a su hija, sin embargo tiene ciertas adicciones que le dificultan esa labor, acrecentándose el problema al comprobar que el entorno familiar del padre tampoco es el más adecuado por los antecedentes de la familia en otra localidad, por lo que la menor es declarada en situación de desamparo.

Por tanto, aunque se ha realizado un estudio del entorno familiar para intentar una inserción del niño en el ambiente familiar, se descarta por falta de fiabilidad la familia de la abuela paterna, efectuándose un estudio de los padres que determina la falta de idoneidad de los mismos para mantener sus vínculos.

Con tales antecedentes no podemos sino considerar que la situación de desamparo de la menor ha sido un hecho incuestionable, tanto por los antecedentes a la entrega voluntaria a la Autoridad Administrativa competente, como por la conducta posterior de los padres, sin que su mejora en cuanto a vivienda y hábitos, en particular del padre, pueda considerarse como liberadora de aquellos incumplimientos de sus deberes para con la niña, por los informes de los técnicos sobre el ambiente familiar de la menor y considerando sus circunstancia personales rebeladas en dichos informes, todo lo cual nos lleva a la confirmación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia; no procediendo un cambio de los días de visita del padre ante los informes obrantes en el expediente, sin perjuicio de que sea aconsejable en un futuro a la vista de la evolución de las circunstancias familiares y de la menor.

La impugnación de la correspondiente resolución administrativa ha de discurrir necesariamente por los trámites del art. 780 de la LEC, y ello sin perjuicio de que, entablado el correspondiente procedimiento, pudiera solicitarse, en tanto se pone fin al mismo, la adopción de las correspondientes medidas cautelares, al amparo del citado art. 158. Entenderlo de otro modo, habilitando esta última vía al margen de aquel *iter* procesal *ad hoc*, podría conducir al absoluto contrasentido jurídico-procesal de restituir a un menor al seno de sus padres sin solicitar al mismo tiempo la revocación de la resolución administrativa.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 27 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

En el escrito que encabeza las actuaciones que, por vía del presente recurso, se someten a nuestra consideración, D.ª Graciela expone que la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, mediante resolución de 18 de mayo de 2011, ha acordado declarar el desamparo y asumir la tutela de la hija menor de aquélla, África, medida que, según se alega, está causando un daño psicológico importante tanto a la madre como a la hija, que estaba siendo alimentada con leche materna, negando además las causas en las que se basó la citada resolución administrativa.

Y sobre dicha base alegatoria, e invocando el artículo 158-4 del Código Civil, se solicita del Juzgado que dicte Auto acordando cautelarmente la devolución de la niña al entorno materno, así como la adopción de cualquier otra medida «tendente a apartar a mi bebé del peligro y perjuicio que supone una crianza y amamantamiento separados, sin perjuicio de que una vez adoptadas se trasladen para su reparto a los Juzgados de Familia, puesto que voy a interponer ante dicho órgano jurisdiccional contra la Resolución dictada por la Comisión de Tutela del Menor y contra la ejecución efectuada por la comisión de infracciones de legalidad ordinaria y de amparo constitucional» (*sic*).

El Órgano *a quo*, mediante Auto de 7 de junio de 2011, decide no admitir a trámite dicha solicitud, al no haberse impugnado previamente la resolución de desamparo dictada por la entidad pública.

Y contra dicho criterio decisorio se alza la referida solicitante, interesando de la Sala su revocación. En apoyo de tal *petitum* y en el trámite del artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la dirección Letrada de la recurrente alega que las medidas del artículo 158 CC no quedan vinculadas a ningún otro proceso o fase procesal, pues tienen sustantividad propia y tan sólo quedan supeditadas al interés directo y concreto que tutelan, por lo que el Órgano judicial puede adoptar, de oficio y en cualquier momento, aquellas medidas que estime más apropiadas a la situación del menor.

Tal planteamiento encuentra la frontal oposición del Ministerio Fiscal y de la Comisión de Tutela del Menor, cuya dirección Letrada, en el trámite del artículo 461 LEC, refiere que la medida de protección en un principio acordada no se ejecutó y, posteriormente, quedó sin efecto la misma, por lo que no concurren los requisitos para adoptar las medidas del citado artículo 158.

No obstante dicha nueva situación, y ante el requerimiento al efecto realizado por la Sala, la dirección Letrada de la apelante manifiesta su voluntad de mantener el recurso, pues, según se expone, la resolución dictada por la entidad pública no fue ajustada a derecho y, de haberse concedido por el Juzgado la medida interesada, la niña hubiera retornado con anterioridad al entorno materno.

A la vista del expuesto planteamiento de la parte recurrente, parece necesario recordar que la situación de riesgo en que pudiera encontrarse la hija de dicha litigante, al ser apartada de su madre sin motivo justificado, según se alega, venía determinada, no por una actuación carente de respaldo normativo, sino a consecuencia de una decisión, debidamente motivada, de la correspondiente entidad pública, en el ejercicio

de las funciones que le atribuye, respecto de la protección de los menores en situación de desamparo, el artículo 172 del Código Civil.

Y siendo ello así, la impugnación de la correspondiente resolución administrativa ha de discurrir necesariamente por la vía al efecto habilitada en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y ello sin perjuicio de que, entablado el correspondiente procedimiento, pudiera solicitarse, en tanto se pone fin al mismo, la adopción de las correspondientes medidas cautelares, al amparo del citado artículo 158.

Entenderlo de otro modo, habilitando esta última vía al margen de aquel *iter* procesal *ad hoc*, podría conducir al absoluto contrasentido jurídico-procesal de restituir a un menor al seno de sus padres sin solicitar al mismo tiempo la revocación de la resolución administrativa, lo que podría determinar que coexistieran, en su vigencia, dos situaciones legales absolutamente contradictorias.

Por ello resulta absolutamente irreprochable el criterio que recoge la resolución impugnada, al in admitir a trámite una solicitud que no podía desligarse, en su planteamiento ante los Tribunales, del procedimiento al respecto contemplado en el artículo 780 LEC, y como una posible pieza separada del mismo, pero careciendo de toda viabilidad, a tenor de lo antedicho, en su postulación aislada e independiente.

A mayor abundamiento, en el estado actual de las actuaciones, el hipotético amparo de la pretensión revocatoria formulada supondría únicamente que se ordenara al Órgano *a quo* el dar impulso procesal a la inicial solicitud tendente a un reintegro de la menor al entorno materno que ya se ha producido, lo que atrae necesariamente al caso las previsiones del artículo 22 LEC, al no existir ya interés legítimo en obtener la tutela pretendida.

Cuestión distinta es la relativa al ajuste o no a derecho de la resolución administrativa que declaró el desamparo de la menor y asumió su tutela y que, en su caso, podría dar lugar a las oportunas responsabilidades de la entidad pública. Pero obvio es que el presente expediente, por la limitación de su cognitio, en su necesaria conexión con la pretensión inicialmente formulada, resulta absolutamente inadecuado para entrar en el análisis y resolución de dicha problemática, que debe derivarse necesariamente al cauce procesal contemplado en el repetido artículo 780.

Razones todas ellas que, aisladamente y en su conjunto, hacen decaer, en cuanto carente de toda consistencia jurídico-procesal, el recurso formulado.

No puede constituirse la tutela solicitada por los abuelos respecto de tres nietos, pues aunque se ha constituido por la autoridad marroquí la kafala, los padres no están privados de la patria potestad, siendo por otro lado indisponibles las funciones de la patria potestad.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Auto de 23 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Sanabria Parejo**

Recurren los apelantes la resolución de primera instancia que ha desestimado su petición de constitución de tutela de sus nietos menores de edad alegando si dirección jurídica en el escrito de interposición del recurso de apelación que consta unido a las actuaciones una errónea valoración sobre la prueba de los requisitos del artículo 222 del Código Civil, lo que debe conectarse con la infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás normas relativas a la carga de la prueba. En este sentido son muchas las Sentencias del Tribunal Supremo, y por ello huelga su cita concreta y específica al ser sobradamente conocidas, las que nos dicen que el recurso de apelación es de los llamados de plena jurisdicción, por lo que permite a la Sala entrar en el debate de todas las cuestiones controvertidas, tanto procesales como de fondo, y dentro de éstas tanto la comprobación de la adecuación e idoneidad de la fundamentación jurídica que se contiene en la resolución recurrida, como la revisión de todas aquellas operaciones

relativas a la valoración global y conjunta de la prueba practicada, pudiendo llegar a idénticas o discordantes conclusiones a las mantenidas por el Juez «a quo» en la sentencia apelada.

La resolución recurrida debe ser confirmada por sus propios fundamentos a los que pueden añadirse los siguientes razonamientos jurídicos, de conformidad a la jurisprudencia dominante, que sigue el criterio de la Instrucción de la Dirección General de Inmigraciones de 27 de septiembre de 2007. El artículo 17.c) de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, de 11 de Enero de 2000, dispone que el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los menores de 18 años cuando sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español. En el caso de autos, se otorgó el acta de compromiso de kafala ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tetuán la cual se encuentra debidamente traducida en las documentales de los folios 18 y siguientes de las actuaciones. Debemos pues, examinar si la kafala otorgada a los recurrentes reúne los elementos necesarios para producir efectos en territorio español, para lo cual debe recordarse que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de julio de 2006, aunque relativa al reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales, considera la kafala del Derecho islámico como una institución que permite que un menor se beneficie de los cuidados materiales y de la educación que le proporciona el kafils, o persona que asume la kafala, en este caso los apelantes, pero sin crear más vínculo entre ellos, que una obligación personal por la que el primero se hace cargo del segundo y se obliga a atender su manutención y educación, constituyendo una situación similar al acogimiento o prohijamiento del Derecho español, que produce la plena participación del menor en la vida familiar e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, pero que ni crea vínculos nuevos, ni rompe los anteriores, ni priva de la patria potestad a los padres. En la citada Resolución se declaraba también que la kafala es una situación que puede ser reconocida en España si ha sido válidamente constituida por autoridad extranjera, siempre que no vulnere el orden público internacional español, y si los documentos en los que consta se presentan debidamente legalizados y traducidos a idioma oficial español.

La doctrina y la jurisprudencia son unánimes cuando consideran que el derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores es un derecho-función que trasciende del ámbito meramente privado y hace que su ejercicio sea obligatorio, y no facultativo para su titular, por lo que tiene carácter indisponible e irrenunciable, e impide a quien la ostenta abandonarla y solo se extingue por las causas legales establecidas en los artículos y 170 del Código Civil, ésto es, por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo, por la adopción del hijo, por la emancipación o mayoría de edad o por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad o dictada en causa criminal o matrimonial. Puesto que nuestro Ordenamiento Jurídico no consiente actos dispositivos de los padres sobre el derecho-función de la patria potestad, no es posible considerar a los recurrentes tutores de sus nietos, pues aquellas funciones parentales las siguen ostentando su madre, por lo que procede desestimar tanto la petición relativa a que se constituya la tutela sobre la misma.

Cuando la ley señala que no se requiere la propuesta de la entidad pública cuando el adoptando hubiere estado bajo la tutela por más de un año, es claro que se está aludiendo a una declaración legal de tutela y no a una condición fáctica o situación de hecho, como la que nos ocupa.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 6 de marzo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Carmen Neira Vázquez**

Por la dirección letrada de la parte apelante se interesa la revocación de la resolución recurrida y se pide se dicte resolución por la que se ordene la continuación del procedimiento y alega entre otras razones que en la Institución les asesoraron que ellos sólo podían iniciar el estudio cuando el menor estuviera en situación de desamparo.

Por su parte el MF pide que se confirme la resolución apelada y alega entre otras razones que consta la falta del requisito del artículo 176.2 del CC.

Se resuelve en la primera instancia desestimar la demanda formulada por el ahora recurrente, lo que al parecer de la Sala es conforme a las exigencias del Código Civil, en tanto en cuanto el precepto citado en la resolución que se apela y en el dictamen del Ministerio Fiscal en su apartado segundo contempla los supuestos en que no es preceptiva aquella propuesta previa de la Entidad pública.

En efecto, dispone el citado artículo 176. 2 del CC, que no es necesaria la propuesta previa de la Administración Pública, entre otros supuestos, cuando el menor lleve más de un año bajo la tutela de los adoptantes.

Y es el caso que en el supuesto de hecho enjuiciado si bien consta que el 6 de octubre de 2009 nace el menor adoptando —formulándose la demanda el 22 de octubre de 2010— y se alega en el escrito rector del procedimiento que desde el nacimiento el menor ha residido en el domicilio de los demandantes; no lo es menos que no existe de esta forma, legalmente constituida, la tutela, tal y como con carácter general se regula en el capítulo ll, sección primera, del título X del libro primero del Código Civil, y como quiera que la norma objeto de aplicación especifica o califica la naturaleza de aquella situación, señalando que entre otros supuestos, no se requiere la propuesta de la entidad pública cuando el adoptando hubiere estado bajo la tutela por más de un año, es claro que se está aludiendo a una declaración legal de tutela y no a una condición fáctica o situación de hecho, como la que nos ocupa, razones todas por las que la Sala no encuentra motivos para admitir la pretensión demandante, significando además que si bien el propio Código prevé que la declaración de idoneidad no tiene que porque ser previa a la propuesta de adopción, pudiendo realizarse, en su caso, dicha declaración de idoneidad de los adoptantes, antes o después, si es necesario que para iniciar el expediente de adopción se tenga la propuesta previa de la entidad pública a favor de los adoptantes, razones todas que determinan, asimismo, en este punto el rechazo de este motivo de apelación y conllevan la confirmación del auto recurrido.

FILIACIÓN

Tratándose de un reconocimiento de complacencia, no viciado de error, ni por dolo, ni por violencia o intimidación, el progenitor que lo hizo tiene acción para revocarlo, pero dicha acción está sometida al plazo de caducidad de cuatro años, que se cuentan desde la fecha misma del reconocimiento.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 30 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente**

En el presente caso, no se discute en esta alzada que la acción ejercitada no es la del artículo 141 del Código Civil, sino la del artículo 140, como tampoco se discute que el demandante reconoció a la hija por complacer a la madre, a la que conoció ya embarazada, y con quien había iniciado en ese estado una relación sentimental, que se rompió tiempo después. A la luz de la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo que ha quedado trascrita, hemos de concluir que tratándose de un reconocimiento de complacencia, no viciado de error, ni por el dolo, ni por violencia o intimidación, el progenitor que lo hizo tiene acción para revocarlo, pero dicha acción está sometida al plazo de caducidad de cuatro años, que se cuentan desde la fecha misma del reconocimiento, lo que nos conduce a una solución distinta de la que allí se alcanzó, pues en este caso la acción se ejercitó cuando ya había transcurrido dicho plazo de caducidad, a lo que debemos añadir que, en cualquier caso, difícilmente puede negar el apelante que la niña goce de la posesión de estado, cuando ha quedado acreditado que poco más de un mes antes de presentar la demanda, D. Imanol y D.ª Fátima presentaron en el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Gijón Convenio Regulador, en el que se establecía el régimen de guarda, custodia y alimentos de María Luisa, lo que dio lugar a que el procedimiento que, a tales efectos, había iniciado como contencioso D.ª Fátima se transformase en procedimiento de mutuo acuerdo, en el que recayó Sentencia de 8 de junio de 2010 (es decir, seis días antes de presentar la demanda de impugnación de la filiación), en la que se aprobó dicho Convenio, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar los pronunciamientos de la sentencia apelada.

El Juzgado de instancia interpreta en términos abiertamente restrictivos los requisitos de admisión a trámite de la demanda de impugnación de la filiación, que no se complacen en absoluto con la exigencia espiritualista y aperturista que exige el que se posibilite la investigación de la paternidad.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Auto de 1 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio María González Floriano**

Frente al Auto de fecha 23 de Diciembre de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia Número Cinco de los de Cáceres en los autos de Juicio de Filiación seguidos con el número 576/2011, conforme al cual se acuerda la inadmisión a trámite de la Demanda interpuesta por D. Darío contra D.ª. Paloma y contra el menor, D. Mario, se alza la parte apelante —demandante, D. Darío— alegando, básicamente y en esencia, como único motivo del Recurso, la infracción de precepto legal por indebida aplicación, o por interpretación errónea, del artículo 767 de

la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la infracción del artículo 39 de la Constitución Española. No se ha presentado Escrito de Oposición al Recurso de Apelación ni de Impugnación de la Resolución recurrida.

Centrado el Recurso en los términos que, de manera sucinta, han quedado expuestos en el Fundamento Jurídico anterior y, examinadas las alegaciones que lo conforman, el único motivo en el que aquél se sustenta denuncia —como se acaba de anticipar— la infracción de precepto legal por indebida aplicación, o por interpretación errónea, del artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con la infracción del artículo 39 de la Constitución Española, postulando la parte apelante, en este sentido, la admisión a trámite de la Demanda de Impugnación de Filiación, al cumplir la misma los requisitos para su admisión en los términos previstos en el artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Puede ya adelantarse que el Recurso de Apelación interpuesto ha de ser, ciertamente, estimado mediante el acogimiento de los propios razonamientos jurídicos en los que la parte demandante fundamenta la Impugnación, en la medida en que se corresponden con la interpretación que, de la disposición establecida en el artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de contenido esencialmente análogo al del derogado artículo 127 del Código Civil) viene estableciendo el Tribunal Supremo. De este modo, el apartado 1 del artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «en ningún caso se admitirá la Demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en los que se funde»; precepto que el Juzgado de instancia interpreta en términos abiertamente restrictivos, que no se complacen en absoluto con la exigencia espiritualista y aperturista que exige el que se posibilite la investigación de la paternidad conforme determina el artículo 39 de la Constitución Española.

En este sentido, 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 sólo 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 personalidad 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 Española) (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de Mayo de 2000).

Pues bien, el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 18 de Mayo de 2000 —con cita de la Sentencia de fecha 3 de Septiembre de 1996—, indica que ha de insistirse en la Jurisprudencia de esa Sala sobre que no puede confundirse el principio de prueba exigido por el artículo 127 del Código Civil (hoy derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de Enero) para la admisión de la Demanda con la que ha de realizarse en el curso del proceso para obtener una Sentencia favorable. Basta para que el Juez admita a trámite la Demanda que del propio contexto o contenido de ella se aprecie una mínima línea de razonabilidad o verosimilitud de la que derivar la atribución de la paternidad, sometida siempre al resultado de la prueba a practicar en el proceso, pues el requisito del párrafo segundo del artículo 127 sólo hace referencia a un complemento tendente a procurar la seriedad de la Demanda, sin que pueda constituir una restricción u obstáculo a la posibilidad que abre el artículo 39.2 de la Constitución Española (Sentencias de fechas 3 de Diciembre de 1991, 8 y 20 de Octubre de 1993, ó 28 de Abril y 28 de Mayo de 1994). El artículo 127 del Código Civil sirve como instrumento previsor frente a insólitas Demandas instadas por sentimientos personales o deleznables, en su caso, pero nunca puede funcionar o entenderse como obstáculo que frene o trunque legítimas situaciones cuya única solución en pos al acreditamiento de la paternidad demandada lo será merced a la constatación judicial «ope sententiae» en el procedimiento correspondiente. Se insiste en que la sanción del citado artículo 127

en absoluto requiere una instrumentación formal o documental en apoyatura de la Demanda para de ella derivar la verdad controvertida, lo que resulta de todo punto inconsistente, porque de lo que se trata y requiere es que, según los casos y hasta en la hipótesis de mínima cimentación, sea suficiente del contexto de esa petición original obtener el órgano judicial una impresión de que, razonablemente, existe base o fundamento para adentrarse en el acervo «ex post» probatorio en búsqueda de la paternidad discutida. Por otra parte y, en Sentencia de fecha 18 de Julio de 2000, ha declarado el Tribunal Supremo que el artículo 127 del Código Civil, acorde con el artículo 39.2 de la Constitución Española, establece las más amplias posibilidades de prueba para determinar la paternidad y la maternidad a través del correspondiente juicio, siquiera en su párrafo segundo establece un requisito de procedibilidad al exigir, para que la correspondiente Demanda sea admitida a trámite, que ya inicialmente se presente un principio de prueba de los hechos en que se funde la Demanda, exigencia legal que la Jurisprudencia ha espiritualizado señalando «que basta con que en esa demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado» garantizándose la seriedad de aquélla —Sentencias de 3 de Octubre de 1998, 16 de Enero, 22 de Marzo y 4 de Mayo de 1999— y ese requisito procesal que el Código Civil proclama se estimó cumplido por el Juez de Primera Instancia con el trámite que hizo de la Demanda rectora hasta admitir, en el correspondiente trámite posterior, las pruebas propuestas por la demandante, entre las que se encontraba la de análisis de grupos sanguíneos y material genético de madre, supuesto padre e hija para comprobar si existe o no la paternidad que se pretende dentro de las probabilidades relativas de exactitud de esta clase de pruebas.

En atención a la Doctrina Jurisprudencial expuesta, no cabe duda de que la Demanda rectora de este Proceso debe admitirse a trámite, no sólo porque el relato de hechos expuestos en la misma no es en modo alguno irracional, ilógico, inverosímil ni adolece de seriedad (cuando se afirma que, en la fecha natural de la concepción del menor, se encontraba vigente una orden de protección a favor de D. Paloma, por la que se prohibía al hoy demandante, D. Darío, acercarse a la misma a menos de cien metros de su domicilio, lugar de trabajo o cualquier establecimiento o lugar en que se encontrara, así como la prohibición de comunicarse por cualquier medio —documento señalado con el número 2 de los acompañados a la Demanda—), sino también porque el Juzgado de instancia interpreta en términos abiertamente restrictivos, que no se complacen en absoluto con la exigencia espiritualista y aperturista que exige el que se posibilite la investigación de la paternidad conforme determina.

UNIONES DE HECHO

No cabe hablar de comodato porque el mismo, de haber existido, concluyó al romperse la relación sentimental, ya que lo que justificaba la permanencia de la mujer en la vivienda era repetida relación y tampoco tenía otro derecho al carecer de título que lo sostuviera, permitiéndoselo gratuitamente el actor, antes del incidente, hasta que se trasladara a otra ciudad.

AP Cádiz, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de marzo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Margarita Álvarez-Ossorio Benítez**

En el recurso de apelación promovido por la representación de D.ª Alicia se estima que ha habido error en la valoración de la prueba ya que la relación que ha mediado entre las partes, more uxorio, desvirtúa que la misma tenga la condición de precarista, existiendo un comodato, habiendo habido relación contractual entre los convivientes.

Las partes, relacionadas otrora sentimental y profesionalmente, la mujer en la empresa del actor, rompieron ambas relaciones y habiéndole permitido el demandante que permaneciera en la vivienda de su propiedad hasta su traslado previsto a otra localidad, Barcelona, al parecer, tuvieron una discusión posterior que dio lugar a diligencias penales, imponiéndosele al actor la medida cautelar de alejamiento, viéndose imposibilitado de regresar a su domicilio, que seguía ocupando la mujer. Fue absuelto por delito de violencia de género donde se hizo constar el alejamiento de la pareja desde época anterior al incidente denunciado por la recurrente, habiéndose puesto de manifiesto que el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Cádiz canceló la medida cautelar impuesta.

Pretendió la recurrente se adoptara en vía civil Medida Cautelar para permanecer en la vivienda, lo que le fue denegado, habiéndose documentado en autos que, pendiendo el recurso, la apelante abandonó la casa, dejando la puerta abierta, lo que le fue comunicado por vecino al Sr. Borja, quien acompañado por miembros de la Guardia Civil se hizo cargo de la finca.

En la vista de la apelación la Letrado de la recurrente mantuvo el recurso más poniendo de relieve que no había podido conectar con su defendida, no sabiendo nada de su marcha.

La acción, fundada en el artículo 250.1.2 de la LEC y concordantes del Código Civil, artículos 430, 437, 438, 441 y otros, debe ser estimada como se hizo en la instancia. El actor justificó la propiedad del bien, cuya posesión ostentaba y compartió en un tiempo con la demandada, resultando que, rota la relación desde hacía meses antes del incidente en que el Sr. Borja sale de su casa, la apelante pretende mantenerse en ella. No cabe hablar de comodato porque el mismo, de haber existido, concluyó al romperse la relación sentimental ya que lo que justificaba la permanencia de la mujer en la vivienda era repetida relación y tampoco tenía otro derecho al carecer de título que lo sostuviera, permitiéndoselo gratuitamente el actor, antes del incidente, hasta que se trasladara a otra Ciudad.

Mas sucede, además, que en el caso de autos, con el abandono de la vivienda y la recuperación de la posesión por el demandante se ha producido una carencia sobrevenida del objeto pretendido al haberse logrado la pretensión extrajudicialmente.

Por ello, que proceda la desestimación del recurso y la confirmación de la Sentencia de instancia.

CUESTIONES PENALES

No constituyen delito de coacciones los mensajes de móvil enviados por su ex pareja en tono cariñoso y de añoranza.

AP Castellón de la Plana, Sec. 2.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Luis Antón Blanco**

La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes: «ÚNICO.—Ha resultado probado y así se declara como consecuencia de la prueba practicada consistente en interrogatorio del acusado, testifical y documental que, el acusado Romeo —mayor de edad y sin antecedentes penales— y Gloria mantuvieron una relación sentimental con convivencia en el mismo domicilio durante unos años aproximadamente, finalizando la referida relación en el mes de Septiembre de 2007. A partir de dicho momento, el acusado, con la finalidad de privar a su ex pareja de la tranquilidad y sosiego en su vida diaria, comenzó a remitirle constantes mensajes a su teléfono móvil del siguiente tenor literal:

9/10/07, 02:48h. «Me haces falta porfi».

9/10/07, 02:50h. «Estás?».

9/10/07, 02:55h. «Joder contesta por lo menos».

9/10/07, 03:12h. «Ocho años bien y mal y ni siquiera contestas».

9/10/07, 03:22h. «No hace falta ni que vengas mañana te odio eres mala persona».

24/11/07, 07:02h. «Tú ya no me quieres pero yo te quiero un montón».

24/11/07, 07:05h. «Estoy en la tienda en un coche intentando dormir pero no puedo».

24/11/07, 07:10 h. «Siempre estaré contigo».

24/11/07, 07:19h. «Por lo menos podías contestar o soy un extraño?».

