

DIRECTOR: ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN

Magistrado

Nº 50

Revista de **Derecho de Familia**

© Lex Nova 2011

Lex Nova, S.A.U.

Edificio Lex Nova.

General Solchaga, 3

47008 Valladolid

Tel. 983 457038

Fax 983 457224

E-mail: clientes@lexnova.es

Depósito Legal: VA. 803-1998

ISSN 1139-5168

Printed in Spain – Impreso en España

Dirección General:

Daniel Tejada Benavides

Esta revista ha sido coordinada por Antonio Javier Pérez Martín, con la colaboración de Lexfamily SL, Teresa Ferrero y Jaime Barbero del Departamento de Producción Editorial de Lex Nova.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

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

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

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

La edición digital de esta colección, que ha sido seleccionada por el CGPJ para su utilización por los miembros de la carrera judicial, puede consultarse en **portaljuridico.lexnova.es**

LEX NOVA

DIRECTOR
ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN

Magistrado

HEMOS CUMPLIDO LOS CINCUENTA

Esta revista de *Derecho de Familia*, que inició su andadura el 1 de octubre de 1998, alcanza el número cincuenta con el ejemplar que hoy presentamos. Cumplir números es signo de madurez y hacerlo en compañía de tantos lectores es la mayor satisfacción que podemos tener.

Aún recuerdo cuando propusimos a D. Daniel Benavides la creación de la revista y con la gran visión de hombre de empresa que siempre le ha caracterizado acogió el proyecto con entusiasmo y con recelo, advirtiéndonos de la ardua tarea que era poner trimestralmente a disposición del lector una publicación de estas características y extensión, y de la dificultad que encontraríamos en la búsqueda de colaboradores para la sección de estudios doctrinales, pues al principio todo el mundo dice que quiere escribir y luego pasan los días y los meses y el artículo no llega y comienzan las excusas de la falta de tiempo. La verdad es que no le faltaba razón.

Nuestra revista tuvo su bautizo jurídico en la librería de Lex Nova en Madrid y contamos con el honor de que D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Magistrado del Tribunal Supremo, y nuestro entrañable amigo, D. Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia, disertasen sobre la oportunidad y necesidad de la publicación. También nos acompañaron numerosos amigos y, cómo no, personal de la editorial Lex Nova, donde merece especial mención Teresa Ferrero, que ha puesto su buen hacer y profesionalidad en cada uno de los números.

Desde aquel momento el tiempo ha transcurrido rápido, muy rápido. El reto se ha cumplido, pero ello no significa que todo está hecho. El entusiasmo que derrochamos hace más de doce años y medio sigue intacto y renovándose constantemente, y prueba de ello es que poco a poco hemos ido incorporando nuevas secciones a la revista con la única finalidad de hacerla cada día más práctica. Igualmente hemos dado el salto a la plataforma *on line* permitiendo que el lector pueda decidir el sistema que mejor se adapta a sus necesidades y que los nuevos suscriptores puedan consultar todos los números anteriores cuyos ejemplares se agotaron en papel.

Como siempre suele pasar, las celebraciones son el momento idóneo para que los amigos te recuerden, pero como la revista no es nuestra sino de tantos y tantos colaboradores que hemos tenido, somos nosotros los que en este día nos acordamos de ellos. Como no podemos hacer una relación de todos los colaboradores, baste dar nuestro agradecimiento a cuantos magistrados, jueces, fiscales, catedráticos, profesores, secretarios judiciales, abogados, médicos forenses, psicólogos, etc., han contribuido a prestigiar y hacer realidad esta publicación.