25/11/07, 13:50h. «Te echo de menos y quiero escuchar tu voz! Anda solo como amigo porfi».

27/1 1/07, 11:53h. «Te parece bien que te invite a cenar el viernes en el Don Pepe?».

27/11/07, 12:13h. «Joder Gloria es mi cumple».

01/12/07, 00:31 h. «Te odio eres una mentirosa es mi cumple!».

14/12/07, 15:41 h. «No sé Gloria pero me tratas como si fuera una puta mierda, juegas con mis sentimientos, me escribes besets solo para tu interés, gracias por joderme cada día más».

15/12/07, 18:06h. «Gracias por no llamarme solo quería darte un regalo. Pero no te preocupes en ésta vida cada uno tendrá lo que se merecerá».

26/12/07, 14:48h. «Más mentiras Gloria, buenos consejos de tu amiga en fin como no contestas ya tendrás noticias de mi».

26/12/07, 23:53h. «Mañana no creo que estés muy tranquila y no es una amenaza yo me voy a león a reírme un rato, yo sí que estoy tranquilo».

14/1/08. «Si llego a saber esto no te hubiera dejado ir al entierro. Estoy muy mal. Solo te pedí poder hablar para desahogarme pero veo que no. Para qué me ofreces tu ayuda si después me tomas por gilipollas. He hablado con los Bancos y les he dicho que no puedo más. Esto es demasiado para mí, no quiero que me perdones, yo solo quería que me entendieras. Pero ni eso. Soy capaz de todo, lo juro por mi papi. Que se vaya todo a la mierda. Me dá igual. Ya no me queda nada que perder. Lo siento, con lo fácil que lo tenías».

15/1/08. «Necesito hablar contigo».

15/1/08. «Lo siento de corazón, que hables con mi familia. Voy a retirar todo lo de mi abogada. Me haces falta. Lo siento que he sido así».

15/1/08. «Algún día estarás conmigo corazón?».

15/1/08. «Sabes que no soy mala persona. Me haces malo pero dame tiempo».

12/3/08, 2:42h. «Gracias por ponerme los cuernos, gracias por destrozar mi vida, gracias por humillar, gracias por tu doble personalidad, gracias por jugar con mis sentimientos cuando se murió mi padre, gracias por ser tan mala persona, gracias por todo, gracias por acusarme del incendio y salir en el periódico, gracias por decir toda nuestra vida a tus amigas y no por contármelo a mi para solucionarlo. GRACIAS POR SER TÚ LA QUE ME ENGAÑÓ. GRACIAS».

31/3/08. «Una cosita dile a tu chulo de putas que la próxima vez que pase por mi lado y se ría en mi cara no lo reviento sino que lo mando al otro lado no juegues que al final te quemas prepárate para el juicio te vas a quedar en blanco todo por tu egoísmo yo ya he cambiado de nombre la empresa y todo lo que está a mi nombre yo también hago mis deberes».

El Fallo de dicha sentencia apelada literalmente dice: «Que debo condenar y condeno a Romeo como autor penalmente responsable de un delito de coacciones leves ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 3 MESES DE PRISIÓN, y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por siete meses así como el pago de las costas procesales, incluidas de la acusación particular. Igualmente procede imponer al acusado la prohibición de aproximarse a Gloria a menos de 200 metros, y de comunicarse con ella a través de cualquier medio por un periodo de un año y tres meses; ABSOLVIÉNDOLE del delito de maltrato psíquico y de la falta de coacciones, por los que se formulaba acusación».

La sentencia apelada viene a condenar al acusado Romeo como autor de un delito de coac-

ciones en el ámbito de la violencia de género del art. 1722 del CP, y contra las consideraciones de la juzgadora de primer grado se alza el acusado, con el apoyo del fiscal, argumentando la falta de concurrencia en el factum de la propia sentencia de los elementos necesarios para que se dé el delito de coacciones puesto que —se dice— los mensajes SMS están sacados de contexto, son el reflejo de una situación de crisis de pareja devenida de una infidelidad de la denunciante, con cruces de mensajes por los que se pretendía por el Sr. Romeo normalizar la situación y, en todo caso, el contenido de tales mensajes no son exponente de una violencia intensa ni evidencian un ánimo tendencial para obtener o imponer algo a costa de la libertad de alguien.

La parte apelada se ha opuesto al recurso, dando otra versión sobre los hechos, aduciendo que la Sra. Gloria quiso desvincularse y cortar la relación sentimental que mantenía con el Sr. Romeo debido a los celos y al maltrato psicológico que venía padeciendo, lo que no siendo aceptado por éste, el Sr. Romeo pretendió con sus mensajes y bajo una «vis compulsiva», amendrentarla para retomar la relación, lo que se ve confirmado por el dictamen médico que alude al acoso sufrido originador de un estrés postraumaútico, y por el dato de los encuentros nada casuales del acusado en locales de ocio donde acudía la denunciante y su amiga, que ha depuesto como testigo, como añadida acción de componente coactivo.

Como es sabido las coacciones penales, graves o leves, precisan la confluencia de los siguientes elementos:

a) Una conducta violenta de contenido material («vis física») o intimidativa («vis compulsiva») ejercida contra al sujeto pasivo de la infracción, bien de modo directo o indirecto a través de cosas —«vis in rebus» (STS de 2-3-1989)—, e incluso de terceras personas, cuyo *modus operandi* va encaminado como resultado a impedir hacer lo que la ley no prohíbe o a efectuar lo que no se quiera, sea justo o injusto, conducta que, según la intensidad de violencia podrá ser constitutiva de delito o de falta;

b) Que exista el ánimo tendencial consistente en un deseo de restringirla libertad ajena, como se deriva de los verbos «impedir» y «compeler» (STS de 23 de Oct. de 2001).

c) Una ilicitud del acto, examinado desde la normativa de la convivencia social y la jurídica que preside o debe regular la actividad del agente.

En este caso, donde se describen una serie de mensajes telefónicos de texto (unos 24 SMS) enviados en un amplio periodo que va desde el 9 de octubre de 2007 a marzo de 2008, es decir en unos 6 meses, en verdad no se describe en el factum de la sentencia un animo o una inspiración de imponer o tratar de impedir una determinada conducta en la Sra. Gloria.

Tratándose el ilícito de las coacciones de un delito que lesiona la libertad de determinarse y de obrar de una persona, para la apreciación de su comisión se requiere que la conducta del sujeto activo este inspirada o guiada por un dolo especifico (ánimo tendencial o intenso) de atentar contra la libertad de obrar del ofendido como se deriva de los verbos impedir y compeler (S.25-5-82 y 11/3/99).

Como refiere la SAP de Sevilla, sec.4.ª de 20 de diciembre de 2011 «es pacífica la Jurisprudencia que viene poniendo el acento en la necesidad de ese dolo específico de atentar a la libertad de obrar de otra persona, privándola de su libre determinación y venciendo física o moralmente su voluntad; esa y no otra ha de ser precisamente la línea divisoria no ya sólo con figuras afines sino también con comportamientos atípicos, y ya esta misma Sala ha advertido en numerosas resoluciones (valga, por todas, la sentencia 147/09, de 5 de marzo, y las que allí se mencionan) del riesgo de convertir el delito de coacciones en una especie de «cajón de sastre» en el que quepan cualesquiera otras conductas difíciles de encajar en tipos próximos e incluso afines so pretexto de que prácticamente todas las figuras delictivas acaban cercenando, de una u otra manera y en sus términos más generales, la libertad ajena».

Tampoco en otras partes de la sentencia se muestra una consideración sobre tal elemento finalista, pues solo se afirma que el acusado «obró con la intención de crear una situación de desasosiego e intranquilidad en la víctima», pero no se indica que la intención o dirección del acusado fuera que su ex pareja forzara su voluntad y se viera constreñida a seguir con él.

Podrá decirse, no sin razón, que la finalidad no es ciega, que ese desasosiego debió obedecer a una voluntad o razón concreta, dispuesta hacía un fin, pero no puede dejar de desconocerse que toda actividad obedece a ciertos motivos, y unos pueden ser reaccionales y sin perseguir un cambio de actitud (por ejemplo, por venganza), de modo que debe quedar expuesto el fin perseguido en forma de imponer o prohibir algo a alguien.

Mas con todo, no es este el motivo básico de la no apreciación del delito de coacciones, pues tratándose de un delito eminentemente circunstancial, debe examinarse la situación en que se dieron esa serie de SMS telefónicos expuestos acumuladamente en la denuncia.

Como bien exponen los apelantes (acusado y fiscal adherido) se trata de 24 mensajes que se dieron a lo largo de 6 meses.

Alguno de esos mensajes, enteramente inocuos y propios del sentimiento del inicial desafecto notado, se acumularon en un día, por ejemplo los 5 primeros del día 9 de octubre de 2007 o los de la madrugada de un fin de semana de 24 de nov. de 2007. Nada en verdad relevantes en cuanto a un potencial de inquietud, y no dieron lugar a denuncia alguna.

Entre el Sr. Romeo y la Sra. Gloria no solo hubo una relación sentimental, sino que al parecer mantenían un negocio conjuntamente o bajo alguna forma de participación, lo que obligaba a finiquitar aspectos del mismo (algún mensaje se alude a bancos y a abogado).

Por otro lado en ese periodo, fue el cumpleaños del Sr. Romeo, y también murió el padre de éste, y ello al parecer motivo un acercamiento condoliente de la Sra. Gloria aunque fuere sin la menor intención de reanudar la relación.

No hay la menor duda que la Sra. Gloria de algún modo debió contestar a alguno de esos SMS, sin que se haya dispuesto de tal material para verificar el suceder de los mismos. Hubiese sido interesante conocer el cruce de SMS.

Tampoco hay duda, a la vista del contenido de los SMS, de que el Sr. Romeo añoraba a su ex pareja, y trataba de reanudar la relación de alguna forma, con invitaciones a cenar, también reproches por la falta de éxito o de respuesta, etc.

Sin la menor duda la situación debió hacerse molesta para la Sra. Gloria, pero no vemos que pueda tener relevancia penal.

Tampoco consta que la Sra. Gloria le dijera o le contestara al Sra. Romeo, para que la dejara de llamar, ante una insistencia pesada de su ex novio por retomar la relación.

Lo que se ve es una razonable amenaza sentida a partir de un hecho muy grave, cual es el incendio del coche de la Sra. Gloria en el parking, hecho que constantemente ha sido puesto de manifiesto por la denunciante para exponer el peligro y el sentido amenazante que retrospectivamente habría de dar a los mensajes, más sin embargo se trata de un hecho que no es que no tenga nada que ver el Sr. Romeo, sino que el estudio e informe policial concluyó que había sido accidental, con lo que no puede aceptarse insinuación alguna de su autoría.

Consideramos lógico el temor, no inicial —puesto que no hubo denuncias—, una vez la Sra. Gloria sufrió un accidente semejante y se trata de justificar relacionándolo con una actitud de cierto acoso molesto de la ex pareja, pero el incendio del coche no puede dar significado retrospectivo a los mensajes del acusado.

Por ello creemos que el dictamen médico sobre el estrés postraumático no es relevante en este caso, por jugar causalmente el factor intimidante del casual incendio del coche, como decisiva concausa extraña al hecho enjuiciado.

Se dice —y se acredita por la testigo amiga de la denunciante— que el Sr. Romeo aparecía por establecimientos de ocio por donde antes no frecuentaba, pero no parece del todo ilógica tal coincidencia anta la nueva perspectiva de no tener pareja y salir por la noche, solo o con amigos.

A esos nuevos lugares donde acudía el Sr. Romeo es de suponer que tampoco acudiría antes la Sra. Gloria porque salía junto con aquel como su pareja.

Luego ambos acudirían de nuevas a esos locales, y el hecho de que la Sra. Romeo se sintiera incomodada ante la presencia del ex novio, obviamente podrá entenderse, pero no podrá limitarse ni entenderse como acosante si no va acompañada de actos o actitudes significativos

en algún sentido inquietante, y ciertamente los SMS son algunos simplemente añorantes o cariñosos —aunque solo puedan molestar en una situación terminal de pareja—, en cierto modo compresibles dado lo reciente de la ruptura y sin constancia de que se le dijere que no mandara más, y otros SMS son muestra de rabia o frustración por la decepción de no ver receptiva a la persona querida, pero en todo caso con contenido equívoco para una intención supuestamente intimidante.

Por ello cabe conceder la razón a los apelantes, debiéndose revocar la sentencia en favor de la absolución.

SUCESIONES

Está legitimado para instar la nulidad de un contrato por simulación absoluta quien ostente derechos sobre la herencia, como heredero o como legitimario. También quien tenga derecho a una parte alícuota de la herencia.

AP Murcia, Sec. 5.ª, Sentencia de 22 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Manuel Nicolás Manzanares**

La sentencia de instancia estima la demanda formulada por Don Moisés, declarando la nulidad, por simulación absoluta, del contrato compraventa celebrado entre la demandada, su hermana Doña Marcelina, y su padre en fecha 29 de diciembre de 2005, efectuado con ánimo simulador de una donación, en detrimento de sus derechos legítimos en la herencia de su padre —ya fallecido—, de sus intereses legitimarios sobre la herencia, y que el inmueble objeto de dicho contrato integra la masa hereditaria del padre; y frente a esta resolución interpone recurso de apelación la demandada, insistiendo en la excepción de falta de legitimación activa del demandante y en que no ha existido tal simulación, si bien, para el caso de que no se estimara así, también se alega que debería revocarse el pronunciamiento de la resolución apelada que la condena al pago de las costas procesales, aduciendo que concurren serias dudas de hecho y de derecho.

Pues bien, por lo que se refiere a la excepción de falta de legitimación activa, reproducida ahora en el recurso y básicamente fundada en que el demandante no prueba que el contrato litigioso, como acto del causante, perjudique sus derechos legitimarios, fue desestimada por la sentencia apelada diciendo que «... el motivo de oposición no puede ser estimado, ya que resulta de toda lógica que al corresponder al demandante una determinada cuota en el caudal relicto, la adición de un determinado bien en la masa hereditaria supondrá un correlativo incremento en dicha cuota».

Y este tribunal comparte tal razonamiento, debiéndose reparar en que, con la pretendida nulidad del contrato, también persigue el actor —y así lo obtiene en la resolución impugnada— que el inmueble objeto del mismo forme parte integrante de la masa hereditaria, en definitiva, como bien precisa en su escrito de impugnación del recurso de apelación, un mayor activo de dicha masa y, por tanto, una mayor cuota hereditaria.

Pero es que la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1993 (n.º 810/1993, rec. 241/1991), en un supuesto en el que por los recurrentes se alegaba la inexistencia de la nulidad de la compraventa, al no existir simulación absoluta por haberse realizado una donación encubierta y por prescribir la acción ejercitada, y la falta de legitimación activa del Estado, demandante, por carecer de la cualidad de heredero legitimario, rechaza esta última alegación, diciendo, entre otras cosas, que «...resulta de una evidencia dogmática indiscutible la legitimación para el ejercicio de las acciones de nulidad por simulación de todos quienes tengan la cualidad

de herederos, sea cual fuere el adjetivo calificativo de su naturaleza (legitimarios, colaterales, testamentarios, abintestato, etc.)».

Más recientemente, en la misma apuntada línea, la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2010 (n.º 608/2010, rec. 1792/2006), ante el motivo de los recurrentes en el que se alegaba la falta de legitimación de los actores, legitimarios, para ejercer la acción de nulidad por simulación de los actos que se impugnaron la demanda, sosteniendo que solo se permite la acción de nulidad por simulación de los actos del causante cuando se demuestre que dichos actos perjudican los derechos legitimarios, resuelve desestimando el motivo, con el siguiente razonamiento: «La artificiosa construcción del recurrente que pretende convertir una legítima consistente en una pars bonorum en una legítima pars valoris sin ninguna otra finalidad que negar la legitimación de los demandantes, no puede ser admitida. Los legitimarios están habilitados para ejercer la acción de nulidad de aquellos actos de su causante que no solo perjudiquen su legítima, sino que incidan en la comunidad hereditaria, al formar parte de la misma. Debe recordarse aquí que el art. 782.1 LEC reconoce a los legatarios de parte alícuota la legitimación para pedir la partición de los bienes hereditarios y la jurisprudencia de esta Sala los ha considerado incluidos (SSTS de 31 enero 1970 y 26 abril 1997). Pero es que, además, se ha reconocido a los legitimarios legitimación para ejercitar la acción de nulidad por simulación de las donaciones realizadas por su causante (SSTS de 14 noviembre 1986, 24 octubre 1995, 17 junio 2000, entre otras)».

En cuanto a la cuestión de si nos encontramos ante ese supuesto de simulación absoluta, que también se discute en el recurso, reprochando al Juzgador error en la valoración de las pruebas, para desestimar esta impugnación bastaría con dar por reproducida la fundamentación que sobre esa cuestión se contiene en la sentencia apelada, cuyas argumentaciones no resultan conmovidas o desvirtuadas por el parecer de la apelante; debiéndose recordar que la jurisprudencia viene afirmando que es motivación suficiente de las sentencias la remisión hecha por el Tribunal superior a la sentencia de instancia que era impugnada (SSTS 174/1987; 146/1990; 27/1992, 11/1995, 115/1996, 105/1997, 23/1997 y 26/1998), precisando la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998 que: «Si la resolución de primera instancia es acertada, la de apelación, que la confirma, no tiene por qué repetir o reproducir los argumentos de aquélla, pues basta, en aras de la economía procesal, la sola corrección de lo que, en su caso, fuera necesario, según tiene declarado reiteradamente esta Sala respecto a la fundamentación de la sentencia por remisión (aparte de otras, TS SS. 16 Oct. 1992, 5 Nov. 1992 y 19 Abr. 1993)».

Y es que, como ya se apunta en la sentencia apelada, si bien la carga de la prueba de la simulación está atribuida a quien la invoca como origen de la ineficacia de los contratos meramente aparentes (SS del TS de 6 de febrero de 1948, 23 de junio de 1953 y 26 de noviembre de 1987, entre otras), desde luego la existencia de simulación debe deducirse por vía de presunción, pues, como declara reiterada jurisprudencia (SSTS de 18 de julio de 1989, 28 de abril y 29 de julio de 1993, 13 de febrero, 9 y 15 de marzo y 3 de mayo de 1995, entre otras) teniendo en cuenta las dificultades que entraña la prueba plena de simulación de los contratos por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la misma y por aparentar que el negocio es cierto y efectivo reflejo de la realidad, es posible acreditarlo deduciéndolo de la referida prueba indirecta de presunciones. Esta prueba es un medio de llegar desde la proposición o dato conocido a otra proposición o dato desconocido, y ello por el cauce de una inferencia lógico-razonable entre el hecho demostrado y el que resulta deducible según las reglas del criterio humano, como resulta del artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto que establece que «a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de un hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano». Y, en este caso, la resolución apelada, en el tercero de los fundamentos jurídicos, se recogen con meridiana claridad, como resultado de una correcta valoración de la prueba por el Magistrado-Juez «a quo», los hechos demostrados, resumidamente concretados en la

desheredación del actor por su padre, finalmente sin éxito, al ser anulada por los tribunales; en la conducta del padre consistente en desprenderse de diversos bienes en un corto periodo de tiempo; en el establecimiento en el contrato de un precio de compraventa muy inferior al valor de mercado de local objeto del mismo; en la instalación por la demandada en dicho local de un negocio de imprenta regentado por la misma, cuando supuestamente se le habría transmitido la nuda propiedad; en que, sosteniéndose por la demandada que, además del pago del precio, se subrogó en un préstamo hipotecario que gravaba el local adquirido, tal préstamo fue concedido a ella y a su esposo; en que, aunque se ha acreditado que con cargo de una cuenta corriente de la demandada se abonó un cheque por el importe del precio, dicho importe provine del préstamo hipotecario y no está acreditado que las cuotas de éste están siendo abonadas por aquélla; y en que ésta, a la fecha de la escritura de compraventa, carecía de ingreso alguno, más que el salario de su esposo (unos mil quinientos euros), resultando que cada cuota de amortización del precitado préstamo asciende a casi dos mil euros; de los que se deduce, según esas reglas del criterio humano, que el negocio jurídico que nos ocupa fue simulado.

Lo que en esencia se hace en el recurso, de forma similar al supuesto contemplado por la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2009 (n.º 746/2009, rec. 611/2005), es rebatir las deducciones lógicas que hace el Juzgador de instancia aislando cada uno de los elementos o indicios que la sentencia recurrida señala como base de su conclusión, que si bien aisladamente considerados podrían carecer de la necesaria fuerza de convicción, sin embargo, considerados en conjunto y debidamente puestos en relación los unos con los otros, difícilmente se puede llegar a una conclusión diferente a aquélla de la sentencia impugnada, que, en definitiva, se atiene a la jurisprudencia de esa Sala, recogida en la citada sentencia, según la cual «la presunción de simulación, normalmente, no surge de un solo hecho (indicio), sino de varios, de tal modo que, si bien tomados cada uno individualmente, puede caber contra-argumentación, o ser discutibles, o no especialmente indicativos, sin embargo junto a otros —todos juntos o en conjunto—, pueden revelar una conclusión evidente, que es la realidad de la simulación, tanto más si se tiene en cuenta que la presunción no exige univocidad como los "facta concludentia", aunque obviamente sí, como ocurre sobradamente en el caso, la logicidad o razonabilidad (SSTS 5-2-07 y 27-4-00 y, en sentido similar, SSTS 5-10-07, 4-12-06, 11-2-05, 22-3-01, 27-11-00 y 14-6-97)».

Las causas de indignidad, así como las de desheredación, han de ser interpretadas restrictivamente. La falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por este durante su última enfermedad, la ausencia de interés demostrado por su hija, en relación con los problemas del padre, etc., son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica y que en definitiva sólo están sometidos al Tribunal de la conciencia.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Rafael Martín del Peso García**

En el recurso de apelación interpuesto por don Andrés, cónyuge de la causante fallecida, casado con ella en segundas nupcias, se impugna la falta de legitimación apreciada en la sentencia para defender que ha de declararse la indignidad, a la que se allanó la codemandada y que se declara probada, mientas que a su vez la codemandada absuelta invoque la falta de condena en costas de primera instancia.

Hemos de partir, para resolver la cuestión litigiosa que al actor se le legó el usufructo de la vivienda donde reside que es el único bien común del actor y su finada esposa, en testamento aportado como documento 9, en el que la finada

nombra heredera a su hija la demandada doña Flora que ha cedido sus derechos a un tercero; la también codemandada e impugnante; contra quien se amplía la demanda tras apreciarse la existencia de falta de litisconsorcio pasivo necesario y a quien la actora se limita a pedir ampliación de la demanda sin añadir ninguna otra motivación. Doña Flora a su vez tiene un hijo en que no concurre causa de incapacidad alguna para suceder, por lo cual en ningún caso el apelante puede ser heredero abintestato, de modo que no va a suceder al indigno en ningún caso. Desde este punto de vista es correcta la falta de legitimación apreciada por la sentencia ya que el recurrente no actúa en interés propio al pretender anular la institución de heredero y su status permanece inamovible como legatario, y su usufructo vitalicio sobre la vivienda se mantiene, se anule o no la institución de heredero, sea o no declarada incapaz para suceder la demandada, puesto que hay otros descendientes que la adquirirían sin afectar al legado (art. 851 CC), por tanto carece de interés directo indirecto en hacer valer la causa de indignidad que promueve contra la demandada, y en este sentido es acertada la cita de la recurrida del Auto de 28 de mayo de 1998 de la Sección 6.ª de esta Audiencia según el cual sólo está legitimado para promoverla quien tiene interés cierto en la herencia.

Pero es que además y con independencia del extraño allanamiento que efectúa doña Flora antes del juicio, tras oponerse a la demanda, que no puede tener efecto alguno ya que se hace en perjuicio de tercero (el cesionario de los derechos hereditarios), allanamiento que no es óbice a que en el recurso dicha parte pida la desestimación de la demanda, no se ha probado la concurrencia de la causa citada, contemplada en el art. 756.7 que dice: Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los arts. 142 y 146 del Código Civil. Es menester partir de que en el análisis de la citada causa como en las restantes del precepto, rige la restrictiva interpretación que entre otras señala la Sentencia del TS de 26 de marzo de 1993. Es cierto que la jurisprudencia declara (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1993, por todas) que ha de imponerse una interpretación restrictiva en materia de desheredación que no sólo proclama el art. 848 del Código Civil; no admitiéndose ni la analogía, ni la interpretación extensiva, afirmando que «la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés demostrado por su hija, en relación con los problemas del padre etc., son circunstancias y hechos que de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica, y que en definitiva sólo están sometidos al Tribunal de la conciencia», aunque nos hallamos ante una causa posterior a la que interpela desde su inicio esta doctrina en tanto en cuanto introducida por la Ley 41/03, los reproches afectivos y de falta de colaboración en atender a los gastos del sepelio de la finada que se imputan en la demanda siguen perteneciendo al terreno de la moral, no al jurídico, puesto que lo único que debe analizarse es si no prestó las atenciones concretas que exige el precepto al incapaz, pudiendo hacerlo, que no son otras que atenciones alimenticias, puesto que expresamente entiende por tales las reguladas en los arts. 142 a 146 del CC. Sin embargo ningún incumplimiento del deber de prestar alimentos al incapaz se narra en la demanda y llama la atención la poca consistencia de alguno de los alegatos del actor: se reprocha a Doña Flora que promoviese una declaración de incapacidad de la fallecida que padecía una enfermedad psíquica no negada, que hacía aconsejable y legalmente necesaria la declaración, por lo que bien podía haber sido promovida por el demandante su cónyuge que convivía con ella o interesada del Fiscal por los hijos de éste que seguían la evolución de la fallecida y la atendían según se dice en la demanda, debiendo haber sido promovida por Doña Flora con absoluto fundamento, pese a que no convivía con su madre. Por otra parte se afirma que en el procedimiento de incapacidad de la causante que concluyó con sentencia en tal sentido, en la que se nombra tutora a doña Flora, ésta omitió los datos de residencia y convivencia con la incapaz en aquel procedimiento para evitar lo conozca el demandante, afirmación radicalmente inveraz, porque en la demanda de incapacitación se indica expresamente por la codemandada que la presunta incapaz reside con

Don Andrés, también de avanzada edad, que no puede desempeñar el cargo de tutor (folio 388), sin que puedan ser imputables a la demandada, que no actúa con la mala fe que se invoca, las vicisitudes procesales de un procedimiento en el que interviene el Ministerio Fiscal y el juez ha de actuar de oficio, explorando a la incapaz (folio 416) y en el que don Andrés además se persona. De lo actuado sólo se desprende que desarrolló con cierta irregularidad la demandada el cargo de tutor especialmente en orden a la rendición de cuentas, pero en modo alguno resulta que desatendiere económicamente a su madre y menos aún que no le diese alimentos hallándose aquella en necesidad de recibirlos; a lo que se añade que del cargo de tutor además la apelada no llegó a ser removida, y consta igualmente que mantuvo relación con su madre, si bien no fue más constante y personal debido al conflicto existente con el cónyuge de ésta, el hoy demandante, que pretende beneficiarse de una situación de la que fue en parte responsable, sin que en definitiva se demuestre el incumplimiento del deber de de los artículos 142 y 146 que precisa una necesidad de percibir alimentos por la causante no acreditada, lo que obliga al rechazo del recurso. Sin embargo se acoge la impugnación, ya que no hay dudas de hecho o derecho que justifiquen la no imposición de costas al vencido, conforme a lo dispuesto por el art. 394 LEC, limitadas a las del impugnante, por aquietarse la otra codemandada con la sentencia de instancia.

El demandado viene ocupando en exclusiva la vivienda litigiosa, en contra de la voluntad de sus hermanas que ostentan la mayoría en la comunidad de bienes y le han requerido reiteradamente para que la desaloje, no siendo posible el uso compartido de la vivienda, que implicaría una convivencia no deseada y una fuente de conflictos, ocupación que, además, es en el caso claramente abusiva, pues la ocupa en exclusiva, sin acreditar el abono de los gastos que genera el mantenimiento de la vivienda, y alquilando habitaciones a terceros.

AP Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 8 de marzo de 2012

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Catalina María Moragues Vidal**

Los hermanos don Cándido, don Héctor y doña Delfina y doña Palmira, formularon demanda de juicio ordinario frente a don Secundino solicitando se condenara a dicho demandado a desalojar y dejar libre y expedita a disposición de la comunidad de bienes formada por los litigantes la vivienda que ocupa en exclusividad el demandado, sita en Palma, calle …, n.º …, planta …, pretensión a la que se opuso el demandado y que fue íntegramente estimada en la sentencia dictada en la primera instancia por considerar, la juzgadora «a quo», debidamente acreditado, por una parte, el uso exclusivo por el demandado y en su propio beneficio de la vivienda perteneciente a la comunidad, y, por otra parte el acuerdo adoptado por la mayoría de los participes y su comunicación al demandado. La meritada resolución constituye el objeto de la presente alzada al haber sido impugnada por el demandado que solicita, de este Tribunal, su revocación y el dictado de otra, en su lugar, por la que se desestime la demanda absolviéndole de los pedimentos en su contra realizados, alegando en fundamento de tal pretensión revocatoria que la juzgadora «a quo» ha incurrido en una errónea valoración de la prueba practicada, ya que, a su juicio, no se ha acreditado exista perjuicio a la comunidad ni que la casa no pueda ser usada por los demás comuneros, siendo que el desalojo únicamente produciría perjuicios a los demás.

La parte actora hoy apelada se opone al recurso interpuesto de adverso y solicita la íntegra confirmación de la sentencia apelada.

El art. 394 CC preceptúa que «cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho».

Reconoce este precepto a cada condueño el derecho de usar de las cosas comunes en su integridad. Pero para poder armonizar los derechos iguales de los partícipes, al mismo tiempo establece los límites al derecho autónomo de cada uno de ellos (respetar el destino de la cosa, el derecho de los demás copropietarios y no perjudicar el interés de la comunidad); en definitiva, la meritada norma reconoce a los condóminos el derecho de usar el objeto de la comunidad de acuerdo con su finalidad social y económica de manera que no perjudique los intereses de la comunidad ni el de los otros cotitulares a los que no puede privar que hagan igual uso de la cosa, no planteándose problema alguno cuando la cosa permita un uso indistinto sin interferencias que desnaturalicen el propio sentido del uso.

La STS de 4 de marzo de 1996 señala que: «La facultad que concede el art. 394 sobre el servicio de las cosas comunes a cada partícipe, se encuentra condicionada a que el servicio o uso sea conforme a su destino y no sea perjudicial al interés comunitario; el uso de los copartícipes según su derecho, implica, en principio, un uso solidario y no en función de la cuota indivisa de cada uno, lo que no puede entenderse de modo absoluto y para todo supuesto, sino que será siempre que lo permita la naturaleza de la cosa común, lo que no ocurre, como en este caso, cuando se trata de una vivienda o chalet, pues el uso indiscriminado y promiscuo del mismo por todos los condueños, aunque sea con carácter temporal, hasta que se lleve a efecto la disolución de la comunidad, supondrá la creación de una fuente previsible de conflictos y discordias que ninguna norma jurídica puede propiciar o fomentar».

En el presente caso, la mayoría de los comuneros solicitan el desalojo del demandado, y lo hacen al amparo de un acuerdo mayoritario, acuerdo para cuya adopción la ley no exige ninguna formalidad concreta, y que sitúa la cuestión litigiosa en el punto de determinar si es posible que la mayoría de los copartícipes acuerden del desalojo de quien es también partícipe aunque minoritario y al que, como tal, le asiste también un derecho de uso. El art. 398 párrafo 1.º CC dispone que «para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes», señalando la STS de 30 de Abril de 1999 que: «hay que afirmar que la acción que se ha ejercitado en la pretensión de la parte actora es claramente una acción que pretende ejecutar un acuerdo mayoritario de comuneros, cuya base legal se encuentra en el artículo 398-1 del Código Civil, y que se ha de realizar a través del cauce procesal del juicio ordinario, como se ha efectuado en el presente caso».

A juicio de esta Sala, la pretensión de los propietarios mayoritarios de tener el bien libre de ocupantes a fin de poder destinarlo al fin que mayoritariamente determinen integra un acto de administración ordinaria. En primer lugar porque la alternativa al desalojo instado no tiene que ser necesariamente la división de la cosa común, y en segundo lugar, porque no puede negarse a los comuneros mayoritarios el derecho a beneficiarse también del bien común en la forma que estimen procedente, sin que pueda ser obstáculo para ello el que la finca esté ocupada por el demandado quien, además, no acredita asumir los gastos de la vivienda ni abona contraprestación alguna a los demás comuneros, disfrutando en exclusiva de un uso que sólo le corresponde en la medida en que pueda utilizarse conjuntamente con los demás propietarios y que en el caso de autos, por la propia naturaleza del bien, se ha demostrado imposible.

Por otra parte, y para concluir, pretender que un comunero no puede ser desalojado del uso de la casa común, habiéndose acordado por mayoría comunal tal desalojo, no deja de ser una afirmación ilógica y carente de todo sentido, como proclama la STS de 18 de febrero de 1987, que dice que, «la utilización de una finca por un solo de los partícipes de la comunidad hereditaria excluyendo el goce de los demás, infringe el artículo 394 del Código Civil e impide la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 398 del mismo Código», normas, las citadas de las que se desprende la total improcedencia de que uno de los herederos pretenda una posesión excluyente de uno de los bienes de la herencia (art. 394 CC) y la necesidad de que la administración cuente con el consentimiento de la mayoría de los participes (art. 398). En el mismo sentido cabe citar las sentencias de la AP Sevilla

de 23 de julio de 2004 y de León de 10 de mayo de 2004.

El demandado viene ocupando en exclusiva la vivienda litigiosa, en contra de la voluntad de las actoras que ostenta la mayoría en la comunidad, y le han requerido reiteradamente para que desaloje la vivienda, no siendo posible el uso compartido de la vivienda, que implicaría una convivencia no deseada y fuente de conflictos, ocupación que, además, es en el caso claramente abusiva, pues la ocupa en exclusiva y además sin acreditar abonar los gastos que genera el mantenimiento de la vivienda, alquilando habitaciones a terceros sin abonar al resto de comuneros contraprestación alguna, por lo que, la afirmación del demandado de que no perjudica a la comunidad resta huérfana de sustento alguno. Se desestima el recurso.

OTRAS CUESTIONES

El recurso es inadmisible y del examen de los escritos de oposición a la ejecución y de formalización del recurso cabe concluir que ambos escritos pueden constituir actos en fraude procesal y de expreso desprecio a lo que representa la administración de justicia, por lo que procede acordar la incoación del expediente gubernativo.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 30 de marzo de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Pascual Ortuño Muñoz**

Por auto de 20.5.2010 se despachó ejecución forzosa de la sentencia de 13.6.2008 por solicitud de la señora Candelaria, para reclamar del señor Emilio el cumplimiento del convenio aprobado por la resolución referida en cuanto a la deuda por pensiones alimenticias para con el hijo menor de edad, vencida, liquida y exigible, por cuantía de 4.092 euros de principal, más 1.227.78 euros en concepto de intereses y costas.

La parte demandada formuló oposición alegando: a) nulidad de la sentencia, por cuanto en la misma no se consigna la fecha en la que se dicta; b) improcedencia de la ejecución por cuanto el cumplimiento del régimen de visitas es una facultad del padre no custodio y no una obligación del mismo; c) sostiene que ha realizado pagos en especie por pacto verbal, sin concretar ninguna especificación más al respecto, y d) alega para redondear la oposición la existencia de errores de cálculo, aun cuando tampoco indica en qué consisten.

Mediante auto de 15.22011 se desestima la oposición a la ejecución. En la misma la juez de primera instancia razona la improcedencia de cada una de las causas opuestas.

La parte ejecutada anuncia y formaliza recurso de apelación (folios 49 a 51 de la pieza separada de oposición a la ejecución) en el que alega: a) que está de acuerdo con la separación y con la atribución de la guarda y custodia de los menores, régimen de visitas y disfrute de la vivienda familiar (*sic*); b) que la apelación la concreta en la cantidad concedida en concepto de alimentos a los hijos menores (no tiene en cuenta que se trató de un convenio regulador, y que únicamente existe un hijo y no existe vivienda); c) inserta unos párrafos en los que menciona indistintamente a su representado ó a su representada, y se manifiesta que el acuerdo entre las partes ha de ser homologado (*sic*); d) finalmente alega la existencia de error en la valoración de la prueba respecto a los alimentos de los menores y para ello hace invocaciones a la «jurisprudencia unánime». Como colofón solicita que se reciba a prueba en la segunda instancia (no la solicitó en la primera).

La parte ejecutante se opone al recurso y el ministerio fiscal no realiza manifestación alguna.

El recurso es inadmisible y del examen de los escritos de oposición a la ejecución y de formalización del recurso cabe concluir que ambos escritos pueden constituir actos en fraude proce-

sal y de expreso desprecio a lo que representa la administración de justicia.

El artículo 24 de la Constitución Española sienta el principio de tutela judicial efectiva y, en base al mismo, reconoce el derecho de todo ciudadano a plantear por vía de acción, excepción, demanda u oposición, la defensa de sus derechos. La Ley 1/1996 sobre justicia gratuita concreta la forma en la que las personas que carecen de recursos pueden obtener el beneficio de justicia gratuita. En tales casos, con cargo a los presupuestos públicos y, en definitiva, a las aportaciones que los ciudadanos realizan al Estado con sus impuestos, se proveen de procuradores y letrados a las partes que carecen de medios económicos.

En el caso de autos, la actuación de la parte ejecutada y apelante se incardina en un claro fraude procesal que el artículo 7 del Código Civil proscribe, puesto que utiliza los mecanismos legales con evidentes fines dilatorios. Por esta razón, de conformidad con lo que establecen los artículos 247 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se ha de apreciar la existencia de temeridad, que ha de tener su reflejo en la imposición de las costas a la parte recurrente.

Con independencia de lo anterior, se está en el caso de considerar que la conducta temeraria puede trascender al comportamiento propio del señor Emilio, e incide en la actuación del profesional que ostenta la dirección letrada del mismo, señor Hugo Pérez-Sangenís Latorre. Precisamente la dignidad del ejercicio de la abogacía y el prestigio que ha adquirido la entrega y dedicación de los abogados que están integrados en el turno de oficio no puede verse cuestionada por comportamientos profesionales como el de autos, por lo que, al objeto de esclarecer lo acaecido y depurar las responsabilidades que procedan y, de conformidad con lo que establece el artículo 247 de la LEC, procede acordar la incoación del expediente gubernativo al que se refiere el párrafo tercero de dicho precepto, que se tramitará en pieza separada que se encabezará con testimonio íntegro de estas actuaciones, dando traslado de esta resolución a las partes personadas, al letrado referido y al Ilustre Colegio de Abogados de Sant Felíu de Llobregat para que adopten las medidas oportunas y formulen las alegaciones que procedan con carácter previo a la imposición, en su caso, de las sanciones previstas legalmente.

La rendición de cuentas presentada por la tutora no reúne los mínimos requisitos para su aprobación y no sirve para justificar con una mínima exactitud ni aproximación qué destino se ha dado a los reintegros de la cuenta corriente.

AP León, Sec. 2.ª, Auto de 17 de febrero de 2012

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Muñiz Díez**

D.ª Esperanza, designada en su día tutora de su abuela D.ª Pilar, se alza contra la decisión del Juzgador a quo de denegar la aprobación de la cuenta de su administración económica referidas al ejercicio 2009, y solicita de la Sala que, revocando dicha resolución, se declare justificada la cuenta presentada.

El Ministerio Fiscal, se opone al recurso e interesa la íntegra confirmación de la resolución impugnada.

Para la correcta comprensión de la problemática suscitada en el presente trámite de jurisdicción voluntaria, sobre rendición de cuentas por parte de la tutora D.ª Esperanza antes aludida, respecto de la gestión y administración del patrimonio de D.ª Pilar, se hace preciso aclarar en primer lugar que nos referimos a la rendición de cuentas respecto del período que comprende desde el 1 de octubre de 2008 al 1 de octubre de 2009.

Dicha tutora presenta informe de 18 de marzo de 2010, acerca de la situación y el patrimonio de la incapaz y tutelada, en el que incluye una relación sumaria de los ingresos y gastos, por los distintos conceptos afectantes a la incapaz, y se acompaña diversa documentación de entidades bancarias.

En la relación de gastos se incluye una partida de «reintegros» por importe de 58.600,00 euros, y otra de «médicos y viajes», por importe de 8.200,00 euros.

En su momento, y respondiendo a la solicitud formulada en tal sentido por el Ministerio Fiscal, se dictó providencia de fecha 20 de abril de 2010, por el juzgado, requiriendo a la tutora antes aludida, para la aportación de la documental sobre los gastos relativos a la referidas partidas.

A ello responde la tutora con la aportación de unas facturas emitidas por la Residencia de la 3.ª Edad Las Encinas, a nombre de Pilar, correspondientes a los meses de enero a septiembre de 2006, otras de la misma Residencia, a nombre de Cesáreo, correspondientes a los meses de enero a julio de 2006, y tres facturas emitidas por «Josanu, S.L.». a nombre de Cesáreo, correspondientes a los meses de mayo, junio y julio de 2006 y por los conceptos de asistencia y acompañamiento en el Hospital del Bierzo. Asimismo se aporta un escrito por la tutota en el que viene a manifestar que con ocasión de trasladar a su abuela a otra residencia hubo de abonar a la Residencia Las Encinas donde se encontraba la cantidad de 40.624,68 euros, que, según manifiesta, son objeto de reclamación en un procedimiento que se sigue en el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Ponferrada, y que ha tenido gastos por viajes para trasladar a su abuela a oras residencias por importe de 8.200,00 euros, y 5.327,12 euros y 4.448,20 euros, partidas estas dos ultimas que se encontrarían incluidas en los 58.600,00 euros, que figuran como «reintegros» en la rendición de cuentas.

El principio que inspira la institución tutelar, tanto se trate de menores como de incapaces, no es otro que procurar la guardia y custodia, no sólo de sus personas sino también de sus bienes. Así, el art. 269 del Código Civil enumera las obligaciones que el tutor debe asumir en beneficio del tutelado, bajo control judicial (art. 216 del Código Civil), señalando su párrafo cuarto el deber de informar tanto el Juez como al Ministerio Fiscal (art. 232 del Código Civil) de las incidencias acaecidas en el ejercicio de la tutela y rindiendo cuentas de su gestión «anualmente»; ello es exigencia de todo administrador de bienes ajenos, rendición de cuentas que, como señala la doctrina, ha de ser rigurosa, contable, numérica y acompañada de los oportunos justificantes, debiendo distinguirse ésta de la cuenta general que el tutor debe prestar al cesar en su cargo. El precepto que establece el art. 269, en relación con el art. 280 del Código Civil, es claro y terminante: el tutor «está obligado», dice el Texto Legal, a «rendirle cuenta anual —al Juez— de su administración»; no estamos, pues, ante una facultad, sino ante un deber ineludible. El Tutor esta obligado a administrar los bienes del tutelado con la diligencia de un buen padre de familia (art. 279 CC), y con la rendición anual de cuentas se busca controlar y vigilar que el tutor administre los bienes del tutelado en beneficio de éste, con la diligencia de un buen padre de familia.

Pues bien, teniendo en cuenta los criterios expuestos, la cuenta presentada no reúne los mínimos requisitos para su aprobación. La rendición de cuentas aportada por la tutora, concretamente en cuanto hace a las partidas incluidas en la relación de «gastos» bajo los conceptos de «reintegros» y «médicos y viajes» es muy esquemática, y aunque posteriormente, a requerimiento del juzgado, ha presentado diversa documentación y un escrito explicativo es lo cierto que ello no sirve para justificar con una mínima exactitud ni aproximación qué destino se ha dado a los conceptos referidos por la recurrente, pues es de destacar que D.ª Pilar fue declarada incapaz por Sentencia de 20 de abril de 2007 en la que se designa como tutora a su nieta D.ª Esperanza, la cual, tras la aceptación del cargo, que se produjo con 12 de julio de 2007, procedió a presentar, con fecha 19 de septiembre de 2007, inventario de bienes de la incapaz, en cuyo pasivo se decía «no se tiene constancia de ninguna partida de pasivo, si bien la permanencia de la tutelada en la Residencia de la Tercera Edad «El Santo», de la localidad de Bembibre, genera un abono mensual de 944.72 euros mensuales», por lo que, en la rendición de cuentas del ejercicio 2008 se incluye como gastos la partida de 18.559,43 euros, correspondiente a «gastos de estancia en residencia», y en la rendición de cuentas del ejercicio 2009, igualmente como gastos, la partida de 14.872,26 euros por idéntico concepto, por lo que es claro y evidente que la cantidad de 40.624,68 euros

que, englobada en la de 58.600 euros, bajo el concepto de «reintegros» se pretende incluir en la rendición de cuentas del ejercicio que va de 1 de octubre de 20008 a 1 de octubre de 2009, no resulta admisible pues no guarda relación cronológica con dicho periodo al responder a gastos que, según resulta de la documentación aportada, fueron devengados con anterioridad a haberse constituido la tutela e, incluso, algunos de ellos por persona distinta de la tutelada, lo cual ocurre, igualmente, con la partida de 8.200,00 euros, pues se dice lo fue por traslado de la tutelada de la Residencia Las Encinas a la de «El Santo», cuando es lo cierto que esta ya se había producido al momento de constituirse la tutela. Además de todo ello es también lo cierto que aun cuando pudiera aceptarse que no es necesario presentar justificación de los gastos menudos respecto de los cuales un diligente padre de familia no acostumbra a guardar resguardo, no sería este el caso de las partidas incluidas por las nadas desdeñables sumas de 8.200,00, 5.327,12 euros y 4.448,20 euros, que se dicen corresponden a traslados de residencia de la tutelada, sin haberse aportado por la tutelada, según le incumbía, justificación alguna de los mismos, desconociéndose, en consecuencia, qué destino se ha dado a los conceptos referidos por la recurrente.

Es más, en el caso de las últimas partidas referidas de las alegaciones efectuadas por la recurrente parece desprenderse que en las mismas se vendrían a incluir gastos de la tutora, lo que resultaría improcedente pues aunque por la misma se solicito se le fijara una remuneración por el ejercicio de la tutela esta nunca fue acordada por resolución judicial al no haberse aportado por la misma, como se dice en el Auto de 5 de mayo de 2008, relación en la que constara el valor y rendimiento de los bienes de la tutela, con lo que es obvio que no podrían incluirse dichos gastos.

A este respecto es de significar que la tutora tampoco ha justificado los posibles rendimientos del patrimonio inmobiliario de la tutelada.

En definitiva, nos encontramos ante unos hipotéticos, que no justificados, gastos de la tutora, siendo evidente, conforme a los criterios que anteriormente quedaron, expuestos, que la cuenta presentada no reúne los mínimos requisitos para su aprobación, por lo que procede la desestimación del recurso e integra confirmación de la resolución recurrida.

Revista de

Derecho de Familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Es inscribible una escritura de disolución de condominio sobre diferentes bienes que pertenecen proindiviso a dos hermanos, con la particularidad de que algunos de los bienes comunes, adquiridos por herencia, pertenecen con carácter privativo a los dos hermanos y otros, adquiridos por título de compraventa, pertenecen al hermano con carácter privativo y a la hermana y su marido con carácter ganancial. El negocio disolutorio ha provocado una alteración en la composición del activo ganancial, pero al contar con el consentimiento de ambos cónyuges, es una posibilidad admitida explícitamente por nuestro legislador.

DGRN, Resolución de 24 de febrero de 2012

Constituye el objeto de este recurso determinar si es inscribible una escritura de disolución de condominio sobre diferentes bienes que pertenecen proindiviso a dos hermanos, con las siguientes particularidades relevantes: a) algunos de los bienes comunes, adquiridos por herencia, pertenecen con carácter privativo a los dos hermanos y otros, adquiridos por título de compraventa, pertenecen al hermano con carácter privativo y a la hermana y su marido con carácter ganancial. b) Al efectuar las adjudicaciones se producen tres tipos de atribuciones, al hermano con carácter privativo, a la hermana con carácter privativo, y a la hermana y a su marido, con carácter ganancial. c) el bien que se adjudica a la hermana y a su marido, con carácter ganancial es la finca cuya inscripción se deniega, que era una de las que originariamente pertenecía a los dos hermanos con carácter privativo, por herencia de sus padres.

Ciertamente, hay comunidad cuando la cosa, el derecho o el conjunto de derechos está atribuido a varios comuneros por cuotas (*cfr*. artículo 392 del Código Civil). Cualquiera que sea la teoría que sobre su naturaleza jurídica se pretenda acoger entre las varias formuladas, bien la de considerar que en la comunidad hay una concurrencia de varias propiedades separadas recayente cada una de las cuales sobre una cuota o porción ideal de la cosa —artículo 399 del Código Civil—, bien la de entender que hay una sola propiedad o derecho que manteniéndose único se atribuye por cuotas ideales a los distintos comuneros —artículo 392 y 395 del Código Civil—, bien, en fin, la de estimar que en la comunidad se produce la concurrencia de varias propiedades totales sobre toda la cosa, recíprocamente limitadas por su concurso —artículo 394 del Código Civil y Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1986—, es preciso que exista una situación de titularidad plural recayente sobre uno o varios bienes o derechos.

La situación de cotitularidad, en efecto, puede recaer sobre un solo bien o derecho, o sobre una pluralidad de ellos. En este último caso, cuando se trata de comunidad por cuotas, que se proyecta sobre cada uno de los bienes poseídos en común (a diferencia de la denominada comúnmente como comunidad germánica, uno de cuyos rasgos es que en caso de pluralidad de bienes, el derecho de los comuneros recae sobre la totalidad de ellos y no sobre cada uno uti singuli), puede considerarse que cada bien es objeto de una cotitularidad autónoma, que puede desenvolverse separadamente de los restantes, aunque la titularidad de todos ellos se reconozca a los mismos titulares, ya sea o no por el mismo concepto, naturaleza y proporción. Por eso,

en estos casos la extinción de cada situación de proindivisión puede hacerse individualmente en cuanto a cada bien, o afectar a una pluralidad de los mismos, si concurre la conformidad de todos los interesados.

La disolución y extinción de la comunidad, que requiere como presupuesto básico que actúe sobre la totalidad del objeto a que la comunidad se refiere (*cfr.* artículo 400 y siguientes del Código Civil), termina con la situación de condominio y constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor del comunero, o comuneros, a quien o quienes, se adjudica el bien entero, o cada una de las porciones materiales que resulten de su división. Tradicionalmente se ha considerado que nuestro Derecho ha mirado con cierta prevención o disfavor las situaciones de comunidad o condominio, por ser antieconómicas (se dificulta la explotación de los bienes y se reduce su valor) y constituir una fuente de litigiosidad (constituyen una «mater rixarum»), y que por ello la ley facilita su extinción, aunque más propiamente podría decirse que este disfavor sólo tiene lugar cuando aquélla no es eficiente económicamente, pues hay supuestos de comunidades funcionales en que la explotación, uso o disfrute de «en común» es más eficiente que si este se dividiese. En todo caso, y dejando a salvo supuestos especiales, lo cierto es que la ley facilita la extinción de la comunidad, que puede tener lugar mediante lo que propiamente constituye una división material de la cosa común, cuando su naturaleza lo permite, o mediante la reunión de todas las cuotas en una sola mano, lo que puede verificarse a través de cualquier negocio traslativo de dichas cuotas a favor del que queda como titular, y también, cuando se trate de bienes indivisibles, en virtud de la adjudicación a uno a cambio de abonar a los otros el exceso en metálico (o mediante otros bienes o servicios), sin que por ello pueda considerase que se trata de un acto de enajenación, sino meramente de un negocio de naturaleza especificativa con todas las consecuencias que ello lleva implícito (*cfr.* artículos 404 y 1062 del Código Civil y las Resoluciones de 6 de abril de 1962, 2 de enero de 2004 y 4 de abril de 2005, entre otras). Es decir, como tiene declarado este Centro Directivo (resolución de 11 de noviembre de 2011), la extinción o disolución de la comunidad ordinaria en nuestro Derecho puede tener lugar, bien por la división de la cosa común, bien por la reunión de todas las cuotas en una sola persona (comunero o no) en virtud de los correspondientes desplazamientos patrimoniales por cualquier título de adquisición, incluyendo la renuncia de un comunero, y también por su adjudicación a uno que compensa el derecho de los demás.