Cumplir números es hacerse testigo directo de la historia, y por ello hemos sido testigos de los acontecimientos más importantes que en los últimos años se han producido en el Derecho de familia. Si hojeamos los primeros números de la revista nos sorprenderán las

sentencias y comentarios que incluíamos en torno a las causas de separación y divorcio. La Sentencia de la Sec. 22.^a de AP de Madrid de 9 de marzo de 1999 desestimaba la demanda de separación por falta de pruebas y la SAP de Las Palmas de 3 de noviembre de 1998 no decretaba el divorcio al quedar acreditado que el esposo acudía regularmente a la vivienda, aunque sólo fuera para dormir, ya que esta circunstancia revelaba que los lazos entre los esposos no estaban rotos. Como es evidente, tras la reforma del año 2005 la causa de la separación ya no es el problema en los procedimientos de familia, ahora lo que preocupa son las medidas de carácter personal, pues el tiempo nos ha hecho ver que muchos padres de hoy en día tienen muy claro que a ellos también les corresponde ejercer de padres tras la separación y no quieren ser sólo padres de fin de semana sino padres con dedicación completa. Ello va a provocar que en los próximos años, la Revista de *Derecho de Familia* sea testigo de otra pequeña revolución en esta materia, y buena prueba de su comienzo son las leyes autonómicas de Aragón y Cataluña que acuerdan como modelo preferente la custodia compartida y que pronto provocarán en cascada la reacción de otras comunidades y quién sabe si esta vez –¿no pasó así con las parejas de hecho?– el legislador nacional quiera sumarse también a este movimiento. Precisamente por ello, y siendo conscientes de que en la decisión sobre el modelo de custodia no sólo intervienen aspectos jurídicos, tendremos que adentrarnos en el mundo de la psicología y otras ciencias sociales, que se constituirán en elementos decisivos, junto con la mediación, para la resolución de los conflictos de pareja. En los próximos números estaremos muy atentos a ello.

Otro aspecto que también ha centrado nuestro interés durante este tiempo han sido las medidas y efectos de carácter económico y patrimonial que rodean a las crisis de pareja. Todavía se recuerda la Revista núm. 4 de julio de 1999 en la que publicamos un artículo sobre las tablas orientativas para el cálculo de la pensión alimenticia, lo que creó una pequeña revolución entre los justiciables y los profesionales del mundo del Derecho de Familia. Las tablas, se comparta o no su filosofía, estaban realizadas con base en unos datos reales y contrastados y no han tenido otra pretensión que servir únicamente de guía orientativa, y el tiempo las ha situado en un referente importante cuando se están negociando las consecuencias económicas de una crisis de pareja.

Son muchos los factores sociales que día a día han alterado los presupuestos que se barajaban para fijar las pensiones alimenticias y compensatorias, y hemos podido comprobar cómo los tribunales han tenido que ir adaptando sus decisiones a la realidad social y económica. Qué poco se hablaba en los años 90 de los gastos extraordinarios, y si embargo hoy día son el objeto central de muchos litigios entre los progenitores como podemos comprobar en las múltiples resoluciones que hemos ido incluyendo en la sección de jurisprudencia. Cómo se ha ido transformando poco a poco el régimen jurídico de la pensión compensatoria fruto de las numerosas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo resolviendo recursos de casación y que puntualmente hemos ido transmitiendo a nuestros lectores.

En resumen, que seguiremos intentando llevar al lector cada trimestre toda la actualidad del Derecho de familia, tanto con aportaciones doctrinales, incluyendo las resoluciones fundamentales de los juzgados y tribunales, o a través de la sección práctica.

Como una revista no sería nada sin sus lectores, las últimas palabras deben estar dirigidas a todos los suscriptores que con su fidelidad han permitido que cumplamos estos cincuenta, y con ellos queremos brindar para seguir cumpliendo números. Muchas gracias a todos.

ÍNDICE GENERAL

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

| | |
|---|----|
| UNA NUEVA VÍA DE EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA: LA SUSTITUCIÓN DE MEDIDAS EN EL DIVORCIO. <i>Roberto Llorente Pintos</i> | 21 |
| PENSIÓN DE VIUDEDAD, PENSIÓN COMPENSATORIA Y PRINCIPIO DE IGUALDAD. <i>Magdalena Ureña Martínez</i> | 49 |

JURISPRUDENCIA

| | |
|--|-----|
| TRIBUNAL CONSTITUCIONAL | 75 |
| No se vulnera ningún derecho fundamental por que la condena por delito de lesiones en el ámbito familiar lleve implícita «en todo caso» la pena accesoria de prohibición de aproximación a la víctima aunque sea en contra de la voluntad de la lesionada, disponiendo además el tribunal de un amplio margen temporal para imponer dicha pena. <i>Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 60/2010, de 7 de octubre</i> | 75 |
| TRIBUNAL SUPREMO | 98 |
| Pensión compensatoria | 98 |
| Se considera ajustado al criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo fijar una pensión compensatoria temporal de dos años cuando el matrimonio duró ocho años, la esposa tiene menos de cuarenta años y tiene experiencia profesional como peluquera inmediatamente anterior a contraer el matrimonio. <i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de abril de 2010</i> | 98 |
| Regímenes económicos matrimoniales | 102 |
| No se revoca la donación ya que la causa de revocación recogida en el artículo 648.2 del CC debe interpretarse como el hecho de descubrir el delito o personarse en el procedimiento para que el donante sea castigado y conseguir más pena que la pedida por el Ministerio Fiscal, y en el caso litigioso se declaró la nulidad de la acusación formulada por la demandada. <i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 13 de mayo de 2010</i> | 102 |
| Nulidad del contrato de arrendamiento por tiempo superior a seis años realizado respecto a un bien perteneciente a la comunidad posganancial y concertado, una | |

| | Página |
|---|--------|
| vez fallecida la madre, por una de las hijas que era curadora de su padre, al no constar el consentimiento del resto de los miembros de la comunidad hereditaria. | |
| <i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de junio de 2010</i> | 105 |
| Vivienda familiar | 110 |
| Validez de la cesión efectuada <i>inter vivos</i> de la posición de arrendatario de un inmueble efectuada por un padre en favor de su hija sin que el hecho de que posteriormente continúen ambos conviviendo en el inmueble afecte a aquélla, debiendo por tanto desestimarse la demanda de desahucio instada por el arrendador al no haberse notificado en forma el fallecimiento del padre. | |
| <i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de junio de 2010</i> | 110 |
| Cuestiones procesales | 114 |
| Rescisión de la sentencia dictada en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales al haberse indicado como domicilio del demandado uno distinto al que tenía motivando que tuviese que ser emplazado por medio de edictos constando que los abogados de las partes estuvieron en conversaciones un tiempo antes de la presentación de la demanda. | |
| <i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de abril de 2010</i> | 114 |
| Estimándose el recurso de revisión se rescinde la sentencia de divorcio al haber sido emplazado el demandado mediante edictos tras no ser localizado en el domicilio señalado por la parte actora. | |
| <i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de abril de 2010</i> | 117 |
| Disposición de bienes de menores | 119 |
| Es nula la disposición de bienes gananciales efectuada por el padre tras el fallecimiento de la madre al no constar autorización judicial dado que los hijos eran menores de edad, no existiendo tampoco ningún acto de ratificación por parte de los hijos tras haber alcanzado la mayoría de edad. | |
| <i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de abril de 2010</i> | 119 |
| Error judicial | 123 |
| No existió error judicial por haber suspendido el Juzgado de Familia la entrega de una indemnización a la parte demandante, fundándose la resolución judicial en que se había interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, ya que difícilmente puede causar un perjuicio materialmente antijurídico lo decidido cautelarmente por juez incompetente si su decisión coincide con la del tribunal que era competente. | |
| <i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de abril de 2010</i> | 123 |
| Derecho al honor | 128 |
| Se considera vulnerado el derecho a la imagen de una menor al publicar su fotografía en un periódico sin el consentimiento de sus progenitores, no siendo su inclusión accesoria, casual o accidental, ni su inclusión tiene carácter secundario o circunstancial. | |
| <i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2010</i> | 128 |