Son, pues, muy variados los medios que se pueden escoger para llegar a poner fin a un condominio, algunos de ellos son típicamente liquidatorios (y presuponen una valoración y adjudicación de los bienes, o partes divididas de los mismos, en pago del respectivo haber de cada partícipe, y son rescindibles por lesión, etc.), aunque todos ellos requieren siempre para su viabilidad la actuación unánime de los interesados. Faltando la conformidad de todos, solo cabe que por vía judicial se inste la división del bien, si fuere factible, o que en su defecto se proceda —si no hay acuerdo para que se adjudique a alguno que indemnice o compense a los demás— a su venta en pública subasta.

Pero esta pluralidad de negocios jurídicos, ya sean traslativos o determinativos, dispositivos o partitivos, tienen un régimen jurídico sustantivo, incluso, a veces, fiscal, bien diverso, y sólo comparten el efecto extintito de la situación de cotitularidad sobre la que se proyecta.

En el caso que nos ocupa existen ciertamente varias comunidades de bienes, o, mejor dicho, varios bienes que se tienen en común; la mayoría bajo la misma titularidad subjetiva, dos hermanos con iguales porcentajes, aunque dos de los bienes comunes, incluyen a un tercer interesado, toda vez que una mitad indivisa de los mismos corresponde a una de aquellos hermanos comuneros, y a su esposo, con carácter ganancial. Pero la extinción de todas esas comunidades, o de la situación de cotitularidad que recae sobre todos o cada uno los bienes concernidos, tiene lugar a través de un único negocio liquidatorio, que se salda con el fin de la proindivisión entre los interesados (sin perjuicio de la titularidad compartida que afecta a los cónyuges sujetos al régimen de gananciales).

Y hay que destacar que poca trascendencia tiene el que la proindivisión sobre todos los bienes comunes tenga lugar mediante uno, dos o varios

negocios jurídicos. La única exigencia —para que se pueda hablar de disolución de comunidad— es que afecte por entero a un bien, es decir, que el negocio jurídico extintivo afecte al menos a la totalidad de un bien poseído en común y que pase a ser de titularidad individual (salvo, acaso, el supuesto de titularidades consorciales). Desde la perspectiva negocial, lo trascendente para que el negocio extintivo tenga plena validez y eficacia es que concurran los requisitos generales de todo contrato (consentimiento, objeto y causa) y que se conforme el acto dentro del ámbito reconocido a la autonomía de la voluntad.

El negocio extintivo unitario formalizado en la escritura presentada discurre dentro de los márgenes concedidos al principio de autonomía de la voluntad, toda vez que no se ha franqueado ninguno de los límites que al efecto establece el artículo 1255 del Código civil, y provoca con plenos efectos la terminación del proindiviso sobre todos y cada uno de los bienes concernidos, que pasan a ser de la titularidad de los respectivos adjudicatarios.

Lo mismo cabe decir en cuanto a los efectos intra conyugales que produce la disolución del condominio en la forma en que se otorgó. Ciertamente el negocio disolutorio enjuiciado ha provocado una alteración en la composición del activo ganancial, pero al contar con el consentimiento de ambos cónyuges, es una posibilidad admitida explícitamente por nuestro legislador, dado el amplio reconocimiento de la autonomía privada y la libertad de pactos que se hace patente en artículo 1323 del Código Civil, y del cual lo establecido en el artículo 1355 del mismo cuerpo legal constituye una aplicación concreta. Por eso, desde una perspectiva negocial, ningún reparo cabe formular a la adquisición que se realiza de la finca cuya inscripción motiva este recurso.

Finalmente, tampoco cabe acoger los reparos registrales que aduce la registradora. El acto es causalmente suficiente para provocar la adquisición por los consortes adjudicatarios y para obtener el acceso tabular de su titularidad, debiendo destacarse, que el valor de las adjudicaciones coincide exactamente con el de los haberes respectivos, y que se especifica de forma adecuada la naturaleza de la adquisición que respecto de cada bien efectúa cada interesado, cubriéndose las exigencias de determinación que resultan del artículo 51 del Reglamento Hipotecario.

Constando la compra del terreno por el esposo para su sociedad de gananciales, y habiendo comparecido ambos cónyuges para efectuar la declaración de obra nueva manifestando que ésta se hizo con cargo a fondos gananciales, no puede inscribirse la liquidación de gananciales en la que ambos cónyuges manifiestan que la vivienda pertenece con carácter privativo al esposo y que hubo un error inicial pues la compra se hizo con dinero privativo procedente de una indemnización por accidente.

DGRN, Resolución de 2 de abril de 2012

En el supuesto al que se refiere el presente recurso se presenta en el Registro de la Propiedad una escritura de liquidación de sociedad de gananciales por la que los cónyuges acuerdan adjudicar al esposo la única finca inventariada (inscrita con carácter ganancial) porque, según manifiestan, en el título de compra se expresó que se adquiría para su sociedad de gananciales, cuando en realidad, el pago del precio de compra del terreno y el posterior reembolso de un préstamo hipotecario con el que se financió la edificación se realizaron «con dinero proveniente de una indemnización por accidente, lo cual acreditará donde proceda».

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, según el Registro, la finca adjudicada en la escritura calificada se adquirió por el esposo «por compra y para su sociedad de gananciales (que no con carácter presuntivamente ganancial) y posteriormente se declara la obra nueva por ambos cónyuges y con la manifestación de emplear para ello fondos de su sociedad de ganan-

ciales. Por todo ello, del Registro resulta el carácter ganancial indubitado de la referida finca». Y añade que «si se pretende rectificar el carácter de la adquisición como privativo del esposo, se precisa la prueba objetiva del carácter privativo de la totalidad del precio invertido en la compra y en la Declaración de Obra Nueva, lo que no se ha producido. Y rectificados los títulos de adquisición y el Registro y siendo el bien privativo no cabría incluirlo en la liquidación de gananciales por no tener tal carácter el bien. De ser ganancial el bien como resulta del Registro se podrá inventariar y adjudicar en la liquidación de gananciales pero llevando el cónyuge no adjudicatario lo que le corresponda de su parte en común y en contraprestación por la adjudicación hecha en favor del otro cónyuge lo que ahora tampoco se ha establecido».

Afirma el recurrente en su escrito de recurso que la redacción de la escritura no fue afortunada, y que debe procederse a su inscripción, previa «interpretación del documento y haciendo uso de los criterios recogidos en los artículos 1281 y siguientes». Afirma también que lo recogido en la escritura «se trata de una confesión de privaticidad *ex* artículo 1324 del Código Civil».

Sin embargo, como ha quedado expuesto, la escritura calificada formaliza una liquidación de gananciales, según la redacción, ciertamente confusa, del otorgamiento segundo de la calificada.

Los principios de especialidad y determinación, así como el de rogación, exigen que el acto o contrato inscribible quede determinado en el documento presentado de modo indubitado. El mismo recurrente reconoce lo confuso de la redacción de la escritura; porque no resulta con claridad si se está efectuando una liquidación de gananciales, como se afirma en la escritura (reconociendo, por tanto, que el bien es ganancial) o si, por el contrario, tan sólo se formaliza una confesión de privaticidad, como afirma el escrito de recurso. En tanto no se otorgue la oportuna escritura de rectificación, no puede procederse a la inscripción; pues la aclaración formulada en el escrito de recurso no es documento hábil para rectificar lo pactado entre cónyuges en escritura pública, conforme al artículo 1230 del Código Civil, «los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero».

Esto sentado, resulta del expediente que en la inscripción de la declaración de obra nueva consta que comparecieron ambos cónyuges y manifestaron que para tal obra emplearon fondos de de su sociedad de gananciales. Así las cosas, la cuestión debe reconducirse al apartado 6 del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, según el cual «La justificación o confesión de la privatividad hechas con posterioridad a la inscripción se harán constar por nota marginal. No se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona». Por tanto, no puede hacerse contar en el Registro una aseveración contraria a otra anterior ya registrada, salvo que se aporte la prueba del carácter privativo del dinero; prueba que, además, los cónyuges ofrecen en la propia escritura cuando, tras manifestar la procedencia del dinero, afirman que lo acreditarán donde corresponda, pero que no ha sido aportada al Registro.

Se revoca la calificación del Registrador y se admite la inscripción de la liquidación de la sociedad de gananciales, y de la escritura rectificativa posterior, mediante la cual se aportó a la sociedad de gananciales la vivienda que adquirieron en pro indiviso antes de contraer el matrimonio.

DGRN, Resolución de 9 de abril de 2012

El único problema que se plantea en el presente recurso es el de dilucidar si el hecho de la inclusión de un bien que pertenece por mitades indivisas a los cónyuges, con carácter privativo, y que, por tanto, indebidamente ha sido incluido como ganancial en la liquidación de dicha co-

munidad, puede subsanarse por otra escritura en la que se afirma por ambos cónyuges que, en su día, omitieron la aportación a dicha sociedad, por lo que, «previa a la liquidación pactada», realizan dicha aportación.

Este Centro Directivo ha abordado en diversas ocasiones el problema de la inclusión como ganancial en la liquidación de la sociedad de un bien privativo de uno de los cónyuges, o, incluso, que pertenece a ambos cónyuges en pro indiviso ordinario, como ocurre en el presente supuesto. En todas las Resoluciones se ha partido de la libertad de contratación entre los cónyuges y, por tanto, el tema se ha abordado no desde el punto de vista de la validez del acto, sino de si el documento en que se realizaba (el convenio regulador) era el pertinente. Así, las Resoluciones de 22 de marzo de 2010 y 19 de enero de 2011 afirman que «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; habrá en ocasiones un negocio complejo, en el que la toma de menos por un cónyuge del remanente consorcial se compense con esa adjudicación —a su favor— de bienes privativos del otro cónyuge o, simplemente, negocios adicionales a la liquidación, independientes jurídicamente de ésta, con su propia causa.

Indudablemente, el negocio de que se trate ha de tener su adecuado reflejo documental, siendo preciso plasmarlo así, nítidamente, en el correspondiente documento, sin que pueda pretenderse en todo caso su inscripción por el mero hecho de que conste en el convenio regulador de la separación, cuyo contenido propio es un negocio que es exclusivamente de liquidación de la sociedad conyugal (*cfr.* artículos 1397 y 1404 del Código Civil y 18 de la Ley Hipotecaria)».

Y la Resolución de 3 de junio de 2006, dice «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; ahora bien, puesto que el objeto de la liquidación es exclusivamente la división por mitad del haber resultante después de pagados los acreedores consorciales (*cfr.* artículo 1404 del Código Civil), no puede entenderse que esas transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro tengan como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio, pero… la consiguiente extinción de condominio, para tener acceso registral, tiene que ser así convenida por las partes y tener su adecuado reflejo documental, siendo preciso plasmarlo así nítidamente, en el correspondiente documento, y no pretender su inscripción en virtud del negocio calificado, que lo es exclusivamente de liquidación de sociedad conyugal y cuya efectividad presupone, por tanto, el carácter ganancial de los bienes adjudicados (*cfr.* artículos 1397, 1404 Código Civil, y 18 Ley Hipotecaria)».

En el presente supuesto, existe una escritura aclaratoria en la que se dice que en su día se omitió la formalización de la aportación de la vivienda a los gananciales, y que se entiende hecha dicha aportación con carácter previo, sin que, por otra parte, exista ningún problema de causa, pues, al aportar cada cónyuge su mitad indivisa, cada uno entrega dicha mitad para adquirir su participación en los gananciales.

Se revoca la calificación del Registrador y se admite que los cónyuges dentro de la liquidación de la sociedad de gananciales incluyan el bien que se adquirió por ambos en pro indiviso antes de contraer matrimonio.

Se revoca la calificación del Registrador y se admite la inscripción de la liquidación de la sociedad de gananciales, y de la escritura rectificativa posterior, mediante la cual se aportó a la sociedad de gananciales la vivienda que adquirieron en pro indiviso antes de contraer el matrimonio.

DGRN Resolución de 11 de abril de 2012

Se debate en este recurso si es inscribible un testimonio de sentencia dictada en procedimiento de separación que aprueba el convenio regulador aportado a los autos, en el que se plantean tres cuestiones: 1.º Si es inscribible el convenio regulados, aprobado por la sentencia, en cuanto a la adjudicación de una finca, adquirida en estado de solteros, por dichos cónyuges, e inscrita en el Registro de la Propiedad, por mitades indivisas; y, 2.º Si queda suficientemente claro la forma en que se ha hecho el pago o la contraprestación a la adjudicación; 3.º Si ha quedado acreditada la constancia en el Registro civil de la sentencia dictada.

Según la doctrina de este Centro Directivo (*cfr.* las Resoluciones citadas en los «Vistos» 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 de los Registros y del Notariado (véase, por todas, la Resolución de 25 de octubre de 2005), esa posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (*cfr.* artículos 90, 91 y 103 del Código Civil), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.

En efecto, como recordó la Resolución antes mencionada, uno de los principios básicos de nuestro sistema registral es el llamado principio de legalidad, que, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan, erga omnes, de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional —artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria—, está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación de la registradora. Así, el artículo 3 de la Ley Hipotecaria establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales, y esta norma se reitera en toda la Ley Hipotecaria, así como en su Reglamento, salvo contadas excepciones que son ajenas al caso ahora debatido.

Ciertamente, según los artículos 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 de los Registros y del Notariado, que al exigir el artículo 3 de la Ley Hipotecaria para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no

quiere decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse; de modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro, y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible (*cfr.* Real Orden de 13 de diciembre de 1867 y Resoluciones de 16 de enero de 1864; 25 de julio de 1880; 14 de junio de 1897; 12 de febrero de 1916; 31 de julio de 1917, y 1 de julio de 1943, entre otras).

Precisando más los límites de la citada doctrina, recientemente la Resolución de 22 de marzo de 2010, reiterando otros pronunciamientos anteriores de este mismo Centro Directivo, ha señalado que respecto de la sociedad de gananciales, proclamada en nuestro Derecho la posibilidad de transmisión de bienes entre cónyuges por cualquier título (*cfr.* artículo 1323 del Código Civil), nada se opone a que éstos, con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal preexistente puedan intercambiarse bienes privativos. Pero no siempre esas transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro tendrán como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio. Puede haber, en ocasiones, un negocio complejo, en el que la toma de menos por un cónyuge del remanente consorcial se compense con esa adjudicación —a su favor— de bienes privativos del otro cónyuge o, simplemente, negocios adicionales a la liquidación, independientes jurídicamente de ésta, con su propia causa.

Indudablemente, el negocio de que se trate ha de tener su adecuado reflejo documental, siendo preciso plasmarlo así, nítidamente, en el correspondiente documento, sin que pueda pretenderse en todo caso su inscripción por el mero hecho de que conste en el convenio regulador de la separación, cuyo contenido propio es un negocio que es exclusivamente de liquidación de la sociedad conyugal (*cfr.* artículos 1397 y 1404 del Código Civil y 18 de la Ley Hipotecaria). Y, tratándose de la vivienda familiar, si se han realizado pagos del precio aplazado de la misma con dinero ganancial, la titularidad privativa inicial habrá devenido —*ex lege*— con los desembolsos realizados, en el nacimiento de una comunidad romana por cuotas entre la sociedad de gananciales y los cónyuges titulares, en proporción al valor de las aportaciones respectivas (*cfr.* artículos 1357.2 y 1354 del Código Civil). Esa situación y la consiguiente extinción de ese condominio, para tener acceso registral, tiene que ser así convenida por las partes y tener su correspondiente e idóneo reflejo documental, en los términos antes expuestos (vid., por todas, las Resoluciones de 3 de junio de 2006 y 31 de marzo de 2008).

En el presente caso, en el convenio se incluye un bien adquirido por ambos consortes, antes de la celebración del matrimonio, inicialmente de carácter privativo en comunidad ordinaria.

Los sucesivos pagos del préstamo hipotecario, vigente la sociedad de gananciales, tratándose de la vivienda familiar, con la complejidad que puede implicar determinar esta cuestión, puede incidir en el carácter del bien, así como en su liquidación.

Y en el momento de la liquidación de gananciales, los cónyuges de común acuerdo lo han incluido en el inventario como bien ganancial.

Se trata, por tanto, de dilucidar en el presente caso, si es admisible, en el seno de un convenio regulador de los efectos del divorcio, explicitar ante la autoridad judicial, con carácter previo a la liquidación de gananciales, la voluntad de atribuir carácter ganancial a un bien cuya consideración como integrante del patrimonio conyugal ha sido tenido en cuenta por los cónyuges durante su matrimonio.

Debe partirse de la naturaleza de la institución: los cónyuges, de común acuerdo, presentan ante el juez una regulación de los efectos de la disolución del matrimonio, entre ellos los patrimoniales. Y el juez, previa consideración de la inexistencia de perjuicio para ninguno de los cónyuges ni para tercero, aprueba esa propuesta presentada de común acuerdo.

No cabe duda de que la liquidación de los bienes adquiridos por los cónyuges en consideración a su vida en común es cuestión que debe incluirse en los efectos del cese de esa vida en común. Con mayor razón en el caso que nos ocupa, por tratarse de la vivienda familiar, como reconocen los esposos en el mismo convenio.

El principio de economía procesal compele a admitir esta posibilidad. Se trata de un bien adquirido pro indiviso antes del matrimonio, satisfecho la mayor parte del préstamo hipotecario con el que se financió su adquisición durante la sociedad de gananciales. De no admitir su inclusión en el convenio regulador, procedería la determinación del crédito de la sociedad de gananciales contra el patrimonio privativo de los cónyuges (*cfr.* artículos 1354, 1355, 1357, 1358 y 1359 del Código Civil) y la necesidad de un nuevo procedimiento judicial en que cada cónyuge hiciese valer sus derechos y concluyera con la división de la cosa común.

Desde otro punto de vista, del mismo modo que los excesos de adjudicación en la liquidación de gananciales motivados por la indivisibilidad de los inmuebles puede compensarse con dinero privativo, nada obsta a que incluyan otros bienes privativos para compensar tales excesos.

Nada obsta tampoco al reconocimiento o atribución de carácter ganancial del bien comprado pro indiviso ante la autoridad judicial, como resulta, en el presente supuesto, de las manifestaciones de los cónyuges en el convenio, donde afirman que proceden a liquidar el patrimonio ganancial e incluyen en el activo del inventario la finca que nos ocupa (*cfr.* artículos 1323 y 1355 del Código Civil). Del mismo modo que nada obstaría al previo otorgamiento de escritura de aportación a gananciales para, inmediatamente después, incluir el bien en el convenio regulador.

Por último, como ya se ha dicho, la finalidad de la institución —el convenio regulador de los efectos del divorcio— debe llevarnos a incluir en su ámbito todas las operaciones que ponen fin a una titularidad conjunta de bienes entre los cónyuges, que alcanza o puede alcanzar, no sólo a la liquidación de los bienes gananciales, sino también todas aquellas operaciones encaminadas a poner fina a todo su activo y toda su vida en común.

Por lo que hace al segundo de los defectos recogidos en la nota de calificación, hemos de partir de la base de que nuestro sistema registral no es de transcripción sino de inscripción, de manera que no es preciso copiar literalmente el contenido de los negocios jurídicos, unido a esto, el contenido de los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, en lo relativo a la interpretación de los actos negociales, pero una vez aplicados estos criterios, está claro que no debe quedar duda sobre el contenido del negocio que ha de inscribirse —principio de especialidad—, y en el presente caso, resulta claro el aplazamiento del precio que detalladamente se pacta en el convenio regulador.

En cuanto a la tercera de las cuestiones planteadas, está claro que para inscribir el contenido del convenio regulador, debe constar acreditada la previa toma de razón de la sentencia de divorcio —causa de disolución de la sociedad conyugal— en el Registro Civil, para que la misma surta efecto respecto de terceros (artículos 1332, 1333 y 1392 del Código Civil, 266 del Reglamento del Registro Civil, 9.4 de la Ley Hipotecaria y 51.9.a del Reglamento Hipotecario), y dicha circunstancia no quedó acreditada a la registradora, al tiempo de calificar, puesto que de la certificación del Registro Civil aportada, constaba la indicación marginal y su inmediata cancelación, y por tanto, su falta de producción de efectos; junto con esto, ha de acotarse, que sólo se pueden tener en cuenta los documentos que la registradora tuvo a la vista en el momento de la calificación, y no los que después se hayan aportado con el escrito de interposición del recurso, y con los que se pretende entender subsanados los defectos, recogidos en la nota de calificación, conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, y si bien, estos documentos, pudieron servir para salvar este defecto, no cabe admitirlos en el momento de la interposición del recurso, ya que en la sede en la que ahora nos hallamos, no procede estimar si es admisible o no el nuevo certificado aportado, para subsanar el defecto apreciado, pues no fue aportado con la documentación calificada, sino que en el estrecho cauce del recurso, la apreciación documental ha de limitarse a los mismos documentos que se tuvieron a la vista al calificar (artículo 326 de la Ley Hipotecaria), según reiteradísima doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 4 de noviembre de 2008, 5 de febrero de 2009 y 13 de enero de 2011, entre otra muchas. Es decir, a través del recurso, no se pueden aportar documentos que subsanen los defectos apreciados, sino discutir el fundamento de tales defectos.

SUCESIONES

Para inscribir una escritura de partición de herencia basada en un testamento ológrafo otorgado en Italia por una nacional de aquel país y referente a bienes situados en España, es necesario acreditar el contenido vigente del derecho positivo extranjero aplicable con relación con la necesidad de demostrar la legalidad de una sucesión hereditaria que tiene por base un testamento ológrafo italiano.

DGRN, Resolución de 2 de marzo de 2012

Como ha dicho anteriormente esta Dirección General (*vid.* la Resolución de 15 de julio de 2011), la calificación sobre la aplicación del Derecho extranjero queda sometida necesariamente a su acreditación ante la registradora ya 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), también lo ha de ser en el notarial y registral (*vid.*, entre otras, las 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). 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 son 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 extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, 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 ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse «entre otros medios», por los enumerados.

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, las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990 y 25 de enero de 1999 y la Resolución de 20 de enero de 2011). 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.* artícu-

los 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 168.4 del Reglamento Notarial y 36.2 del Reglamento Hipotecario), pueden realizar bajo su responsabilidad una valoración 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, las Resoluciones de 14 de diciembre de 1981 y 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, como señaló la Resolución de 20 de enero de 2011, 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.

Pues bien, en el presente caso no consta acreditado ante la registradora cuál es el contenido vigente del Derecho positivo extranjero aplicable —en este caso el ordenamiento italiano— con relación a la necesidad de demostrar la legalidad de una sucesión hereditaria que tiene por base un testamento ológrafo italiano. Según el recurrente, la aseveración de conocimiento del Derecho italiano va implícita en el mero hecho de que en la escritura se afirme «que el dicho señor G. C., redactó y firmó un testamento ológrafo, de fecha 5 de abril de 2011, en el cual, se derogaba expresamente cualquier otro posible anterior, el cual fue objeto de la publicación prevista en el art. 620 del Código Civil Italiano, mediante acta del Notario de Mondovi (Italia), don Germano Birone, en fecha 6 de mayo de 2011, número 46290, de su repertorio, número 36367 de colección, de conformidad con las disposiciones de dicho precepto legal. Según dispone el art. 620.5, una vez ha tenido lugar la publicación del testamento ológrafo, este ya es ejecutable», pero tal conclusión no es correcta, en primer lugar, porque al ir el entrecomillado dentro de la exposición de la escritura, la aseveración se pone en boca de los comparecientes y, en segundo, porque aunque la afirmación la realizara el notario, ello no quiere decir ni que conoce la legislación italiana, ni que los requisitos legales se han cumplido en su totalidad. Ello porque, conforme a las precitadas Resoluciones y el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, debe probarse el contenido y vigencia del Derecho extranjero para que el registrador pueda cumplir su función de calificación conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Consecuentemente, la aseveración o informe del notario o cónsul español o del diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable, deberá acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero, así como expresar la adecuación a las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesaria para el acto de que se trate, sin perjuicio de que el registrador pueda disentir de los juicios u opiniones expresadas.

Revista de

Derecho de Familia

SECCIÓN PRÁCTICA

LA RENDICIÓN DE CUENTAS ENTRE CÓNYUGES

La regla general de administración y disposición de los bienes gananciales mientras está vigente la sociedad se contiene básicamente en los siguientes artículos: 1.375 del CC: «En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponden conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes»; 1.377 del CC: «Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges»; 1.378 del CC: «Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges».

Cuando la sociedad se ha disuelto, y se transforma en una sociedad postconyugal, ya no podrán aplicarse las normas anteriores, sino que el nuevo régimen jurídico es, con ciertas matizaciones, el de la comunidad ordinaria, que obliga al acuerdo entre ambos comuneros para realizar cualquier acto dispositivo.

La crisis matrimonial va a provocar que en muchos casos falte el consenso necesario para gestionar la sociedad de gananciales, o al menos para hacerlo con la imparcialidad necesaria y actuando siempre en interés de la familia. Para evitar posibles perjuicios a la sociedad y a los derechos que los cónyuges tienen sobre ella el legislador ha previsto la posibilidad de alterar o complementar las normas generales de administración y disposición de los bienes gananciales. Señala el art. 103 del CC que, admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: «... 4.ª Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo». Dentro del trámite de liquidación de la sociedad de gananciales, señala el art. 809.1, párrafo cuarto de la LEC, que «en el mismo día o en el siguiente, se resolverá lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario».

La medida de administración más segura es el nombramiento de una tercera persona que gestione el patrimonio común hasta la liquidación. Sin embargo, hay que reconocer que tambien es la más gravosa y que sólo podrá hacerse uso de ella en casos muy excepcionales. Por lo general, la medida que más se utiliza es atribuir la administración a uno de los cónyuges, que generalmente recaerá en aquel que, constante la sociedad de gananciales, gestionó el patrimonio o el negocio común con la obligación de rendir cuentas al otro cónyuge, y aquí es donde surge el problema que queremos abordar, pues en la mayoría de las ocasiones el cónyuge que tiene la administración presenta un escrito adjuntando una liquidación que no satisface en modo alguno al otro.

El ordenamiento jurídico no regula con detalle cómo debe efectuarse la rendición de cuentas. Sin embargo la jurisprudencia ha establecido unos estrictos principios generales que pueden resumirse en los siguientes:

a) Las cuentas han de ser detalladas. Normalmente la obligación de rendir cuentas tiene dos elementos: la enumeración o explicación de las actuaciones del mandatario y la documentación y acreditación documental de las mismas. Detalladas significa que las operaciones deben expresarse una a una, con su equivalente monetario y ha de ser también global, es decir comprender todas las operaciones realizadas (SSTS de 27 de diciembre de 1940; 28 de octubre de 1969), y finalmente ha de fijarse un saldo final (STS de 9 julio de 1934) sin que baste presentar papeles y documentos pretendiendo que sea el mandante o el juez el que realice las cuentas (STS de febrero de 1946) y sin que valga la declaración genérica de una cantidad alzada (STS de 19 de diciembre de 1983), alegándose en ocasiones para esta exigencia de justificación específica el art. 263 CC (STS de 19 de mayo de 1973). A la rendición de cuentas debe acompañarse también la documentación oportuna que justifique los pagos y las operaciones (SSTS de 11 de enero de 1957; 18 de marzo de 1959, 24 de octubre de 1969, 1 de mayo de 1998). Con cita del art. 283 CC relativo a las cuentas de la tutela, y 1.010 y 1.012 LEC de la administración del abintestato (STS de 25 de mayo de 1975).

b) Las cuentas han de estar justificadas, esto significa que las cuentas deben estar apoyadas en una documentación idónea y suficiente que identifique adecuadamente las actuaciones. La justificación de las cuentas es la cuestión donde encontramos una mayor riqueza jurisprudencial y también afirmaciones contradictorias en la jurisprudencia. La STS de 12 de julio de 1984 se enfrenta con el problema de partidas no justificadas, y concluye con la presunción de veracidad de la liquidación presentada es coherente, aunque sólo haya justificación documental parcial. La dificultad de justificar detalladamente en los supuestos de actuaciones en masa, se transforma en un deber de llevar apropiadamente las cuentas (la llevanza ordenada de los libros de comercio), cumpliendo los principios de una honrada administración. En este sentido, la STS de 7 de febrero de 1958 establece que, en función del art. 48 Ccom., los libros de comercio hacen prueba por sí mismos si son llevados con las formalidades legales, y que la falta de justificación documental detallada no es por sí sola suficiente para levantar sospecha, si se prueban las relaciones comerciales alegadas y anotadas en libros de comercio, y no se prueba por el mandante inexactitud alguna. La STS de 19 de abril de 2006 se muestra benévola, y frente a la alegación de que no se podían tomar en cuenta como acreditaciones de determinados gastos por las notas manuscritas del demandado, afirma que es una cuestión valorada en la pericial, y que con esa alegación se pretende impugnar la interpretación efectuada por la sentencia recurrida de la prueba pericial llevada a cabo en el proceso. Pero nuevamente aquí la jurisprudencia no es unánime, y encontramos sentencias que exigen con todo rigor la justificación detallada y documental de las cuentas rendidas: así, la STS de 25 de junio de 1957 niega eficacia a una rendición fundada exclusivamente en fichas privadas que carecen de los requisitos de los libros de comercio, y que han podido preconstituirse por el mandatario.

En caso de que la rendición no se haga conforme a los parámetros expuestos entrará en funcionamiento lo previsto en el art. 720 de la LEC, que determina el procedimiento a seguir en caso de oposición a la rendición de cuentas.

CASOS PRÁCTICOS

I. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Antes de contraer matrimonio, una señora adquirió una vivienda, una plaza de garaje y un trastero. El precio de estas dependencias se abonó al contado en el momento de suscribirse los contratos. Para financiar la vivienda se concertó un préstamo hipotecario, parte del cual se abonó constante el matrimonio. En el momento de la liquidación, el esposo pretende que se incluya en el activo de la sociedad un porcentaje tanto de la vivienda como del resto de dependencias ¿Puede prosperar la tesis del esposo?

El art. 1354 del CC preceptúa que «Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas». En consecuencia, respecto a la vivienda se cumple lo previsto en el mencionado precepto, pues una parte se adquirió con fondos comunes. Sin embargo, tanto la plaza de garaje como el trastero se adquirieron por la esposa antes de contraer matrimonio, por lo que no se aportó ningún dinero ganancial para abonar su precio, debiendo en consecuencia calificarse de privativos dichos bienes, sin que la circunstancias de que su condición de anexos a la vivienda pueda modificar esta conclusión.

II. ALIMENTOS

El padre ha interpuesto contra la madre una demanda de juicio ordinario reclamándole las pensiones alimenticias que abonó para la hija mayor cuando esta ya era independiente económicamente. La madre se opone a dicha reclamación alegando que el padre tenía perfecto conocimiento de que la hija ya no convivía en el domicilio familiar y que además era independiente económicamente, y a pesar de ello continuó abonando la pensión, por lo que debe entenderse que dicho pago fue en concepto de liberalidad. ¿Puede prosperar la demanda interpuesta por el padre?

Todo estará en función del resultado de la actividad probatoria, dado que si se acredita suficientemente que el padre tenía perfecto conocimiento de la situación personal y laboral de la hija y a pesar de ello continuó abonando la pensión, podría entenderse que estamos ante una verdadera liberalidad económica en favor de la hija, de tal manera que no se puede reclamar lo que voluntariamente se entregó, pues ello iría en contra de la doctrina de los actos propios.

III. FILIACIÓN

La demanda de reclamación de paternidad ha sido turnada a un Juzgado de 1.ª Instancia ordinario. La madre formula demanda reconvencional solicitando la adopción de medidas paterno-filiales, para lo cual entiende que es competente el Juzgado de Familia. ¿El objeto de la demanda reconvencional modifica la competencia del Juzgado de 1.ª Instancia ordinario?

No. El Juzgado de 1.ª Instancia seguirá conociendo tanto de la acción principal como de la demanda reconvencional, y la sentencia se pronunciará sobre todos los pedimentos de las partes. Es criterio reiterado entre los tribunales que en el proceso de filiación cabe la posibilidad de acumular a la acción de filiación la de adopción de medidas paterno-filiales.

IV. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

La madre interpuso una demanda de ejecución reclamando el padre el pago de veinte mensualidades de pensión alimenticia, oponiéndose el padre en relación con una mensualidad que entendía que estaba abonada. El juzgado estimó la causa de oposición y condenó en costas a la parte ejecutante ¿Es correcta procesalmente esta decisión?

En efecto. Hay que distinguir las costas generales de la ejecución, que siempre son a cargo del ejecutado, de las costas del incidente de oposición que se rigen por el principio del vencimiento, de tal forma que si se estima la causa de oposición las costas se impondrá al ejecutante, siendo indiferente si la cuantía que supone la causa de oposición es ínfima en relación con el total adeudado puesto que lo relevante es que la cantidad reclamada ya se había satisfecho y que de no haberse formulado la oposición se habría duplicado su pago.

V. CUESTIONES PROCESALES

La abogada designada por la esposa renunció a su defensa y, a través de su procuradora, se le requirió hace diez días para que compareciese a la vista con un nuevo letrado. Llegado dicho día, la esposa solicita la suspensión de la vista alegando que no ha sido posible encontrar un nuevo abogado para que lleve su defensa. ¿Este motivo es causa para suspender la vista?

No. La esposa ha tenido tiempo más que suficiente para contratar los servicios de un nuevo abogado, y por tanto no es causa de suspensión de la vista, pues ello supondría dejar a su exclusivo arbitrio el devenir del proceso, lo que carece de amparo legal.

VI. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

En pago de la indemnización por la extinción del régimen de separación de bienes se acordó que el esposo abonaría a la esposa el 50% del precio que se obtuviera por la venta de la vivienda familiar, propiedad exclusiva de aquél, debiendo abonar entre ambos los gastos que conllevase la venta. Un tiempo después de llevarse a efecto la venta a terceras personas, la administración reclamó al esposo la plusvalía, y este presentó una demanda de ejecución reclamando a la esposa el pago del 50% de la cantidad abonada. La esposa se opone alegando que se trata de un impuesto que debe abonar exclusivamente el propietario del inmueble. ¿Puede estimarse esta causa de oposición?

Entendemos que no, dado que los términos del convenio eran claros y precisos en cuando a que ambos cónyuges asumirían el pago por mitad de todos los gastos que conllevase la compraventa, y lógicamente uno de ellos es la plusvalía. Si el hecho imponible que grava el impuesto es el incremento de valor experimentado por el inmueble que se pone de manifiesto cuando se vende a un tercero, y la esposa se ha lucrado de ese incremento, es lógico que aquella abone la mitad del impuesto, pues debe asimilarse a un gastos de la venta.

VII. PENSIÓN ALIMENTICIA

Después de haberse fijado una pensión alimenticia para los hijos en el procedimiento de separación, en un intento de

solicitar el divorcio de mutuo acuerdo, los cónyuges suscribieron un convenio regulador en el que se preveía una reducción de la cuantía de la pensión. Sin embargo, dicho convenio no fue aprobado judicialmente dado que finalmente el divorcio se tramitó de forma contenciosa. ¿Condiciona este convenio no aprobado al Juez en el momento de fijar las pensiones alimenticias en la sentencia de divorcio?

Entendemos que no, dado que la pensión alimenticia es una materia indisponible para las partes, por lo que en el momento de dictarse sentencia deberán valorarse las circunstancias concurrente para fijar su cuantía. No puede ignorarse que normalmente estos pactos de reducción de la pensión están en función del contenido de otros pactos patrimoniales. Si su causa es la reducción de ingresos del obligado al pago, acreditado suficientemente este hecho en el proceso de divorcio sería intrascendente el contenido del convenio.

VIII. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La sentencia de divorcio que fijó las medidas paterno-filiales se dictó por un Juzgado de Almería donde residían en aquél momento los cónyuges. Posteriormente ambos trasladaron su residencia, la madre en unión de los hijos a Madrid, y el padre a Toledo. La madre presenta ante los Juzgados de Madrid una demanda de ejecución de sentencia alegando que la competencia para conocer de ella corresponde a los Juzgados de Madrid por aplicación de lo dispuesto en el art. 769.3 de la LEC al residir en esta capital los hijos y no residir ni siquiera el demandado en Almería. ¿Puede aplicarse el art. 769.3 para decidir la competencia?

No. En este caso resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 61 de la LEC, según el cual «Salvo disposición legal en otro sentido, el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare, y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare», precepto que coincide sustancialmente con el art. 545 de la LEC. Por más de repela a la lógica que los problemas de ejecución deban resolverse por un juzgado que se encuentra a bastante distancia del lugar donde residen actualmente los progenitores, la norma no admite excepciones.

IX. GUARDA Y CUSTODIA

La crisis económica está provocando que muchos inmigrantes tengan que volver a su país de origen. Cuando se ha producido una separación y es uno sólo de los progenitores quien desea regresar a su país, y además se trata del progenitor custodio, surge la problemática en torno a si es o no procedente autorizar dicho cambio. Normalmente el otro progenitor se opondrá alegando que, en la práctica, dicho traslado implicará la pérdida de la relación con el hijo. ¿Qué parámetros deben tenerse en cuenta para resolver esta problemática?

Dos son los parámetros que deben analizarse, por un lado las circunstancias concurrentes en el momento en el que se solicita la autorización para el cambio, y otro las condiciones que pueden darse en caso de que se autorizase el traslado. Como en el tema planteado el motivo alegado por el progenitor custodio es la crisis económica, un dato fundamental será conocer si el progenitor no custodio está o no abonando puntualmente la pensión, pues si se paga la pensión acudir a la crisis económica para justificar un cambio de residencia carecerá de eficacia, y deberá desestimarse la petición, pues lo contario implicaría la pérdida

de la relación paterno-filial. Sin embargo, cuando no se paga la pensión y el progenitor custodio tampoco percibe ingresos, junto con el arraigo del menor en nuestro país, deberán analizarse las condiciones económicas que se tendrían en caso de autorizarse el cambio de residencia. Salvo que se acredite por el progenitor custodio un contrato de trabajo en su país, lo cual no suele ser muy frecuente, en la mayoría de los casos se acude a la alegación de que en el país de origen recibirán el apoyo y la ayuda económica de la familia, teniendo solucionado el problema de alojamiento. Por tanto habrá que valorar estas condiciones para determinar si el cambio puede resultar o no beneficioso para el menor.

X. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Unos meses después de acordarse el cambio de custodia, la madre presentó demanda de ejecución reclamando el importe de las pensiones alimenticia no abonadas. El padre se opuso a la reclamación alegando compensación, precisando que la ejecutante le adeudaba una importante cantidad por impago de pensiones alimenticias del periodo en que el padre tuvo la custodia. ¿Puede estimarse esta causa de oposición?

No. La única forma de cumplir la obligación establecida en la sentencia es realizando el pago de la deuda. La compensación no es motivo de oposición por más que el ejecutado alegue que mientras él tuvo la custodia de los hijos la madre no abonó las pensiones alimenticias y que tiene un crédito pendiente, pues olvida que los alimentos tienen su causa en la situación de necesidad y tal necesidad es real y concreta en el momento actual, sin que lo que aconteciera en el pasado pueda mitigar la necesidad presente ni la de futuro.

XI. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

El bien de mayor valor que integra el activo de la sociedad de gananciales es la vivienda familiar, cuyo uso tiene atribuido la esposa en virtud de la sentencia de divorcio. En su petición de liquidación, el esposo ha solicitado que en el cuaderno particional se adjudique la titularidad exclusiva del inmueble a la esposa con la obligación de abonar la carga hipotecaria y, además, el abono del exceso de adjudicación. Por el contrario, la esposa ha solicitado que el bien se adjudique en pro indiviso a ambos cónyuges. En estas condiciones, ¿tiene facultades el contador partidor para adjudicar el inmueble a la esposa y crear un crédito por exceso de adjudicación?

Entendemos que no, dado que este tipo de decisiones debe contar siempre con la solicitud de la parte a quien se le adjudique la titularidad exclusiva del bien, pues conlleva asumir el pago de una importante cantidad de dinero, además de seguir haciendo frente al pago de la hipoteca hasta el vencimiento del crédito, por lo que parece requisito imprescindible que éste manifieste su predisposición a esta adjudicación.

XII. CUESTIONES PROCESALES

La esposa, de nacionalidad ucraniana, presentó una demanda de divorcio en la que hacía constar que el matrimonio se contrajo en aquel país, donde residieron hasta hace tres años, en que fijaron su domicilio en España. El Juzgado ha dictado un auto inadmitiendo a trámite la demanda al no haberse aportado, a pesar del plazo que se le concedió para la subsanación, la legislación extranjera aplicable. ¿Es correcta esta resolución?

Entendemos que no, dado que la aportación o constancia en autos de la legislación

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

XIII. PENSIÓN ALIMENTICIA

En el procedimiento de divorcio se fijó a cargo del padre una pensión alimenticia de 180 euros. Alegando que actualmente se encuentra en el desempleo, el padre ha presentado una demanda de modificación de medidas solicitando la reducción de la pensión, basando dicha pretensión, además de en su actual situación económica, en la capacidad económica de la madre. En la fase de prueba se le denegó la prueba documental propuesta que estaba dirigida a investigar el patrimonio de la madre, y en el recurso de apelación alega la indefensión que le ha causado la denegación de esta prueba. ¿Puede prosperar esta alegación?

Conforme a lo establecido en el art. 144 del CC es obligación de ambos progenitores cubrir las necesidades alimenticias de los hijos, especialmente cuando son menores de edad, indicándose en el art. 145 que «cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo». Por tanto, cada progenitor debe contribuir proporcionalmente, en función de su capacidad económica, siendo intrascendente conocer la capacidad económica del progenitor custodio cuando la pensión fijada es de mínimos, es decir, la que se fija con independencia de que el progenitor no custodio acredite o no ingresos.

XIV. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

En el convenio regulador del divorcio los cónyuges pactaron la liquidación de la sociedad de gananciales acordando la venta en pública subasta de la vivienda familiar si transcurrido un tiempo ninguno de ellos optaba por la compra en las condiciones previstas para la venta. Transcurrido el plazo previsto, el esposo presentó demanda de ejecución con la finalidad de que se procediese a la venta judicial, siendo denegada la ejecución por el juzgado en base a su falta de competencia, dado que la petición encubría una acción de división de cosa común. ¿Es correcto jurídicamente este criterio?

El pronunciamiento que se trata de ejecutar está en la sentencia de divorcio al haberse integrado en ella los pactos de los cónyuges contenidos en su convenio regulador y tales pactos han pasado a formar parte, por su aprobación judicial, del fallo de la sentencia y como cualquier pronunciamiento debe ser ejecutado en sus propios términos dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esa sentencia solo puede ser ejecutada por el Tribunal que conoció del asunto en primera instancia (art. 545 de la LEC).

XV. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

La vivienda familiar se adquirió en el año 2006 y para el pago del precio se suscribió un préstamo hipotecario por cuantía de 250.000 euros. Ahora, tras la separación de los cónyuges, se está tramitando el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, y debe valorarse el inmueble a efectos de su inclusión en el activo. El perito que ha emitido el informe valora el inmueble en 175.000 euros, dándose la paradoja de que en el pasivo la partida correspondiente al préstamo hipotecario asciende aún a 212.000 euros. El esposo se opone a la valoración entendiendo que al menos debe coincidir con

los 212.000 euros que aún se adeudan. ¿Es correcta esta tesis?

No. Aunque la cantidad fijada por el perito supone una ruptura del equilibrio entre el valor de la finca y el importe del préstamo hipotecario consignado en el pasivo del patrimonio ganancial, ello es una consecuencia necesaria del tiempo transcurrido desde la fecha de la concesión de la hipoteca y la depreciación de aquel activo inmobiliario en el transcurso de este período.

XVI. GUARDA Y CUSTODIA

El padre ha presentado una demanda de modificación de medidas solicitando el cambio de custodia basándose en los problemas psíquicos de la madre, y ésta se opone a dicha petición alegando que ya padecía esta problemática al tiempo de suscribir el Convenio Regulador, y que pese a ello el padre consintió en que las niñas quedasen bajo la guarda y custodia de la madre. ¿Puede estimarse la demanda de modificación interpuesta por el padre?

Todo está en función de la evolución que haya seguido la enfermedad de la madre desde la fecha en que se suscribió el convenio regulador, pues si las pruebas periciales demuestran que en la actualidad no es apta para ostentar la custodia de los hijos, el interés del menor exigirá el cambio de custodia con independencia de lo que los padres pactasen en el convenio.

XVII. PENSIÓN ALIMENTICIA

Transcurridos tan solo dos meses desde que el padre perdió el empleo, interpone una demanda de modificación de medidas solicitando la reducción de la pensión alimenticia. ¿Se dan los requisitos para la modificación de medidas?

No. Según tienen establecido de forma reiterada los tribunales dos meses en el desempleo no se considera tiempo suficiente para acreditar una situación que deba valorarse como definitiva para poder apreciar su trascendencia y relevancia.

XVIII. CUESTIONES PROCESALES

Tras dictarse una sentencia de divorcio de mutuo acuerdo aprobando el convenio regulador suscrito por los cónyuges, la madre interpone una demanda de juicio ordinario ejercitando una acción de regreso contra el padre reclamándole el pago de la mitad de los alimentos de la hija común a los que ella tuvo que hacer frente en solitario desde el nacimiento de aquella. ¿Existe algún obstáculo procesal para esta acción?

Aunque se trata de una acción de regreso, por haber asumido la madre todos los gastos que generaba la hija común cuando dicha obligación también concurría en el padre, entienden los tribunales que resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 400 LEC («Cuando lo que se pide en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos por distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que se hace admisible reservar su alegación para un proceso ulterior»), y en consecuencia, en el procedimiento de divorcio, la madre debió haber hecho constar esta cuestión en el convenio regulador que aportó al mismo.

XIX. GUARDA Y CUSTODIA

Habiéndose acordado en la Sentencia de divorcio la custodia compartida, la madre se opone a entregar al hijo al padre al haber cambiado éste su residencia, pues se ha trasladado a una ciudad situada a más de 45 km de su anterior domicilio, lo que obliga al hijo a realizar dos desplaza-

mientos al día para asistir al centro escolar donde cursa sus estudios. El padre insta la demanda de ejecución y la madre esgrime la causa de oposición mencionada. ¿Puede atenderse la petición de la madre?

Consideramos que no, pues estando vigentes las medidas que se contienen en el título judicial, deben ejecutarse en sus propios términos. Si la madre entiende que se han alterado las circunstancias y resulta inviable mantener el régimen de custodia compartida deberá presentar la correspondiente demanda de modificación de medidas.

XX. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Constante el matrimonio, mediante escritura pública, el esposo aportó a la sociedad de gananciales una parcela y una vivienda que le pertenecían privativamente, consignándose en aquella escritura el valor de los bienes. Tras la disolución de la sociedad de gananciales, el esposo pretende que se incluya en el pasivo de la sociedad el valor actual que tiene la parcela y la vivienda, a lo que se opone la esposa al considerar que solo debe reconocerse un crédito por el valor actualizado de la cantidad que se hizo constar en la escritura pública. ¿Qué tesis debe prosperar?

Debemos decantarnos por la tesis de la esposa, ya que una vez aportado el terreno y la vivienda a la sociedad ganancial, el incremento de su valor a partir de esa fecha es de naturaleza ganancial y no privativo del esposo.

XXI. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Pretende el esposo que la fecha de disolución de la sociedad de gananciales se haga coincidir con el momento en el que se produjo la separación de hecho (un año y medio antes de presentarse la demanda de divorcio). ¿Puede admitirse esta tesis?

Es conocido el criterio del Tribunal Supremo que retrotrae los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales a la fecha en que se produjo la separación de hecho entre los cónyuges. Sin embargo, entienden la mayoría de juzgados y tribunales que la jurisprudencia del Tribunal Supremo supone una excepción a la norma general que se contiene en el art. 1392 del CC que establece los momentos de disolución de la sociedad, y como tal excepción debe aplicarse ante supuestos claros y precisos de separación de hecho total y además prolongada en el tiempo, por lo que una separación de hecho inferior a los dos años no suele considerarse como un hecho determinante para fijar la fecha de disolución de la sociedad de gananciales.

XXII. REGÍMEN DE VISITAS

El padre ha conseguido una modificación en su jornada laboral de tal forma que antes tenía una jornada partida y ahora es continua hasta las 16,40 horas. ¿Es motivo suficiente esta circunstancia para solicitar la ampliación del régimen de visitas con la finalidad de que se fijen visitas intersemanales?

Si la causa de no fijar en su día las visitas intersemanales fue la imposibilidad de llevarse a efecto por motivo de la jornada laboral del padre, no parece que exista obstáculo para el éxito de esta pretensión. Sin embargo, será necesario constatar si estas visitas, atendidas las circunstancias del caso, suponen un beneficio para el menor. Por otro lado, el padre deberá acreditar que, al menos, durante un cierto tiempo, su jornada laboral no va a sufrir nuevas modificaciones.

Revista de

Derecho de Familia

TRIBUNA ABIERTA

LAS LEYES UNIFORMES (POR ALUSIONES)

FRANCISCO VEGA SALA
Abogado

En el editorial del número 54 de esta *Revista de Derecho de Familia* que, con tanto prestigio y acierto, dirige el Magistrado Javier Pérez Martín, después de unas frases elogiosas que agradezco, se me atribuye que puse sobre la mesa de debate, del Encuentro de Magistrados, Secretarios y Abogados de Familia, *«las leyes uniformes del Estado para que exista cierta sincronía en las legislaciones autonómicas en materia de derecho de familia»*.

Es cierto que puse sobre la mesa el tema de las «Leyes uniformes», pero no debí expresarme bien para que, lo que dije, se haya podido interpretar como «Leyes Uniformes del **Estado**», pues escrito de esta forma permite pensar que yo sugería una suerte de LOAPAs o LOGSEs, promulgadas por el Estado para igualar del Derecho Civil de las Comunidades Autónomas.

Nada más lejos de esta idea estaba mi intención, pues las «Leyes Uniformes» a las que yo me refería no son impuestas por el Estado coactivamente, sino que son ofrecidas por el Estado o por entidades públicas o privadas, para suscitar la adhesión y así llegar a la uniformización legislativa no por la vía de la coacción sino por la de la adhesión voluntaria.

Las «Leyes uniformes» no son una invención mía sino una forma de legislar que nació y se practica en los Estados Unidos de América. El poder Central no impone nada, ni siquiera las visa ni las corrige, sino que son institutos jurídicos, públicos o privados, como pudieran serlo el Consejo General del Poder Judicial o la «Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA)», quienes las redactan y las ofrecen a la «adhesión» de los Estados de la Unión. Y de aquí su éxito y su oportunidad. Es una vía que facilita la igualación de las legislaciones (lo que tiene sus ventajas prácticas) fuera de los recelos políticos (lo que también produce efectos prácticos).

Siempre he dicho que el sistema jurídico de España está más cerca del de Estados Unidos que del de Francia. En efecto, en Francia, las medidas y efectos del divorcio son las mismas en Marsella, que en París, que en Lille; por el contrario, en Estados Unidos, lo primero que hay que hacer es enterarse de la ley aplicable en el Estado en que debemos actuar.

Estados Unidos se compone de 50 Estados, cada uno con su propia legislación, pertenecientes al sistema de la «common law», si bien hay la excepción del Estado de Louisiana que, por influencia de la colonización francesa que hubo en la región que ocupa este Estado, tiene el derecho codificado como en los sistemas europeos. Es evidente que puede haber 50 leyes diferentes si cada Estado promulga su propia Ley y, de hecho, en determinadas materias se da, y, por ello, para poder resolver el problema de cuál será la legislación aplicable

a un determinado supuesto o en un determinado caso, está muy desarrollado en Estados Unidos el estudio de las normas de conflicto («conflits of law»). Con un gran sentido realista y de sentido común, en Estados Unidos, el Estado Central (el Estado Federal) no intenta imponer sus leyes, porque ello supondría una imposición que los Estados de la Unión no quieren ni pueden aceptar, pero estos, realistas a su vez, se adhieren a una ley que puede aportarles ventajas. No es que se adhieran siempre y completamente pero los porcentajes de adhesión son altos (pueden encontrarse las leyes uniformes en la compilación *Uniform Laws Annotated*, en tres volúmenes).