| | Página |
|---|--------|
| División de cosa común | 131 |
| <p>La disolución de la comunidad de bienes integrada por dos personas que anteriormente estuvieron unidas en matrimonio debe hacerse mediante la venta en pública subasta, dado que aunque las fincas sean divisibles, no resulta posible obligar a todos los comuneros a pechar con inciertos y costosos trámites administrativos.</p> | |
| <i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2010</i> | 131 |
| Sucesiones | 135 |
| <p>El testamento no produce efectos hasta la muerte del testador, de manera que, aunque el otorgante sea incapaz, su impugnación no puede tener lugar en vida del causante sino a partir de su muerte, por ser cuando adquiere eficacia aquél, además de que el tutor debe actuar en beneficio del tutelado y la acción de nulidad del testamento no beneficia en nada al pupilo en la medida que su eficacia se produce tras su muerte y en favor de los llamados a la herencia.</p> | |
| <i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de marzo de 2010</i> | 135 |
| <p>Se desestima la demanda en la que se pedía por los hijos la nulidad de unas compraventas efectuadas en vida por su padre a favor de sus tíos al quedar acreditado que medió precio y que se entregó ante el Notario, no habiendo acreditado los hijos que las cantidades se volviesen a entregar por el vendedor a los compradores pues no consta el destino de la disposición bancaria efectuada posteriormente por el padre.</p> | |
| <i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de mayo de 2010</i> | 139 |
| <p>Se declara la existencia de preterición no intencional y se anula la institución de heredero que contenía el testamento, debiendo dividirse la herencia en tres partes, una para la hija extramatrimonial y otras dos para cada una de las hijas matrimoniales, excluyéndose a la ex esposa dado que después de otorgarse el testamento se dictó sentencia de divorcio.</p> | |
| <i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2010</i> | 144 |
| TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA | 149 |
| Pensión alimenticia | 149 |
| <p>No se considera desproporcionada la pensión alimenticia de 1.300 euros al mes para la hija, habida cuenta del alto nivel de vida de la familia pues aquélla viene cursando sus estudios de forma regular en el extranjero y el padre, abogado de prestigio, no ha aportado, a excepción de la declaración del IRPF, ninguna documentación acreditativa del montante real de sus ingresos.</p> | |
| <i>STJ de Cataluña, Sentencia de 31 de mayo de 2010</i> | 149 |
| Pensión compensatoria | 150 |
| <p>Teniendo en cuenta que ni la edad de la esposa —47 años— ni su estado de salud son causa de limitación para su reincorporación al mercado laboral, atendiendo a que puede solicitar la división del patrimonio común y acceder a rentas derivadas de aquél, se considera adecuado fijar una pensión compensatoria por tiempo de cinco años revocando la sentencia de la Audiencia Provincial que la fijó sin limitación temporal.</p> | |
| <i>TSJ de Cataluña, Sentencia de 27 de mayo de 2010</i> | 150 |

| | |
|---|-----|
| Cuestiones procesales | 153 |
| Se declara la nulidad parcial del procedimiento de divorcio al no haberse admitido a trámite por el Juez de Instancia la reconvencción en la que la esposa solicitaba la fijación de una pensión compensatoria, no siendo obstáculo para ello que ésta no solicitase dicha nulidad al interponer el recurso de apelación contra la sentencia. | |
| <i>TSJ de Cataluña, Sentencia de 21 de junio de 2010</i> | 153 |
| Indemnización por extinción del régimen económico | 156 |
| La indemnización del artículo 41 del CF es una compensación por el pasado y no de futuro, y el hecho de que la esposa contase con ayuda de una asistenta para la realización de las labores domésticas carece de relevancia. En vista del desequilibrio patrimonial se fija una indemnización de 400.000 euros. | |
| <i>TSJ de Cataluña, Sentencia de 27 de mayo de 2010</i> | 156 |
| AUDIENCIAS PROVINCIALES | 160 |
| Patria potestad | 160 |
| Habiendo transcurrido sólo un año y cuatro meses desde que el padre dejó de asistir a sus hijos, se considera más prudente no privarle de la patria potestad pero sí otorgar el ejercicio exclusivo a la madre. | |
| <i>AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 6 de julio de 2010</i> | 160 |
| La decisión unilateral de la madre de cambiar a su hija menor de colegio, lo fue sin causa justificada, toda vez que no obedeció a razones serias y fundadas. Sólo se aporta un contrato de trabajo de la madre de un mes de duración y a tiempo parcial, suscrito, además, con posterioridad al cambio de colegio de la niña por lo que se acuerda requerir a la madre para que de forma inmediata vuelva a escolarizar a la menor en el colegio al que ha venido acudiendo hasta que se produjeron los hechos que han dado lugar al presente recurso. | |
| <i>AP Baleares, Sec. 4.ª, Auto de 3 de junio de 2010</i> | 163 |
| Guarda y custodia | 165 |
| Se considera determinante para la atribución de la custodia al padre que la madre no facilita en los términos exigidos y convenientes la relación afectiva paterno-filial. | |
| <i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 26 de julio de 2010</i> | 165 |
| Tal como se pone de manifiesto a través de los numerosos informes del punto de encuentro el incumplimiento del régimen de visitas no ha tenido la reiteración como para determinar una medida tan grave como es el cambio de la guarda y custodia. | |
| <i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 22 de julio de 2010</i> | 166 |
| Se acuerda el cambio de custodia a favor del padre al detectarse una desatención continuada por parte de la progenitora guardadora que se apreciaba por la tristeza y desaliño personal de la hija, absentismo escolar importante sin justificar y retraso escolar. | |
| <i>AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 20 de julio de 2010</i> | 167 |

| | Página |
|--|--------|
| El traslado bimensual de casa y entornos, hábitos y costumbres no se acredita suponga provecho o ventaja alguna en la formación y desarrollo de la menor de 10 años de edad, por lo que se revoca la custodia alternativa cada dos meses concedida por el Juzgado y se acuerda otorgarla en exclusiva a la madre. | |
| <i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 16 de julio de 2010</i> | 168 |
| Se valora decisivamente el insistente deseo del hijo menor (siete años) de convivir con su padre en Málaga, por lo que se acuerda el cambio de custodia que en el convenio regulador se atribuyó a la madre quien poco después trasladó su residencia a Bilbao. | |
| <i>AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 1 de julio de 2010</i> | 170 |
| El hecho de que la madre pueda consumir cannabis no sería determinante para otorgar la guarda y custodia de los menores al padre, pues dicho consumo no es incompatible con que aquélla sea el progenitor idóneo para la guarda y custodia de los menores, pues lo determinante no es el consumo de sustancias estupefacientes sino si ese consumo puede incidir negativamente en los deberes que implica la guarda de los menores. | |
| <i>AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 22 de junio de 2010</i> | 173 |
| Régimen de visitas | 174 |
| El establecimiento de un día entre semana dentro del régimen de visitas a favor del padre perjudica el interés de la menor y además se trata de una medida que no ha sido solicitada por ninguna de las partes. Dicha medida perturba y afecta negativamente la actividad escolar de la hija del matrimonio, toda vez que asiste a actividades extraescolares varias tardes a la semana y precisamente una de ellas es la del miércoles con lo que tendría que dejar de asistir a dichas actividades para estar en compañía de su padre. | |
| <i>AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de julio de 2010</i> | 174 |
| El régimen de visitas del padre con su hija menor queda suspendido hasta tanto aquél no se encuentre en condiciones de demostrar que ha iniciado un tratamiento de deshabituación con visos de avances efectivos en el alcoholismo que padece. | |
| <i>AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 9 de julio de 2010</i> | 175 |
| Se fija un régimen de visitas a favor del menor adoptado por su compañero sentimental pues durante más de tres años ha convivido con el menor, ocupándose de su cuidado y atención tanto en su vida cotidiana como en las etapas de ocio que han disfrutado juntos sin la compañía del padre de aquél. | |
| <i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 5 de julio de 2010</i> | 176 |
| Vivienda familiar | 179 |
| La plaza de garaje y trastero son complementos de la vivienda familiar que proporcionan utilidad y comodidad, dada la facilidad de acceso desde la vivienda a los elementos citados, a la madre y a la hija, por lo que deben incluirse dentro de la atribución del uso que se ha otorgado a éstas. | |
| <i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 22 de julio de 2010</i> | 179 |

La convivencia entre el demandado y una tercera persona en la vivienda familiar, por sí sola, no constituye una circunstancia sobrevenida que conlleve una alteración sustancial en la necesidad de vivienda de los hijos cuyo interés se protege con la atribución de su uso y disfrute, máxime cuando, en el caso que nos ocupa, el hijo menor manifiesta en la audiencia que su padre les consultó previamente sobre la convivencia con esa persona, manifestando que no tenían inconveniente; que la convivencia es buena y que se llevan todos muy bien.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de julio de 2010 180

Aunque el hijo se encuentre cursando estudios en Madrid precisa en tanto no alcance la independencia económica de un domicilio familiar de referencia al que acudir en períodos no escolares y éste es el domicilio materno, por lo que no procede dar por extinguido el uso.