Como hemos dicho antes, estas «Leyes Uniformes» no las redacta el Estado, sino que puede redactarlas una institución jurídica de prestigio, como podría ser una Academia o una asociación de prestigio como la «Asociación Española de Abogados de Familia» (AEAFA).

Una de las Leyes Uniformes más conocidas es la *«Uniform Premarital Agreement Act»*, redactada por la *«Uniform Conference of Commissioners on Uniform State Laws»* en 1083 y adoptada por 26 Estados. Otras instituciones, como puede ser la *«American Law Institute»,* también han redactado «Leyes uniformes».

En una nota introductoria al Derecho de los Estados Unidos escrita para una obra francesa (el *Juris Classeur. Droit Comparé*), el Profesor Peter HERZOG, de la Universidad de Syracuse (Estado de Nueva York), presenta así la razón de ser y la construcción de las Leyes Uniformes: *«Los problemas originados por un derecho privado que varía de un Estado a otro, en un país formando esencialmente un "mercado único", llevaron a los Estados, desde 1892 a crear una comisión compuesta de delegados de los Estados (las "Commissioners on Uniform State Laws") para elaborar textos legales llamados uniformes (Uniform Laws) y proponerlos a los parlamentos de cada Estado para que los adoptaran. Pero estos textos uniformes no tenían fuerza jurídica en un Estado hasta que fuese adoptado por su Parlamento, y en la forma adoptada que puede variar en más o en menos del texto propuesto. No hay ninguna obligación jurídica de adoptar un texto "uniforme" propuesto y por otra parte, un texto adoptado por el Parlamento del Estado está en vigor salvo que el Parlamento del Estado decida otra cosa, incluso si los "Commissioners" declaran retirarlo. Las "Uniform Laws" sobre el Derecho mercantil han tenido bastante éxito, su última versión la "Uniform Comercial Code" ha sido adoptado en todos los Estados, al menos en parte. Por el contrario numerosas leyes del Derechos de familia, propuestas en la primera mitad del siglo pasado, han sido adoptadas, pero a veces retirada por los "Commissioners". En 1970 los "Commissioners" propusieron una ley sobre el Derecho de Familia en general utilizando unas ideas que se consideraron mas modernas, la "Uniform marriage and divorce act", pero esta ley solo ha sido adoptada en un pequeño número de Estados. Otra ley, sobre un tema más limitado, las controversias sobre la guarda de los hijos menores ha sido adoptada de una manera prácticamente general».*

Esto es lo que propusimos y no otra cosa: Que cada Comunidad Autónoma haga la legislación para que tenga competencias, pero pensemos y tengamos presente que si la legislación es exactamente la misma se facilita mucho su aplicación, aunque los TSJ puedan dar interpretaciones matizadamente distintas.

DOLO, FRAUDE, VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN: PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LOS VICIOS TESTAMENTARIOS

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA
Abogada

El artículo 673 de nuestro Código Civil establece que «será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude».

No contiene nuestro corpus legal una Parte General sobre los vicios de la voluntad genéricamente aplicables a todas las declaraciones, sino, todo lo más, unas prescripciones más bien escasas referidas a las disposiciones *mortis causa*.

Según exponen LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA(1), al tratarse el testamento de un acto unilateral, la presencia de vicios de la voluntad tiene una apreciación y unas consecuencias diversas que en los contratos, pues se tutela únicamente la voluntad del testador, al paso que, en los contratos, hay que considerar la existencia de dos partes contratantes, con voluntades distintas e intereses contrapuestos.

El testamento implica y supone una noción de liberalidad, por lo que requiere de una mayor diafanidad y limpieza en las voliciones afectivas, según declaró, con agudeza, la Sentencia de 22 de Febrero de 1934. En consecuencia, en el testamento se ha de investigar, exclusivamente, la voluntad real del testador.

En el mismo sentido al expuesto, hay que resaltar que se trata de un acto que deviene irrepetible en el momento de ser eficaz y que ha de producir sus efectos después de la muerte del testador, por lo que éste no podrá ser árbitro de la impugnación, como sucede, sin embargo, en sede contractual, y ni siquiera podría llegar a saberse nunca, como no fuera por presunciones, a favor de quién hubiera dispuesto, con lo que el daño causado por el dolo o la violencia resulta en tales casos irreparable la mayoría de las veces.

Al ser el testamento un acto solemne, la única voluntad *mortis causa* que puede valer, a su amparo, es la expresada realmente en él, y no la que no se expresó, aunque ciertamente fuera la última voluntad del causante.

Hechas estas consideraciones previas, a modo de introducción al tema, voy a entrar seguidamente en el análisis de los siguientes supuestos: Dolo o fraude, y violencia e intimidación.

---

(1) LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, tomo V, Bosch, Barcelona, 1982.

En primer lugar, hay que destacar que la intimidación es, como no podía ser menos, causa de nulidad del testamento, según el artículo 673 del Código Civil. También lo es de indignidad para suceder, *ex* artículos 674 y 756 del citado corpus legal.

La intimidación ha de ser diferenciada de la violencia en sentido estricto. Efectivamente, la violencia supone, no un vicio de la voluntad, sino la falta absoluta, la ausencia o plena carencia de voluntad.

El Código Civil no nos dice cuáles son los caracteres que ha de reunir la intimidación para viciar la voluntad testamentaria. Se aplica, en todo caso, el artículo 1.267 del Código Civil:

> «Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible».
>
> «Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes».
>
> «Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo y a la condición de la persona».

Las Sentencias de 22 de Febrero de 1934 y 17 de Abril de 1959 declararon que «la coacción moral intimidatoria puede determinar la nulidad del testamento, siempre que las amenazas sean de tal naturaleza que infundan racionalmente temor grave al testador y le causen inhibición de su libertad». La Sentencia de 30 de Junio de 1944 estableció, asimismo, que «para apreciar la existencia de la intimidación deben ser tomadas en cuenta todas las condiciones que en el caso concurran y, por tanto, no sólo los hechos coactivos, sino además las circunstancias que se den, tanto en la persona que ejerció la coacción como en la que fue objeto de ésta».

Me interesa destacar la tesis mantenida, en este punto, por Mariano IZQUIERDO TOLSADA[(2)], que, en una Ponencia muy interesante con motivo de un Congreso sobre *La Herencia*, afirmaba que hacía algún tiempo que a su despacho había llegado el padre de un buen alumno que comenzaba a alarmarse ante el número y la intensidad de las presiones que venía recibiendo de una de sus hijas con el objeto de que revocara el testamento y otorgase otro en el que viniera a desheredar, por incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales, a la segunda esposa del testador, a la sazón madrastra de la autora de las presiones. A juicio de este autor, a falta de una definición específica del dolo testamentario, se suele acudir a la descripción del mismo en sede contractual, dentro de la cual el artículo 1.269 del Código Civil establece que «hay dolo cuando con palabras y con maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho».

En sede testamentaria, la actuación dolosa sólo puede provenir de cualquier tercero, pero nunca de una inexistente parte contratante. El dolo testamentario habrá que entenderlo, por tanto, como utilización de palabras o maquinaciones insidiosas con las que se

(2) IZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «La planificación hereditaria». *El testamento, jornadas sobre la herencia*, El Puerto de Santa María, 29 y 30 de noviembre de 2003.

induce a una persona a otorgar un testamento en un sentido diferente del que hubiera otorgado si no hubieran mediado tales interferencias. También hay que entender que existe actuación dolosa cuando ésta tiene por finalidad que el otorgante revoque el testamento anteriormente otorgado, o cuando una persona trata con ellas de impedir que otra de la que es heredero intestado otorgue libremente su última voluntad.

La Jurisprudencia ha integrado la laguna legal por medio de la aplicación analógica de los artículos 1.269 y 1.270 del Código Civil, tal como declararon las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de Mayo de 1972 y 3 de Febrero de 1977: «Si bien el artículo 1.269 se refiere al dolo específico contractual, en defecto de una doctrina general de los vicios de voluntad y la nulidad o anulabilidad por dolo en los negocios jurídicos, viene aplicándose por analogía la regulación relativa a los contratos a pesar de las notorias diferencias entre los negocios bilaterales y los actos unilaterales, tomando el consentimiento como sinónimo de voluntad cuya autonomía puede ser anulada si se coarta por estímulos exógenos o endógenos capaces y suficientes y concretamente puede producir este efecto el dolo, como admiten los artículos 1.265 y 1.269 del Código Civil, pero en todo caso las maquinaciones insidiosas, en que éste último lo hace consistir, han de quedar claras como causa determinante de la conducta».

Hay que resaltar que algunas definiciones han quedado trasnochadas, como por ejemplo la que indica que es captatoria la disposición testamentaria hecha con el fin de inducir al favorecido a otorgar testamento a favor del disponente, o la de que son constitutivas de sugestión testamentaria las atenciones, sugerencias o estímulos realizados con objeto de inducir a otra persona a otorgar testamento, consiguiendo inclinar su voluntad en un determinado sentido.

Hay supuestos, aparte de los de captación o sugestión de la voluntad, como aquel del que se ocupó la interesante Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Mayo de 1945, que recibe el nombre de «simulación de conveniencia». Se trataba de un Abogado que, prevaliéndose de la relación de confianza que tenía con la testadora, indujo a ésta a revocar un testamento que había otorgado anteriormente, a favor de su sobrina por la que sentía un gran afecto, para instituirle a él heredero en vista de la «conveniencia», con el objeto de evitar que los bienes relictos quedasen afectos al proceso de responsabilidades políticas del que venía siendo objeto dicha heredera, ya reducida a prisión. El Abogado había prometido a la testadora que haría llegar los bienes de la herencia o su valor a poder de la sobrina cuando las circunstancias lo permitiesen.

Al igual que ocurre en materia contractual propiamente dicha, el dolo debe ser grave, por lo que no es suficiente el llamado *dolus bonus*, o, en otras palabras, los mimos, las atenciones, los especiales cuidados que una persona dispensa a otra para que la misma dirija a su favor la disposición patrimonial *mortis causa*. Así, debe existir total y absoluta relación de causalidad entre la maquinación y la disposición testamentaria, de manera que, si el testador tenía el propósito de ordenar su sucesión en la dirección en que lo hizo en su testamento, no habrá vicio de la voluntad.

El dolo no se presume, sino que hay que probarlo. La prueba corresponde a quien lo alega, según declararon las Sentencias del Supremo de 22 de Marzo de 1941, 10 de Mayo de 1972 y 7 de Enero de 1975. Esta última Sentencia es muy interesante porque matiza declarando lo siguiente: «Habiendo declarado esta Sala que aun cuando la libertad del con-

sentimiento tenga extraordinaria importancia en materia testamentaria y pueda el acto de disposición de los bienes para después de la muerte, al igual que los demás negocios jurídicos, ser impugnable por engaño doloso, según resulta del explícito precepto contenido en el artículo 673, en relación con la doctrina que sobre el concepto y requisitos del dolo establecen los artículos 1.269 y 1.270, no ha de perderse de vista que es también interés social fundamentalísimo el de la seguridad jurídica, en razón del cual y de las normas generales que rigen en orden a la prueba, es tesis incontrovertible que el que invoca supuestos vicios de voluntad necesita probarlos debidamente, como un hecho impeditivo de los efectos jurídicos normalmente atribuidos a las declaraciones emitidas en forma legal y, por ello, esta Sala, aplicando y salvaguardando tales cánones, no menos que los que gobierna con un cierto grado de rigidez el funcionamiento de la casación, tiene declarado tantas veces que el dolo no se presume y tiene que probarse por la parte que lo alega».

Esto significa que la existencia de dolo puede ser acreditada por cualquier medio de prueba, sea con documentos o testimonios, e incluso con presunciones. Pero esto último siempre que, no habiendo pruebas directas, al menos exista certeza sobre la «realidad de hechos que al unísono envuelvan la maquinación intencionadamente dirigida a mover en determinado sentido la voluntad del declarante», tal como determinó la Sentencia del Supremo de 1 de Junio de 1962.

Parece oportuno reseñar que la doctrina francesa, en este extremo, ilustra, de manera ejemplar, las maniobras dolosas, enumerando, entre otras, la interceptación de la correspondencia, el alejamiento de los antiguos amigos, el despido de los criados fieles, las calumnias contra la familia, la injerencia en los negocios del testador.

Esta doctrina sugiere que se tenga en cuenta la circunstancia de que el testador sea persona de espíritu débil o de carácter apocado, pues el dolo no es el resultado de una presión momentánea, sino de una maquinación prolongada en el tiempo que provoca una suerte de sumisión de la voluntad del testador. En este sentido, la fortaleza física y mental del testador pueden resultar determinantes. Asimismo, será importante, en cuanto factor a tener en cuenta que, después de otorgado el testamento, no haya existido revocación alguna, porque ello permitirá deducir, con frecuencia, que la maniobra continuó hasta el fallecimiento del testador.

De todas formas, hay un alto grado de relativismo en toda esta materia, lo que provoca que la elaboración doctrinal no pueda ir muy lejos, pues la necesaria valoración de cada sujeto implicado lo impide.

La Sentencia de 1 de Junio de 1962 resolvió un supuesto que, a todas luces, resulta muy interesante: se trataba de un señor, casado en segundas nupcias con una mujer más joven que él y parece que la voluntad de éste había quedado sometida a la voluntad de ésta, provocando un ulterior testamento en el que se limitaron los derechos hereditarios de las hijas de su primer matrimonio a la legítima estricta. La acción de impugnación no llegó a prosperar por falta del debido acreditamiento del dolo, cuando lo cierto es que, si se lee detenidamente la Sentencia, se llega a la conclusión de que el testador tenía una voluntad débil y tornadiza, lo que, añadido a la circunstancia de las cartas aportadas al proceso, hace que quepa la sorpresa, como no podía ser menos, por la no apreciación del dolo por el Tribunal Supremo. En una de estas cartas, la Duquesa daba al asesor jurídico de la Casa Ducal unas instrucciones para incluir en el clausulado del primer testamento del Duque. En la otra, la

«nurse» de la última hija del testador afirmaba que éste no tomaba decisiones propias en su vida cotidiana, y que su correspondencia pasaba previamente por las manos de su esposa, que utilizaba lo no conveniente.

En otros supuestos, como por ejemplo en el contemplado en la Sentencia, también del Tribunal Supremo, de 9 de Mayo de 1974, se apreció el dolo, en un supuesto de impugnación de un testamento abierto otorgado por el causante. Éste era soltero y sastre de profesión, muy diestro con las tijeras y muy ahorrativo, tanto que había logrado acumular un importante caudal y comprado bastantes inmuebles. Después de ser operado de un cáncer de estómago, pasó a vivir en la casa de su hermano, y éste consiguió que revocase anteriores testamentos, dejándole a él la totalidad de su patrimonio en detrimento de los sobrinos que habían sido instituidos herederos en un testamento anterior. El Tribunal Supremo declaró, al respecto, lo siguiente: «el otorgamiento de dicha disposición testamentaria tuvo su origen en maniobras de captación de la voluntad del causante, cuando se alojaba en el domicilio del demandado, y que éste había conseguido con anterioridad otra herencia, de un hermano fallecido, de forma análoga, es decir, en pruebas directas, que por no haber sido impugnadas en el recurso, y mucho menos destruidas, permanecen inalterables».

Este último caso, tal como ha puesto de manifiesto, con agudeza, Mariano Izquierdo Tolsada[3], enlaza muy directamente con una consulta relativamente frecuente: la persona que ha atendido a otra en sus momentos de última enfermedad ¿tiene por Ley reconocido algún derecho hereditario? La respuesta a esta pregunta es sencilla y contundente: la Ley no concede derecho alguno a estas personas por el solo hecho de haberse ocupado del cuidado del enfermo. En todo caso, tendrán los derechos que puedan corresponderles en su condición de legitimarios o herederos voluntarios o abintestato. Así, si como únicos parientes tenía cuatro sobrinos y resulta que uno de los cuatro se ocupó de él y los otros ni siquiera fueron a visitarle, la herencia se repartirá por partes iguales, a falta de designación expresa. Si murió sin testamento y no tenía parientes dentro del cuarto grado, no se abrirá la sucesión a favor de los parientes. Aunque los haya de grado más lejano que se hubieran ocupado de sus cuidados, ninguno heredará nada.

Una voluntad libre y espontáneamente manifestada de modo directo es la única que puede imponer su ley a la sucesión, por lo que, tal como se ha podido comprobar páginas atrás, se hace necesario examinar y analizar muy a fondo el particular sentido y significado que, en materia testamentaria, ofrece la teoría de los denominados vicios de la voluntad, porque éstos, sin duda alguna, no juegan de la misma manera en los testamentos que en los contratos, ya que, en los primeros, la Ley tutela únicamente una voluntad, la del testador, y, en los segundos, han de tenerse en cuenta dos partes, dos intereses contrapuestos y perfectamente diferenciados, cuales son la voluntad y el interés de cada una de las partes contratantes. Por eso, extender, sin crítica, principios propios del derecho contractual al derecho testamentario, puede dar lugar —de hecho, los da— a errores graves y a resultados injustos.

Como expuso hace muchos años Alfonso DE COSSÍO[4], la existencia de dolo, fraude o violencia en el testamento tiene, en efecto, un alcance mayor que el de implicar un vicio

(3) *Idem: ibidem.*

(4) DE COSSÍO, Alfonso: «Dolo y captación en las disposiciones testamentarias», en Anuario de Derecho Civil, número 2, Madrid, 1964.

de la voluntad, ya que supone la existencia de un verdadero delito civil, que la Ley sanciona, no sólo con la nulidad sino con la imposición de penas, ya que el testamento está llamado a producir sus efectos después de la muerte del testador, es decir, en un momento en el que éste ya no podrá evitar sus consecuencias mediante el ejercicio de las acciones de impugnación y resarcimiento, lo que determina que se extienda aquí la idea del dolo a supuestos y consecuencias que no se dan cuando de simple anulabilidad de un contrato se trata.

Si nos centramos en el dolo testamentario, lo primero que salta a la vista es que el dolo puede jugar en materia testamentaria de modo positivo, en cuanto determinante de un acto de última voluntad. Pero también puede jugar en sentido negativo, pues, según el artículo 674 del Código civil, «el que con dolo, fraude o violencia impidiere que una persona, de quien sea heredero abintestato, otorgue libremente su última voluntad, quedará privado de su derecho a la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido».

Con arreglo a ello, la Sentencia de 25 de Octubre de 1928 declaró que el acto doloso está calificado por ser producto de la astucia, maquinación o artificio empleados para engañar a otra persona, por quien puede beneficiarse del fin propuesto y con tan injusto procedimiento conseguido. Es, por tanto, producto de un engaño o resultado de una falta de verdad, empleadas por quien se proponga y lo haya conseguido, frustrar la ley o privar de los derechos que de la misma se deriven, realizando un fraude con la consiguiente existencia de perjuicios apreciables.

En este sentido, se tiende a identificar el dolo con el error sustancial, estableciendo entre ellos la misma relación que existe entre la causa y el efecto. Esta es la concepción que parece admitir el Derecho anglosajón, tal como puso de relieve POLLOCK[(5)]: «La sinceridad y plenitud del consentimiento pueden ser afectados por la ignorancia, es decir, por la creencia errónea o simplemente la falta de información o de creencia en hechos sustanciales del contrato. Las consecuencias son diferentes según que este estado de espíritu sea debido o no a la otra parte, más bien que al estado de espíritu de la lesionada; hablamos no de error padecido por dolo, sino de dolo simplemente, como de una causa capaz de producir la nulidad de contrato, aunque no haya dolo donde no hay error. Podemos ofrecer las combinaciones siguientes: a) Ignorancia no causada por el acto de la otra parte: es lo que, en Derecho, se llama «mistake» (error); b) Ignorancia causada por la otra parte sin intención: es lo que se llama «misrepresentation» (falsa representación), y c) Ignorancia causada por la otra parte con mala intención: es lo que se llama fraude (dolo)».

La Sentencia del Supremo de 7 de Enero de 1975 declaró, en sus Considerandos, que «su primer motivo impugna la validez del testamento de la causante, alegando infracción del artículo 674 del Código Civil en relación con el artículo 756 del mismo cuerpo legal y jurisprudencia que cita, siendo bastante para su inadmisión y consiguiente desestimación en este trámite tener en cuenta su falta de precisión (...), aparte de que el precepto del número 6 del artículo 756 que contempla la incapacidad de suceder por causa de indignidad se refiere a los casos en que no llegue a otorgarse testamento, pues si a virtud de la

(5) POLLOCK: *Principles of Contracts*, citado por DE COSSÍO, Alfonso, en artículo citado en nota 4.

coacción se consigue el otorgamiento, entonces la disposición aplicable es la del artículo 673 —sentencia de 24 de Mayo de 1954—, habiendo declarado esta Sala que aun cuando la libertad del consentimiento tenga extraordinaria importancia en materia testamentaria y pueda el acto de disposición de los bienes para después de la muerte, al igual que los demás negocios jurídicos, ser impugnable por engaño doloso, según resulta del explícito precepto contenido en el artículo 673, en relación con la doctrina que sobre el concepto y requisitos del dolo establecen los artículos 1.269 y 1.270, no ha de perderse de vista que es también interés social fundamentalísimo el de la seguridad jurídica, en razón del cual y de las normas generales que rigen en orden a la prueba, es tesis incontrovertible que el que invoca supuestos vicios de voluntad necesita probarlos debidamente, como un hecho impeditivo de los efectos jurídicos normalmente atribuidos a las declaraciones emitidas en forma legal; y por ello, esta Sala, aplicando y salvaguardando tales cánones, no menos que los que gobiernan con un cierto grado de rigidez el funcionamiento de la casación, tiene declarado tantas veces que el dolo no se presume y tiene que probarse por la parte que lo alega, correspondiendo como cuestión de hecho al Tribunal de instancia la apreciación de su existencia».

Es importante subrayar que «dolo» y «fraude» son dos conceptos distintos. Así, una Sentencia —muy antigua— de 22 de Febrero de 1934 llamó la atención sobre la diferencia existente entre los artículos 673, que se refiere al «dolo o fraude», y el 756, referido exclusivamente al fraude, señalando, con tal motivo, la existencia de lagunas legales susceptibles, en todo caso, de ser cubiertas mediante construcciones jurisprudenciales.

Parece evidente que el concepto de «fraude» va íntimamente ligado con el de «engaño», al paso que el concepto de dolo se extiende a otros supuestos de naturaleza muy distinta.

El error es uno de los posibles efectos del dolo, pero no es el único que puede dar lugar a la nulidad de un testamento.

Ya en el *Digesto* se definía el dolo como la maquinación, cuando se finge una cosa y se hace otra. Se consideraba, en consecuencia, únicamente eficaz el dolo cuando llega a producir un engaño y a determinar un error. Ésta era la definición que hacía Servio del dolo[6].

Sin embargo, LABEÓN estimaba que el dolo era toda astucia, engaño o maquinación que se hace para perjudicar, engañar o captar a otro. ULPIANO, por su parte, concluía afirmando en que la definición de Labeón era la verdadera.

Es obvio que, puede acaecer, y ello será lo más frecuente, que los manejos dolosos produzcan un error sustancial, que determine la nulidad del testamento, no faltan, sin embargo, casos en que tales maniobras y artificios, cuando encuentran el terreno propicio de una voluntad débil, lleguen a anularla por completo, sustituyendo la voluntad del testador por la del agente del dolo.

La Sentencia de 31 de Octubre de 1924 declaró que «el dolo consiste genéricamente en el propósito de dañar injustamente», y la de 19 de Mayo de 1925 afirmó que son características del dolo «la idea de engaño o propósito de engañar injustamente».

(6) *Digesto*, 4, 3, 1, 2.

Nuestro Código Civil no define qué debe entenderse por dolo o fraude con respecto a las disposiciones de última voluntad. Por ello, tal como ha quedado expuesto en páginas atrás, hay que entender aplicables los artículos 1.269 y 1.270 del Código Civil. Algunos autores, no obstante, han contrapuesto el fraude, que implica engaño, al dolo, que no consiste en recurrir precisamente al engaño, sino que puede consistir en maquinaciones y artificios para inclinar en un determinado sentido una voluntad débil, llegando a anularla por completo. Este concepto del fraude —que, al fin y al cabo, no sería completamente ajeno, como expresan Manuel DE LA CÁMARA ALVAREZ y Antonio DE LA ESPERANZA Y MARTÍNEZ RADIO[7], al dolo, aparece acogido por las Sentencias de 1 de Junio de 1962 y, sobre todo, por la de 9 de Mayo de 1979, referidas al concepto «captación», que define como artificios o maquinaciones encaminados a desviar la libre determinación de las decisiones del causante para conseguir que se aparte de la herencia a persona que, en otro caso, sería llamadas a la sucesión. En el caso, el testador era un sujeto de personalidad psicopática cuya voluntad fue captada por el instituido, que ya había conseguido hacerse con la herencia de otro hermano por análogos procedimientos, y que alojó al testador en su domicilio (el testamento fue anulado, como ya sabemos, porque el comentario a esta Sentencia se ha hecho supra).

El Tribunal Supremo ha declarado que al término «dolo», a falta de una doctrina general sobre vicios de la voluntad, debe serle aplicado el concepto del artículo 1.269 del Código Civil, aunque haya notorias diferencias entre los negocios unilaterales, según la Sentencia de 10 de Mayo de 1972, y que el dolo testamentario consiste en el empleo de la astucia, maquinación o artificio dirigidos a desviar la libre determinación de las decisiones del testador (Sentencia de 9 de Abril de 1974).

De otro lado, la violencia no aparece definida en el artículo 673, ni tampoco se hace referencia a la intimidación. Ambos conceptos se distinguen, no obstante, por que en el primero se trata de ejercer una coacción de carácter externo o físico, al paso que la intimidación comporta una coacción moral. Ambas son invalidatorias, ya que la violencia puede dar lugar incluso a la nulidad absoluta si el testador es materialmente forzado a otorgar el testamento en el acto del otorgamiento, y ello no ofrece duda si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 756.5 del Código Civil, referido tanto a la amenaza como a la violencia. La Sentencia de 22 de Febrero de 1934, que paso a analizar a continuación, incluyó en los artículos 673 y 674 ambos conceptos.

Efectivamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Febrero de 1934 se dictó resolviendo un supuesto en el que un marido logró, por medio de amenazas de muerte, que su esposa le hiciera heredero. El Tribunal *a quo* declaró válido el testamento y al marido incapaz de heredar por indignidad. Se recurrió en casación, pidiendo la anulación del testamento y el Tribunal Supremo, fundándose en que el hecho de que las amenazas estén contadas entre los motivos de indignidad no implica el que cuando ellas determinaron, por intimidación, el testamento sean contadas como violencia moral «metus» y, por lo tanto, como causa de anulación, casó la Sentencia y anuló el testamento.

En sus Considerandos, declaró el Supremo que:

---

(7) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel y DE LA ESPERANZA Y MARTÍNEZ RADIO, Antonio: *Elementos de Derecho Sucesorio*, La Ley, Madrid, 1997.

«… al objeto de desarrollar con plena consecuencia los temas de casación propuestos en este recurso, conviene hacer una relación exacta de los hechos que, para lo pertinente, la Sala de instancia admite como probados y ellos son los siguientes: primero, que constante matrimonio de don A.S.R. con doña M. del R.C. de la F. La esposa otorgó testamento ante Notario en 23 de Junio de 1924 por el que instituía herederos a los sobrinos que designa; segundo, que tras una vida conyugal de incesantes desavenencias y discusiones por cuestiones de intereses, desde 1920 a 1927, que motivaron por dos veces el depósito judicial de la mujer, ésta fue amenazada de muerte por su marido, si no cedía a otorgar testamento a su favor; y tercero, que el 10 de Marzo de 1927 hizo, en efecto, una nueva disposición testamentaria notarial, por la que nombra en la cláusula cuarta, único y universal heredero a su referido esposo y en la quinta revoca expresamente cuantos tenga otorgados —se refiere a los testamentos— con anterioridad como su postrera y deliberada voluntad».

«Que solicitada conjuntamente la nulidad de este último testamento y la incapacidad de suceder por indignidad del heredero instituido, denegó el Tribunal *a quo* el primer extremo, pero accedió al segundo, por entender que la probada amenaza de muerte como causa de testametifacción, asume carácter intimidatorio, distinto del de violencia, según explica el artículo 1.267 en relación con el 1.265 del Código Civil; y eliminadas las amenazas, cualquiera que sea su gravedad, del texto categórico del artículo 673, para incluirla "nominatim" en el número 6 sexto del 756, sólo corresponde imponer en el caso de autos, la sanción relativa establecida aquí y no la de nulidad absoluta prevenida por aquél; pero alzado el primer motivo de casación, con la extensión y el alcance que razona el recurrente, ha de contraerse la tesis dialéctica al punto concreto de hallarse o no comprendida la noción intimidante de la coacción moral bajo la rúbrica genérica de "violencia" que, como fundamento de anulación testamentaria, se inscribe en el citado artículo 673».

«Que entendiendo el testamento como una manifestación de voluntad por la cual cierta persona dispone de todos sus bienes o de parte de ellos para después de la muerte (artículo 677 del Código Civil), es evidente que constituye un acto volitivo que, como tal germina en el campo reservado por la ley a la autonomía de la libertad individual, cuyo orden causal se quiebra cuando la interferencia de un fenómenos insólito, intrínseco o extrínseco, opera sobre la determinación interna del querer, dando a la declaración humana una materia o inclinación radicalmente distinta de las motivadas en génesis moral por la colaboración de la libertad y del medio, que si obedeciera, de contrario, al estímulo o presión de otros poderes extraños, se desvaría o desnaturalizaría la sustancia del propio ser, porque donde no hay deliberación ni acción autónomas tampoco existe decisión personal libremente realizada y desaparece toda solidaridad interna y toda unidad dominante de la vida, por la yuxtaposición de elementos ajenos a la coherencia de los que integran la personalidad inteligente, y de ahí que las anomalías de la voluntad, reflejada a veces en las formas plásticas del consentimiento dentro de los negocios jurídicos que lo requieren, cuales la menor edad y el trastorno mental, por una parte, la violencia —material y moral—, el dolo y el fraude, de la otra, aquéllos en concepto de factores endógenos y éstos externos, han sido acogidos en todas las legislaciones como agentes de instituciones defectuosas o coartadas sin más valor ni prestigio que el de meras apariencias, relevantes y condenadas a sucumbir cuando la ley reobra contra ellas».

«Que la violencia "in genere" en sus dos aspectos de violencia material, "vis", y violencia moral, asume el primer lugar en la jerarquía de los vicios que aniquilan o perturban la libertad de querer, puesto que la primera, en su sentido de constricción material, de fuerza

física irresistible, y la segunda, como amenaza grave e injusta de un mal temido, quitan toda posibilidad de obtener un movimiento propio y sujetan los motivos racionales de la volición frente a la conciencia rectora así encadenada; fundamento en méritos del cual el derecho romano incluyó las dos especies en un solo concepto (...) y así pasó a nuestra legislación, consignada en el Fuero Juzgo (...), el Fuero Real (...) y las Partidas (...) y se recoge cumplidamente en los artículos 1.275 y 1.267 del Código Civil, interpretado por constante doctrina, los cuales al explicar la naturaleza específica de la fuerza y el miedo no los desintegra en su calidad efectual de analogía, aunque designe a la primera con una locución demasiado extensiva».

«Que, concretamente al negocio unilateral testamentario, inspirado en una moción de liberalidad que, por lo mismo, requiere mayor diafanidad y limpieza en las voliciones electivas, la ley establece normas depuradoras de la libre determinación en el querer del causante y entre ellas sanciona con nulidad el instrumento otorgado mediante violencia, dolo o fraude; bien entendido, que dominada la institución testamentaria por la concepción apriorística de la autonomía de la voluntad, no limita la norma legal el sentido de la "violencia" al de fuerza material, al invencible "vis atrox", "vis divina", "vis maior" con una inconsecuencia e ilogismo impropios de la naturaleza jurídica de la institución, de su importancia social y de la sistemática del Código Civil, sino que embebe en ella la coacción moral intimidatoria, causal, grave e injusta, porque tal criterio responde así a la dirección del pensamiento que guía este aspecto trascendente de la sucesión "ex testamento" en nuestro derecho; y aunque es verdad la inclusión de las amenazas entre los motivos de indignidad que enumera el artículo 756, en apariencia excluidas del 673 por no haber sido designadas en el "nominatim", no es menos cierto que la violencia y el fraude se citan en ambos y el dolo se omite en aquél, lo que supone más que un defecto de técnica, por la existencia de lagunas susceptibles en todo caso de ser cubiertas mediante construcciones jurisprudenciales, una gradación intensiva de los citados vicios de la voluntad, aptos unas veces, si son agudos, para anular radicalmente el consentimiento, cuando no aniquilan y anonadan o de enervarlo otras relativamente si el sujeto imputado de coaccionar en provecho no logró destruir por completo la libre decisión y lucidez de la víctima, en cuyo caso y por vía de sanción penal, se le incapacita para suceder a causa de indignidad, conservando incólume el resto de la institución sucesoria; en suma, que si las amenazas en general no deben ser consideradas siempre como materia de violencia moral, aunque revistan entidad suficiente para dotar indignidad, cuando por el contrario son de tal naturaleza que infundan racionalmente temor grave al paciente y le causen inhibición de su libertad, constituyen una modalidad de la violencia genérica y pueden por lo tanto determinar la nulidad del testamento, a estímulos del artículo 673 del Código Civil; y es claro que, dentro de esta categoría, caen indiscutiblemente las amenazas de muerte, como muy calificadas».

«Que establecida por la Sala de instancia la ilación incontrovertible de hechos probados, y tal como aparecen enumerados en el primer considerando de esta sentencia, es lógico declarar la existencia de una relación de causalidad entre las amenazas de muerte proferidas por el hereditario y el otorgamiento del testamento en que lo instituye como único y universal sucesor, así como igualmente procede estimar la extraordinaria gravedad del miedo producido a través de aquella coacción moral, con poder de ofuscación de la inteligencia y de secuestro de la voluntad, que por demás es injusta e ilegítima vejación; y todo esto supone la intervención de la violencia intimidatoria integral en la formación aparente de la institución testamentaria coartada, nula e irrita "ab initio" y por lo tanto irrelevante en sus efectos, puesto que el juzgador de mérito no da elementos facticios de juicio para presumir

siquiera una reacción espiritual posterior al momento de la emisión de la voluntad cohibida, susceptible de convalidarla o de ratificar sus cláusulas de modo expreso, "tracto tempore"».

Esta Sentencia, a primera vista, parece un tanto embrollada, pero hay que tener en cuenta el año en que fue dictada, 1934. Su antigüedad se pone de manifiesto en su dicción lingüística, pero es interesante por cuanto pone de relieve algo que estimo es de gran trascendencia en sede del tema que estoy tratando: se trata de la relación de causalidad que ha de existir —para que un testamento sea declarado nulo— entre la violencia y/o coacción ejercidas sobre el testador y el posterior otorgamiento del testamento. Sin la existencia de esta relación de causalidad, no cabe que un testamento sea declarado nulo por violencia o intimidación.

Es interesante resaltar, llegados a este punto, cuáles son los requisitos exigidos para la existencia de coacción o violencia moral. En este sentido, hay que analizar, de una forma detenida, una Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 2 de Marzo de 1994. Efectivamente, en esta Sentencia se parte de la idea de la falta de prueba de la coacción moral alegada. El Fundamento Jurídico Segundo de esta Sentencia declaraba que la actora ejercitaba dos acciones: una, por la que impugnaba la validez del testamento abierto que su madre A.F.M. había otorgado el 27 de Mayo de 1992, en el que, tras mencionarla, «de conformidad con lo establecido en el artículo 120.1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón», instituía heredera de la totalidad de sus bienes, derechos y acciones a su hija doña Rosa María (demandada).

La segunda de las acciones ejercitadas pretendía que, tras la declaración de nulidad del testamento, se declarara «ola privanza» del derecho a la herencia de la demandada.

Ambas acciones ejercitadas tuvieron, como base, la concurrencia del dolo, violencia o fraude que la demandada habría empleado —supuestamente— para con su madre, con el fin de que otorgara testamento, en primer lugar, y, en segundo lugar, para impedirle que lo rectificara, con invocación del artículo 673 del Código Civil, pero no especificaba la actora cuál de los tres vicios de voluntad constituye el asiento de su pretensión, el fundamento en el que había que apoyarse.

Al parecer, ambas hermanas litigantes habían cuidado a su madre —la testadora— en los últimos años de su vida. La razón de la nulidad pretendida se contenía en la afirmación que la causante había hecho a la actora que «en el mes de Mayo, cuando estaba en casa de Rosa María, llamó a un Notario para que hiciera testamento en las condiciones que ella me imponía. Yo tenía miedo de tu hermana y lo hice contra mi voluntad, me lo hicieron con el dedo. Yo, a pesar del mal comportamiento de siempre de tu hermana, quiero que seáis las dos iguales. Quiero rectificar el testamento y hacer otro».

Del relato de los hechos, se afirmaba que la demandada trató de aislar a su madre de los demás miembros de la familia, manteniéndola en su exclusiva compañía, por lo que se desprendía que el motivo de nulidad que se invocaba, que, a su vez, sirve como causa de la privación del derecho hereditario de la demandada, estaba constituido por la coacción moral.

El Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia declaró que:

> «… ciertamente que la coacción o violencia moral se debe entender comprendida dentro de los vicios de la voluntad que se contienen en los artículos 673 y 674 del Código civil, y así lo ha proclamado la Jurisprudencia (...) siempre que sea grave y, por lo tanto, si se emplea para obtener el otorgamiento de un testamento éste será anulable, y si se emplea para impedirlo dará lugar a la privación del derecho hereditario del que lo haya empleado.
>
> Ahora bien, como cualquier otro vicio de voluntad, la violencia o coacción moral han de ser debidamente probadas por quien las alega (...), sin que baste la mera afirmación de que el favorecido por el testamento impugnado tuviere al testador en su connivencia, como aislado y sometido a las presiones domésticas derivadas (...), máxime cuando como en el presente caso se trata de un testamento abierto otorgado ante dos testigos con todos los requisitos legales, la que dota de una enérgica presunción iuris tantum de validez que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba de contrario (Sentencias de 13 de Julio de 1981 y 13 de Octubre de 1990)».
>
> «Pues bien, en el presente caso, el actor no ha llevado a cabo tal prueba; en primer lugar, su afirmación de que el demandado trató de aislar a su madre del resto de familiares se halla huérfana de toda prueba, pues ni tan siquiera en el interrogatorio de preguntas por ella presentado se contiene extremo alguno relativo a la señalada cuestión sin que al efecto pueda servir la pregunta número 2, pues al contestar la repregunta la testigo doña Matea, hermana de la testadora, afirma que las litigantes acordaron tener a su madre en su compañía un mes cada una. De otro lado, el supuesto aislamiento se comprende mal con su ingreso en dos ocasiones en los dos meses anteriores a su fallecimiento, con una duración total de unos 15 días, en el Hospital Miguel Servet, el último de los cuales terminó con su fallecimiento, después de cuatro días de permanencia (...)».
>
> «En segundo lugar, si bien es cierto que la hermana de la finada al contestar a la pregunta número 7 del interrogatorio afirma que ésta le dijo la expresión que se contiene en el hecho cuarto de la demanda, más arriba transcrito, ello no puede bastar para tener por probada la existencia de violencia moral, pues, de una parte, ésta difícilmente podría mantenerse durante el ingreso en su centro hospitalario en el que, según afirma la propia actora, la dejaba sola durante largos períodos de tiempo, de otra parte tampoco se entiende cómo el mismo día en que la testadora comunicó a su hija la realización de un testamento contra su voluntad no se dispuso lo necesario para su revocación y, finalmente, ha de señalarse que no se contiene en la demanda el acto que la demandada pudiera haber realizado para quebrantar la voluntad de su madre; en cualquier caso, lo endeble de la prueba presentada por la actora en modo alguno puede desvirtuar la presunción de validez que se deriva de un testamento regularmente otorgado, por todo lo cual se impone la estimación del recurso interpuesto».

En esta Sentencia late una idea importante: cuando la violencia moral o la coacción empleada sobre el testador es grave, da lugar a la anulabilidad del testamento así otorgado; cuando se emplea para impedir el otorgamiento de testamento, dará lugar a la privación del derecho hereditario del que lo haya empleado.

Carlos VÁZQUEZ IRUZUBIETA expresaba que la violencia o el fraude pueden provenir no sólo de un tercero o un eventual legatario, sino y concretamente de quien sería heredero abintestato si el causante muriera sin testar, que será, seguramente, el supuesto más corriente, por lo cual el legislador le ha dedicado un precepto autónomo. La sanción, además de la que, desde el punto de vista penal, pudiera corresponderle, es la pérdida de

sus derechos hereditarios[8]. La acción de impedir el libre otorgamiento de un testamento puede ser física o moral, mediante amenazas. Tampoco se descarta el fraude en tanto que engaño.

Problemática es la cuestión relativa al error sufrido por el testador, de la que se ocupa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 10 de Febrero de 2001, en la que se alegaba que había existido error en la causante en la concreción de los bienes de la herencia, declarando en su Fundamento Jurídico Segundo que:

> «… para centrarnos en las alegaciones en que se fundamenta el recurso de apelación interpuesto, hemos de partir de la base de que el testamento como tal negocio jurídico exige para su eficacia el hecho de que exista una declaración de voluntad libre y sin vicios en el consentimiento, de ahí que el artículo 673 del Código Civil disponga que será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude; sin embargo, a diferencia del artículo 1.265 del citado Código, referente a los contratos, el precepto anteriormente mencionado no incluye el error entre las causas de nulidad del testamento, planteando tal omisión la problemática de si la misma es intencionada o si por el contrario el error en general como vicio del consentimiento puede servir también para las disposiciones testamentarias en las que concurra».
>
> «Sentado lo anterior, la Sala entiende que la omisión que se hace en el artículo 673 citado no tiene sentido excluyente, sino que sólo existe en su redacción una alguna normativa que ha de subsanarse acudiendo a la aplicación analógica del artículo 1.265 del Código Civil, de ahí que será relevante, no sólo el error "in negotio" que entraña inexistencia de verdadera voluntad de testar, sino cualquier error esencial referente al contenido de la declaración testamentaria, pues de no entenderlo así se vulnerará el artículo 675 del Código Civil que da prevalencia a la voluntad del testador al tener por eficaz una disposición equivocada.
>
> «Aplicando tales criterios a que el error pueda ser causa para invalidar el testamento, lo cierto es que, en el presente caso, ateniéndonos a los criterios de interpretación que establece el mencionado artículo 675 del Código Civil, no consta de modo acreditado que fuese otra la voluntad de la causante que la que aparece reflejada en su testamento. Es por ello por lo que no procede estimar la nulidad del testamento que se pretende en el recurso interpuesto, ya que además y de conformidad con lo establecido en el artículo 743 del Código Civil, sobre la ineficacia de los testamentos, tampoco nos encontramos en los supuestos excepcionales que a tal efecto se regulan en los artículos 767, párrafo 1 y 862, todos ellos del Código Civil, en cuanto que no consta acreditado que su aplicación en este caso en concreto pueda invalidar las disposiciones testamentarias que se impugnen. En último extremo, la Sala entiende, aceptando los razonamientos del Cuarto de los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, que tampoco procede acoger la nulidad del testamento que se solicita por el demandante, por entender éste que en el mismo se ha lesionado su legítima. Es evidente que, de conformidad con lo establecido en el artículo 815 del Código Civil, el ahora apelante puede pedir que se restablezca el perjuicio que haya podido tener ejercitando las acciones correspondientes contra los herederos, pero éstas no pueden llevar consigo la nulidad de las disposiciones testamentarias que se pretende en este procedimiento; de ahí, que proceda la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia apelada».

(8) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: *Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 2000.

Ya ha quedado analizado en páginas atrás que el error se omite entre los vicios de la voluntad que restan eficacia a un testamento, quizás por la dificultad o, mejor dicho, la imposibilidad de acreditarlo, dado que quien lo padeció —o, presuntamente, lo padeció— está muerto.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA pone el ejemplo del testador que dice: «Mejoro a mi hijo Luis», justificándose plenamente que el testador no tuvo nunca un hijo de ese nombre, por lo que se tomaría como un error en la designación sin posibilidad de saber a quién se refería en realidad, por lo cual esta cláusula de mejora quedaría como no puesta. Sin embargo, el error mismo está excluido del precepto como causa específica de nulidad testamentaria. El error en cuanto a su contenido, que no el error provocado, parece ser una hipótesis totalmente descartable: el propio testador cree, sin la intervención de nadie, que su hijo está incurso en causa de desheredación y le priva equivocadamente de la legítima larga. Aunque haya quienes piensan que se trata de una hipótesis perfectamente estimable como error sustancial capaz de provocar la nulidad del testamento, con mejor criterio, a juicio de VÁZQUEZ IRUZUBIETA[9] se debe resolver esta cuestión recordando que el artículo 743 del Código civil no autoriza a declarar la ineficacia de un testamento o de sus cláusulas solo en los casos expresamente prevenidos en este Código. Y, en cuanto a la naturaleza misma del acto, también es descartable el error —creer que se está llevando a cabo un negocio jurídico distinto al testamento—.

No siempre es fácil distinguir con claridad el dolo de la violencia como vicios de la voluntad. En este sentido, CARNELUTTI matizaba afirmando que tanto el dolo como la violencia son formas de atentado contra la libertad del querer —se refiere a la volición—, en cuanto se resuelven en la influencia de un querer extraño sobre el querer del agente, esto es, es una alteración de la situación natural, a base de la cual el querer debería determinarse. Tanto el autor de la violencia como el autor del dolo ponen motivos aptos para dirigir la elección del agente, y la diferencia, según este autor[10], está en que mientras, si se trata de dolo, los motivos son ficticios, al paso que, si se trata de violencia, los motivos son reales. CARNELUTTI pone el empleo siguiente: si amenazo a alguien con matarle si no hace testamento a mi favor, es violencia en tanto que si le hago creer que otro le matará, es dolo.

La Sentencia de 28 de Febrero de 1883, tomada como paradigma por la Jurisprudencia italiana, afirmaba que «si la captación puede incluir el concepto de malas artes y manejos dolosos para aprovecharse de la liberalidad a favor propio, la sugestión, como la misma palabra indica, se refiere a una disposición que alguno, con torcidas intenciones y manejos, haya insinuado en el ánimo del testador, ya a su propio favor, ya en ventaja de otro. Pero si la sugestión y la captación representan dos maneras distintas mediante las cuales el dolo puede actuar sobre el ánimo de otro, los efectos, por lo demás, son idénticos, en cuanto con el dolo se quita o disminuye la espontaneidad que es carácter esencial del testamento, y se llega con ello a obtener una disposición que el testador no habría dictado si no hubiera sido captado o sugestionado».

(9) *Idem: ibidem.*

(10) CARNELUTTI: «Captazione del testamento e indegnitá a sucedere», en *Rivista di Diritto Civile*, 1933.

Para VITALI[11], en la doctrina italiana, seguida, asimismo por los franceses, hay que admitir la impugnabilidad del testamento por sugestión y captación, como una manifestación concreta de la acción de nulidad por dolo, es decir, que tanto una como otra producen la invalidez del testamento, de la institución de heredero o de legado, siempre que fuese el resultado de maniobras dolosas.

La sugestión y la captación, como efecto de dolo, no suponen tanto un error de la voluntad cuanto una anulación o aminoración de ésta, en cuanto que el artificio no va encaminado tanto a equivocar al testador, como a determinar su querer (volición).

La doctrina italiana expresaba que el dolo y la violencia en los testamentos ofrecen formas de engaño más sutiles que las que se aprecian en relación con los contratos. Así, CICU afirmaba que, con respecto a la violencia, el legislador —italiano— había tratado de recoger la opinión, muy difundida, de que, en materia testamentaria, se tienen en cuenta formas de engaño mucho más sutiles que las que se tomarían en consideración en sede de contratos[12]. Por su parte, GANGI afirmaba que el dolo en los testamentos debería ser valorado de modo más amplio que en los contratos y, por lo tanto, podía ser causa de invalidez del testamento, aun cuando por su entidad y por su influencia sobre la voluntad del disponente, no podría considerarse como causa de invalidez de un contrato[13]. Para apoyar su tesis, citaba la Sentencia del Tribunal de Apelación de Bolonia de 20 de Febrero de 1936, sosteniendo que el dolo y la violencia hacen inválido el testamento, no tanto en cuanto constituyen un vicio de la voluntad, sino en cuanto a causa de ellos viene a faltar un requisito esencial de la disposición testamentaria, que consiste en la pureza, en la libertad y en la verdad del querer del testador.

Lo esencial, a mi juicio, es, sin duda, que, interviniendo engaño y/o violencia, el testador, en un acto tan personalísimo como lo es, efectivamente, el testamento, no va a ejercitar su libertad, no expresa su voluntad, sino que esa libertad y esa voluntad vienen coaccionadas y/o influenciadas por una persona extraña, por un tercero, que no es el propio testador, único árbitro de las disposiciones testamentarias. Éste es el núcleo de la problemática que estoy analizando.

La dificultad probatoria, a mi juicio, es un factor que, necesariamente, hay que tomar en cuenta en estos procesos. Efectivamente; hay Sentencias —según he podido ir investigando— en las que se pone de relieve que no se ha llegado a probar, fehacientemente, que el testador otorgó testamento coaccionado o impulsado por el miedo o por cualquier género de violencia sobre él.

En este sentido, veamos una Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 11 de Enero de 1999, declarando en su Fundamento Jurídico Segundo que:

> «... sentada la conclusión de falta de prueba de enfermedad que produjere en el testador una situación de incapacidad, es preciso examinar si concurre violencia, dolo o fraude de entidad suficiente para provocar la nulidad del testamento, de conformidad con el artículo

(11) VITALI: *De las sucesiones*, tomo I, traducción española, sin fecha.

(12) CICU: *El testamento*, traducción española, Madrid, 1959.

(13) GANGI: *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milán, 1952.

673 del Código Civil, y cuya carga de la prueba incumbe a los demandantes. Las tesis mantenidas por los demandantes pueden sintetizarse en la existencia de una táctica del codemandado, cuyas relaciones con su padre eran muy tirantes, para quedarse con todos los bienes de la herencia con un cambio de médico, obligando al abuelo a convivir con él, con agresiones físicas, psíquicas y falsas amenazas, obstaculización a toda relación con sus nietos, y existencia de miedo "vis compulsiva" y violencia teniendo en cuenta la edad y la situación de la víctima con su grave enfermedad. La tesis mantenida por el hijo codemandado puede resumirse que el cambio de criterio se debió al agradecimiento por haberle acogido en su casa en su última enfermedad, mientras que sus nietos no lo quisieron y tenían intención de internarlo en un Geriátrico.

«Por la la Sala examinado el conjunto de la extensa prueba practicada, principalmente testifical, comparte la conclusión del Juzgador de instancia de que no consta acreditado ningún vicio del consentimiento. Sobre el particular no puede olvidarse el principio general del Derecho antes mencionado de que la voluntad del hombre es mudable hasta su muerte, y con ello es factible que el testador cambiare de criterio en sus cuatro últimos meses de vida, respecto a lo que antes considerare procedente, en un ámbito en el cual salvo la parte destinada a legítima, el testador puede distribuir a su libre voluntad dos tercios de la herencia. Del contexto de pruebas se infiere que Don José B.T. padecía de cáncer de próstata, del que se sospechó ya en el año 192, se confirmó su malignidad en el año 1994, fue sometido a quimioterapia, y en febrero de 1997 llegó a la calificación de terminal con metástasis en los huesos y fuertes dolores de espalda, con situación que junto a la edad de 88 años, necesitaba de cuidados continuados. De los testimonios de sus familiares más próximos, su hermana Catalina (...), su cuñada D.ª Isabel M. y su sobrino Don Juan T., así como de otros se desprende que el testador era un hombre muy independiente, muy "suyo", hacía poca vida en común y "le disgustaba perder la independencia y no poder vivir solo", así como la existencia de discusiones con su hijo José, con quien las relaciones no eran satisfactorias, en una de las cuales quedó con una lesión en la nariz, presentaba una mayor preferencia por su hijo Esteban (padre de los actores y fallecido en el año 1996). De lo actuado se desprende que en el contexto de la grave enfermedad, que le impedía ya vivir solo, situación traumática en una persona tan independiente, el testador optó por pasar a residir con su hijo José, muy posiblemente dado que su estado de salud no le permitía otra cosa, y por los motivos que fuere no solicitó ayuda a sus nietos o éstos también por el motivo que fuere no pudieron o no quisieron prestársela. Es imposible conocer el pensamiento del testador y el motivo que le llevó a otorgar los dos testamentos en los cuales favorecía claramente a su cuidador, y es hipotéticamente factible que tal modificación se debiere a una compensación por las molestias relevantes que con tal enfermedad pudiere ocasionar a la familia de su hijo José, la cual más bien o más mal, fue quien cuidó del mismo en sus últimos seis meses de vida, sin que conste ofrecimiento claro de sus nietos, ni que éstos instaran la incapacitación de su abuelo como medio de intervenir ante una situación de hipotéticos malos cuidados, ni conste intentaran pactar una atención compartida con su tío. Del examen de los testamentos y del contexto de la prueba testifical de sus parientes más próximos, es evidente que hasta cuatro meses antes de su muerte el deseo de Don José B.T. era que la finca de las "Tancas de Bagur" fuera para su hijo Esteban y, al fallecer el mismo, posiblemente para sus nietos, y que en vida de Don Esteban mostraba una clara preferencia por éste, más favorecido en el reparto de bienes de los tres anteriores testamentos, pero, como antes se ha reseñado, en su última enfermedad cambió de parecer y lo manifestó de modo claro ante, sin que conste violencia o dolo grave del hijo codemandado o de su familia. Asimismo es de señalar que

> Don José B.T. no se hallaba encerrado como pretenden los demandantes, y tal como indica su hermana no se le impedía contactar con sus parientes cuando se hallaba ya en casa del hijo, aunque parece ser que tras otorgarse el testamento la familia de Don José no deseare un trato muy intenso con los nietos por evidente peligro de que cambiare el testador nuevamente de criterio, recordando nuevamente que la voluntad del testador es mudable hasta el momento de su muerte. Por tanto, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por los demandantes».

Como se observa a través de la Jurisprudencia, es difícil, efectivamente, acreditar fehacientemente que el testador ha emitido su disposición de última voluntad coaccionado o violentado de algún modo. Así podemos encontrarlo en muchas Sentencias que he examinado, en las que el demandante —o demandantes— se limita a alegar que el testador ha sufrido violencia o coacción, pero sin aportar prueba de estos hechos, por lo que dicha alegación queda desestimada. Así, por ejemplo, lo vemos en una Sentencia —esta vez, del Tribunal Supremo, de 14 de Marzo de 1988—, en la que su Fundamento de Derecho Primero declaró que «las actuaciones de las que el presente recurso trae causa tienen su origen en la demanda formulada por Don Jaime V.M. contra su hermana Doña Montserrat y Doña María V.M, con la pretensión de que se declare la nulidad del testamento abierto que Doña Montserrat M.C., madre de demandante y demandadas, había otorgado el 22 de Diciembre de 1971 (...), por el que revocando cualquier otro testamento anterior y aparte de otras disposiciones transmitía, bajo la forma de prelegado, a sus tres citados hijos, por partes iguales entre ellos, la fábrica e industria de elaboración de champagne denominado "Torre Blanca", con todas las instalaciones, bodegas, terreno sobre el que se halla construido dicha finca y demás particularidades del mismo, por entender el demandante que dicho testamento había sido otorgado con error, violencia, dolo o fraude (menciona todos estos vicios, pero no especifica concretamente a cual de ellos se refiere), como consecuencia de la coacción moral que sobre la testadora, dice, había ejercitado su hija (hermana del demandante), la demandada Doña Montserrat V.M., para que lo otorgara en tal sentido, a pesar de que su madre siempre había dicho, tanto antes, como después del otorgamiento de dicho testamento, que el heredero único de dicha industria sería él. Tras un examen particularizado de todos los elementos probatorios obrantes en autos, tanto la sentencia de primera instancia, como la de apelación, en plena y absoluta conformidad, declaran y resuelven que no puede en modo alguno estimarse probado que la voluntad testamentaria de Doña Montserrat M.C. estuviera viciada por error, violencia, dolo o fraude, cuando otorgó el testamento abierto objeto de la litis».

Hay que resaltar, asimismo, que las alegaciones efectuadas fueron vagas e imprecisas, porque se hizo alusión tanto al dolo, como al fraude, a la violencia y al error, conceptos todos ellos que requieren una delimitación y una concreción jurídica, cosa que no se llegó a hacer.

Es oportuno tener en cuenta que la mayor gravedad del dolo en materia testamentaria ha hecho, incluso, que algunos autores hayan visto en él más que una mera causa de anulabilidad del contrato, fundada en un simple vicio de la voluntad, un motivo de nulidad radical. En este sentido, es de destacar que el artículo 756 del Código Civil establece la indignidad para suceder en los casos en que con dolo, fraude o violencia se impidiere que una persona de quien se sea heredero abintestato otorgue libremente su última voluntad.

La trascendencia de la voluntad testamentaria —el testamento como acto personalísimo y libre— hace que entre en juego en esta materia un principio de orden público, teniendo, además, en consideración que habiendo de producir el testamento sus efectos después de la muerte del testador, no puede éste, por definición, convertirse en árbitro de la impugnación, al contrario de lo que sucede en sede contractual propiamente. Nunca, en efecto, puede llegar a saberse, como no sea por presunciones, a favor de quien hubiera dispuesto el testador, de haber procedido libremente. Son, como fácilmente se comprueba en la práctica, materias en las que las dificultades probatorias se acrecientan. A veces, estas dificultades son insuperables y, en todo caso, siempre serán superiores a las que ofrece el negocio jurídico bilateral, unido todo ello a la circunstancia de que, como la impugnación ha de producirse forzosamente después del fallecimiento del testador, no puede éste facilitar los elementos y datos necesarios para fundarla, de donde habría que deducir que sería oportuna la necesidad de un criterio más amplio y generoso en la admisión y valoración de los medios probatorios.

Revista de

Derecho de Familia

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

INTERÉS LEGAL DEL DINERO

Año	%
1985	11
1986	10,50
1987	9,50
1988	9
1989	9
1990	10
1991	10
1992	10
1993	10
1994	9
1995	9
1996	9
1997	7,50
1998	5,50
1999	4,25
2000	4,25
2001	5,50
2002	4,25
2003	4,25
2004	3,75
2005	4
2006	4
2007	5
2008	5,50
2009 (desde el 1-I hasta el 31-III)	5,50
2009 (desde el 1-IV hasta el 31-XII)	4
2010	4
2011	4
2012	4

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (SMI) PARA 2012

21,38 euros/día o 641,40 euros/mes.

ÍNDICE DE PRECIOS DE CONSUMO (DATOS INTERANUALES)

Año	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiem.	Octubre	Noviem.	Diciem.
1985	9,4	9,7	9,5	10,2	9,9	8,9	7,9	7,3	8,3	8,2	8,5	8,2
1986	9,3	9,0	8,6	7,8	7,8	8,9	9,4	9,5	9,5	9,3	8,2	8,3
1987	6,0	6,0	6,3	6,3	5,8	4,9	4,9	4,6	4,4	4,7	4,7	4,6
1988	4,5	4,3	4,5	3,9	4,0	4,4	4,7	5,8	5,7	5,2	5,4	5,8
1989	6,4	6,2	6,1	6,7	6,9	7,1	7,4	6,6	6,8	7,1	7,3	6,9
1990	6,7	7,3	7,0	7,0	6,8	6,5	6,3	6,5	6,5	7,0	6,7	6,5
1991	6,7	5,9	5,9	5,9	6,2	6,2	6,1	6,0	5,7	5,5	5,7	5,5
1992	6,0	6,8	6,9	6,5	6,5	6,2	5,2	5,8	5,8	5,2	5,1	5,3
1993	4,7	4,0	4,0	4,6	4,6	4,9	4,9	4,6	4,3	4,6	4,7	4,9
1994	5,0	5,0	5,0	4,9	4,9	4,7	4,8	4,8	4,5	4,4	4,4	4,3
1995	4,4	4,8	5,2	5,2	5,1	5,1	4,7	4,3	4,4	4,3	4,4	4,3
1996	3,9	3,7	3,4	3,5	3,8	3,6	3,7	3,7	3,6	3,5	3,2	3,2
1997	2,9	2,5	2,2	1,7	1,5	1,6	1,6	1,8	2,0	1,9	2,0	2,0
1998	2,0	1,8	1,8	2,0	2,0	2,1	2,2	2,1	1,6	1,7	1,4	1,4
1999	1,5	1,8	2,2	2,4	2,2	2,2	2,2	2,4	2,5	2,5	2,7	2,9
2000	2,9	3,0	2,9	3,0	3,1	3,4	3,6	3,6	3,7	4,0	4,1	4,0
2001	3,7	3,8	3,9	4,0	4,2	4,2	3,9	3,7	3,4	3,0	2,7	2,7
2002	3,1	3,1	3,1	3,6	3,6	3,4	3,4	3,6	3,5	4,0	3,9	4,0
2003	3,7	3,8	3,7	3,1	2,7	2,7	2,8	3,0	2,9	2,6	2,8	2,6
2004	2,3	2,1	2,1	2,7	3,4	3,5	3,4	3,3	3,2	3,6	3,5	3,2
2005	3,1	3,3	3,4	3,5	3,1	3,1	3,3	3,3	3,7	3,5	3,4	3,7
2006	4,2	4,0	3,9	3,9	4,0	3,9	4,0	3,7	2,9	2,5	2,6	2,7
2007	2,4	2,4	2,5	2,4	2,3	2,4	2,2	2,2	2,7	3,6	4,1	4,2
2008	4,3	4,4	4,5	4,2	4,6	5,0	5,3	4,9	4,5	3,6	2,4	1,4
2009	0,8	0,7	-0,1	-0,2	-0,9	-1,0	-1,4	-0,8	-1,0	-0,7	0,3	0,8
2010	1,0	0,8	1,4	1,5	1,8	1,5	1,9	1,8	2,1	2,3	2,3	3,0
2011	3,3	3,6	3,6	3,8	3,5	3,2	3,1	3,0	3,1	3,0	2,9	2,4
2012	2,0	2,0	1,9	2,1	1,9	1,9	2,2	2,7	3,4	3,5	2,9	

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 del progenitor no custodio.

Revista de

Derecho de Familia

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

PATRIA POTESTAD

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

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

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

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

Se suspende al padre en el ejercicio de la patria potestad dado el incumplimiento grave de su deber de procurar a los hijos una formación integral, porque su conducta, generadora de un ambiente familiar violento y agresivo, era absolutamente incompatible con el ambiente pacífico de la convivencia familiar normal, necesaria para la adecuada formación y desarrollo psíquico e integral de los menores. En ese informe, se describían conductas del padre machistas y humillantes hacia su compañera.

[AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 4 de mayo de 2012]

GUARDA Y CUSTODIA

El Tribunal Supremo anula la Sentencia de la Audiencia Provincial por falta de motivación para denegar la custodia compartida, pues no tiene en cuenta más que de forma retórica el interés del menor. El alto tribunal acoge este modelo de custodia atendiendo a las circunstancia de los progenitores, al informe favorable del Ministerio Fiscal y del equipo técnico.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª Sentencia de 25 de mayo de 2012]

Que la hija mayor, próxima a cumplir la mayoría de edad, haya decidido convivir con la madre, no es motivo para modificar la custodia de las dos hijas menores cuya custodia se otorgó en su momento al padre en base a los problemas de adicción al alcohol de la madre.

[AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2012]

Se acuerda otorgar la custodia al padre, pues esta modificación constituye únicamente el reconocimiento judicial de una situación de hecho que se viene produciendo de forma continuada desde hace más de dos años y medio.

[AP Zamora, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2012]

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

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

Las ideas religiosas de la madre no pueden constituirse en un impedimento para que pueda ejercitar la custodia de su hija menor, ni pueden suponer peligro alguno para la educación y formación de la menor pues en los arts. 14 y 16 de la CE se establecen la no discriminación por razones religiosas y la libertad de culto.

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

Aunque la madre se ha marchado del domicilio familiar sin dar razón de su paradero, la situación fáctica creada por tener la custodia continuada de las hijas, quienes además no han tenido contacto con el padre, determina que la alteración brusca de la custodia no resulte beneficiosa para las menores sin un previo régimen de visitas de aproximación paulatina.

[AP Segovia, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de mayo de 2012]

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

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

RÉGIMEN DE VISITAS

Siendo la relación familiar normal entre ambos progenitores, no parece irracional fijar un régimen progresivo de contactos entre el padre y la menor, hasta los dos años y medio sin pernocta, y a partir de esa fecha con pernocta.

[AP Soria, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2012]

No parece que pueda perjudicar a un niño de 12 años de edad, que además del padre, puedan recogerle y devolverlo al final del régimen de visitas otros familiares directos.

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

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

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

La visita de los miércoles interfiere en la normalidad de la relación paternofilial, incomodando, como poco, a los hijos comunes, por lo que no es factible atender la petición de su mantenimiento, al no quedar acreditado que los problemas se deban en exclusiva al comportamiento poco favorecedor de la madre a las visitas, pues también debe imputarse a la falta de habilidades del progenitor no custodio.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 21 de mayo de 2012]

No puede obviarse que es la madre la que ha cambiado de lugar de residencia, de ahí que se estime procedente acordar que, en lo sucesivo, el punto de recogida y entrega de la menor

no será el domicilio materno, sino una localidad intermedia entre el domicilio de la padre y del padre.

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

VIVIENDA FAMILIAR

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

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

Estando el hijo mayor de edad incapacitado, a los efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar, debe equipararse su situación a la de los menores de edad, procediendo en consecuencia concederle al hijo y la madre el uso de la vivienda privativa del padre.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de mayo de 2012]

Aunque no se haya solicitado, debe atribuirse el uso de la vivienda familiar a la hija y al progenitor custodio, sin que con ello se vulnere el principio de congruencia habida cuenta del carácter de *ius cogens* de la medida.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de mayo de 2012

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

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

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

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

En los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso entre los cónyuges, no pueden atribuirse el uso de viviendas o locales distintos a aquél que constituye la vivienda familiar.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de mayo de 2012]

Cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del art. 96 CC, es decir, la protección del interés del menor y siempre que la división sea posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de abril de 2012]

Existiendo menores de edad, la atribución del uso de la vivienda familiar les corresponde a ellos, sin que pueda entrar a valorarse si el interés del progenitor no custodio es el más necesitado de protección.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de abril de 2012]

PENSIÓN ALIMENTICIA

Los signos externos del actor no solo siguen siendo los mismos, pues continúa siendo propietario de una vivienda, un bajo y dos vehículos, sino que han mejorado, ya que también ha adquirido una motocicleta de gran cilindrada, por lo que debe desestimarse la demanda en la que solicitaba una reducción de la pensión alimenticia. No tiene efecto alguno el hecho de que en un determinado momento se firmara por la madre el convenio propuesto en el anterior procedimiento donde se preveía una reducción de la pensión, pues finalmente no fue aprobado.

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

No podemos establecer un límite temporal a la pensión de alimentos porque no tiene carácter indemnizatorio y está condicionada únicamente a las necesidades del alimentista y a las posibilidades del alimentante. En este caso, la hija del matrimonio sólo tiene 23 años y aunque ha completado sus estudios universitarios básicos se encuentra cursando estudios de postgrado.

[AP León, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2012]

Si bien el pago de los costes de un colegio en régimen de internado supone cubrir la casi totalidad de los gastos de alimentos del menor, al margen de tales costes surgen otros igualmente necesarios para el menor, como lo son los de vestido, gastos farmacéuticos que no tengan carácter de extraordinarios, ocio —aunque sea en cantidad muy reducida—, desplazamientos... Por lo tanto, el importe adicional fijado en la sentencia recurrida se considera ajustado y permitirá cubrir esos otros gastos que inevitablemente se producirán.

[AP León, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2012]

La interposición de una demanda de modificación cuando el padre lleva poco más de dos meses en situación de desempleo es improcedente pues no se considera tiempo suficiente para acreditar una situación que deba valorarse como definitiva para poder apreciar su trascendencia y relevancia.

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

El padre tiene en la actualidad 46 años y no consta que sea inválido o esté incapacitado, por lo que está obligado a prestar alimentos a su hija, independientemente de las posibilidades económicas de la madre, debiendo tenerse en cuenta que la pensión que se fijó en su día (180 euros) es mínima. Por tanto debe desestimarse la demanda de reducción de la pensión alimenticia interpuesta por el padre.

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

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

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

Se incrementa la cuantía de la pensión alimenticia de la hija pues es evidente para cualquiera sin necesidad de especiales razonamientos que una mujer que cuenta ya con 23 años, que cursa estudios universitarios, que está realizando numerosas actividades de formación

y que ha de desarrollar una vida social acorde con su edad tiene más necesidades que una niña de 14 años. Por eso ha de considerarse acreditado que sus necesidades han aumentado.

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

PENSIÓN COMPENSATORIA

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

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

El matrimonio se mantuvo vigente durante 12 años, tiempo en el que la esposa trabajó en la casa familiar y cuidó y atendió a su esposo e hijo, la esposa tiene 49 años y tan sólo presta trabajo durante dos o tres meses al año, por lo que recibe un modesto salario, por lo que no debe fijarse limitación temporal a la pensión ya que, debido a su edad, nos imaginamos las serias dificultades que tendrá para acceder a un puesto de trabajo digno con un salario suficiente para satisfacer sus necesidades personales.

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

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

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

El régimen económico matrimonial no es determinante del desequilibrio económico, sino que constituye uno de los factores a tener en cuenta para fijarlo, y por ello cabe la pensión compensatoria tanto en un régimen de comunidad de bienes, como en uno de separación.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de mayo de 2012]

Si los cónyuges pactaron una pensión compensatoria añadiendo que la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o negocial, sin que ello suponga detrimento del importe de la pensión a satisfacer por el esposo, debe mantenerse el pacto no impugnado en ningún momento con independencia de los ingresos que pueda percibir la esposa.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de abril de 2012]

CONVENIO REGULADOR

Habiendo pactado los cónyuges en el convenio regulador la venta de la vivienda y el reparto del precio de forma desigual, al no llevarse a efecto la venta, debe estimarse la acción de división de cosa común interpuesta por el padre frente a los hijos (que sucedieron a la madre), atribuyendo a cada una de las partes el 50% del valor del inmueble, ya que no puede darse carácter de pensión compensatoria a la mayor parte del precio que se acordó

que recibiría la madre, pues el pacto lo que reparaba era el desequilibrio que se ocasionase por la venta, que finalmente no tuvo lugar.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2012]

CUESTIONES PROCESALES

Aunque los litigantes no sean ciudadanos de la Unión Europea, dada su residencia común en España, los juzgados y tribunales españoles tienen competencia para conocer de la demanda de divorcio, al ser de aplicación lo dispuesto en el art. 3.1 del Reglamento CE 2201/2003.

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

Aunque el hijo mayor de edad se encuentra cursando estudios superiores en Ecuador, se reconoce legitimación activa a la madre para solicitar pensión alimenticia, dado que es la madre quien en la actualidad le proporciona lo necesario para su subsistencia alimenticia y formación. Esa tácita voluntad del hijo de continuar viviendo con uno de sus progenitores y el hecho de esa convivencia familiar que voluntariamente acepta es el fundamento de la legitimación.

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

En el momento en que el Juzgado de Familia tiene conocimiento de la existencia de un acto susceptible de constituir violencia contra la mujer, ya se había iniciado la fase de juicio oral en el procedimiento de divorcio y habida cuenta que tras la demanda y reconvención, las partes presentaron un convenio regulador, estando pendiente el procedimiento únicamente de la ratificación por separado de los cónyuges y la ulterior sentencia, se confirma la competencia del Juzgado de Familia.

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

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

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

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

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

La parte recurrente se opone a la sentencia porque entiende que no era posible la reconvención porque la legitimación para aumentar las pensiones alimenticias de las hijas mayores de edad solo correspondía a estas. En cuanto en el presente proceso se pretende una modificación de las medidas adoptadas en un anterior proceso la madre sigue teniendo legitimación para actuar en nombre de sus hijas.

[AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 7 de mayo de 2012]

El recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia para resolver qué modelo de custodia procede, dado que las Sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales tienen en cuenta las situaciones concretas de cada caso.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de abril de 2012]

No concurre derecho a litis expensas dado que, al no existir bienes comunes, la esposa debió solicitar el beneficio de justicia gratuita para contestar la demanda de divorcio pues, existiendo intereses contrapuestos, para la concesión del derecho sólo se valorarían sus bienes.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de abril de 2012]

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

La estimación de las dos causas de oposición al despacho de la ejecución no han determinado el cese del proceso de ejecución y levantamiento de los embargos y medidas de garantía que pudieran haber sido adoptadas, lo que determina que la pretensión ejecutiva era viable en parte, y ello supone la no imposición de costas a ninguna de las partes en el incidente.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 31 de mayo de 2012]

El título judicial por el que se inició el proceso de ejecución es la sentencia del juicio declarativo verbal y la posterior sentencia dictada en proceso de modificación de medidas solo clarificó el concepto de los gastos extraordinarios y los de carácter extraescolar, por lo que no tiene incidencia en el presente proceso de ejecución. Por tanto debe rechazarse la nulidad del proceso esgrimida por el ejecutado con base en el art. 559.1.3.º de la LEC.

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

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

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

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

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

Las costas del incidente de oposición requieren de un expreso pronunciamiento al respecto y las costas del procedimiento de ejecución, salvo acogimiento total de la oposición, lo que

no sucede en el supuesto analizado, son siempre a cargo del demandado, no precisando de una especial declaración judicial al respecto.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 22 de mayo de 2012]

REGÍMENES ECONÓMICOS

Cuando se produjo la separación de bienes los dos hijos mayores ya debían de cursar estudios en régimen de internado, por lo que por más que la madre actuara con el más exquisito cuidado en relación con sus hijos no se puede decir que esa dedicación la ocupara de modo efectivo. A ello hay que añadir la demostrada contratación de personal doméstico para realizar las tareas del hogar, por lo que no procede fijar la indemnización del art. 1.438 del CC.

[AP León, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2012]

Existiendo la constancia, pues no se ha negado, de la extracción de fondos por parte del esposo de una cuenta común es a él a quien correspondía la prueba de su destino.

[AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2012]

Respecto de los rendimientos derivados de la indemnización percibida por la actora, ha de señalarse que no consta que tal cuestión se hubiera planteado en el trámite de formación de inventario, pues en el acta solo se hace referencia a la indemnización misma, resuelta en sentido negativo en la sentencia al tratarse de bienes privativos.

[AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2012]

La indemnización del art. 1.438 del CC puede fijarse en función del sueldo que cobraría por realizar el trabajo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar, si bien también debe tenerse en cuenta la ponderación que permite el art. 3.2 del CC.

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

Pertenecen a la sociedad de gananciales las cantidades percibidas por el ex esposo en concepto de devolución de cantidades del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas de los años 2008 y 2009, pues la devolución de cantidades no es sino la entrega de las percibidas por la Administración en cuantía superior a la que corresponde atendidas las circunstancias del declarante, cantidades que previamente se han retenido, y lógicamente de las nóminas del esposo.

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

La liquidación de la sociedad de gananciales necesariamente ha de tener en cuenta lo pactado por ambas partes y lo acordado en la referida sentencia de divorcio en la que el esposo asumió el compromiso de adquirir la parte correspondiente a la esposa respecto de los inmuebles existentes en la comunidad de gananciales, mediante el pago del precio que se fije en la correspondiente valoración judicial.

[AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2012]

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

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

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

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

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 22 de mayo de 2012]

Las causas por las que se consideró que la madre biológica estaba incursa en causa de privación de la patria potestad ya fueron en su día razonadas, explicitadas y resueltas en el incidente tramitado al efecto, por lo que no cabe en este trámite procesal de apelación contra el auto que constituye la adopción reiterar alegatos, razonamientos y decisiones que fueron objeto de otro proceso previo al que nos ocupa.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 22 de mayo de 2012]

Ni a la resolución de desamparo ni al auto constituyéndose el acogimiento simple se opuso la madre biológica. La menor vive con la familia acogedora desde que contaba con nueve meses de edad y ya tiene cinco años, y está perfectamente integrada, con lo que volver a la situación anterior, que tampoco se pretende, es insostenible al ir totalmente en contra del interés superior del menor, por lo que debe desestimarse la oposición a la constitución del acogimiento preadoptivo.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 15 de mayo de 2012]

FILIACIÓN

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

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

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

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

Se desestima la acción de impugnación de la paternidad, ya que por haber contraído matrimonio con la madre la filiación reconocida se convirtió en matrimonial, por lo que el plazo de caducidad a aplicar sería el del año previsto en el art. 136 del CC.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de mayo de 2012]

No existe abuso de derecho porque el hijo ejercite la acción de reclamación de filiación paterna bastante tiempo después de conocer la verdad biológica y tras el fallecimiento del presunto padre.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 12 de abril de 2012]

Aunque la hija haya tardado más de veinte años en ejercitar la acción de reclamación de paternidad no matrimonial y la accesoria de impugnación de la paternidad matrimonial, no se considera que exista mala fe en el ejercicio del derecho ni fraude de ley.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de abril de 2012]

No se aprecia la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber demandado a la madre biológica, ya que esta tenía conocimiento del procedimiento e intervino como testigo.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de abril de 2012]

UNIONES DE HECHO

Al no haber existido convivencia familiar en el domicilio privativo del padre, no puede atribuirse el uso a la madre y al hijo, ya que estos ocuparon la vivienda tras la ruptura y por un acto de mera tolerancia del padre.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2012

El presente conflicto negativo de competencia ha de resolverse a favor del Juzgado de Primera Instancia donde reside la parte demandada con el hijo común menor de edad, tal y como se previene en el art. 769.3 de la LEC, al residir los litigantes en distintos partidos judiciales, y ser preferente con carácter general el fuero del lugar de residencia del menor, siendo indiferente que el domicilio familiar estuviese en otra ciudad.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 18 de mayo de 2012]

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La Revista de *Derecho de Familia* publica, con una periodicidad trimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho de Familia. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

1. ***Dirección de envío:*** Todos los trabajos y libros para recensiones deberán remitirse a la sede de la Revista de *Derecho de Familia* (Lex Nova, C/ General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: *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.