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 29 de junio de 2010..... 183

Habiéndose pactado en el convenio regulador la venta de la vivienda común no procede acceder a la petición efectuada por el ex esposo de que se le atribuya su uso hasta su venta en base a que la precisa para utilizarla con su nueva pareja, ello aunque sea éste el único que abone la hipoteca.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 22 de junio de 2010 183

El hecho de que, tras el fallecimiento del esposo, los ingresos de pago de la renta se hagan a nombre de la esposa no implica que se produjese la subrogación en el contrato ya que en ellos no se hace la más mínima mención a que se abona por subrogación, por lo que faltando la notificación del fallecimiento procede declarar la resolución del contrato de arrendamiento.

AP Baleares, Sec. 5.ª, Sentencia de 4 de junio de 2010 185

Pensión alimenticia 188

Se estima la oposición a la ejecución por gastos extraordinarios por clases de inglés dado que existen dudas acerca de la realidad del gasto, derivadas de ser la que lo imparte una conocida de la madre, carecer de titulación y ser altamente costosas.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 19 de julio de 2010 188

La extinción del contrato laboral ha conllevado una importante disminución de los recursos económicos del padre, sin que, dado el tiempo transcurrido, pueda ser calificada la actual situación de meramente coyuntural. Tampoco se ha acreditado, y ni siquiera alegado, que el actual status económico-laboral de aquél obedezca a una decisión voluntaria del mismo, por lo que debe reducirse la cuantía de la pensión alimenticia.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 9 de julio de 2010..... 189

El gasto de inglés tiene carácter extraordinario, porque a determinada edad, y como consecuencia de las carencias o déficit del sistema educativo, es lógico y normal que los padres complementen la formación de sus hijos apuntándoles a una actividad extraescolar consistente en el afianzamiento del idioma extranjero —generalmente inglés— y es justo que dicho gasto se comparta entre ambos progenitores, por no obedecer al capricho sino al interés del menor y a la necesidad de conocimiento del idioma en una sociedad cada vez más competitiva.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 24 de junio de 2010 190

| | Página |
|--|--------|
| 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 estos que revelan que, pese a la disminución notable de ingresos, cuenta con ingresos suficientes como para mantener dichos bienes. | |
| <i>AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 23 de junio de 2010</i> | 191 |
| Pensión compensatoria | 192 |
| No se fija pensión compensatoria habida cuenta que la esposa renunció, en el antecedente procedimiento de separación matrimonial, a percibir pensión de su esposo, y aunque posteriormente se reanudó, por un período más o menos extenso, la convivencia bajo el mismo techo, no se ha acreditado, y ni siquiera alegado, que tal situación haya impedido, o dificultado la actividad laboral de la hoy recurrente, habida cuenta que de la unión con el actor no ha existido descendencia que hubiere podido requerir una especial dedicación de aquélla a su cuidado y educación. | |
| <i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 16 de julio de 2010</i> | 192 |
| Se reduce la pensión compensatoria al haber heredado la esposa tras el fallecimiento de sus padres depósitos bancarios por cuantía próxima a los 300.000 euros. | |
| <i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de de 13 de julio de 2010</i> | 193 |
| Ciertamente, el matrimonio duró poco tiempo pero no podemos obviar que el cuidado de los hijos pequeños durante el matrimonio limitó en un pequeño grado las posibilidades de formación y promoción profesional de la esposa y en un mayor grado los hijos que quedan bajo su cuidado afectan a la dedicación futura, por lo que existe un desequilibrio que justifica una pensión compensatoria si bien temporal, durante el plazo de un año. | |
| <i>AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 25 de junio de 2010</i> | 194 |
| La expuesta situación de mero compañerismo o amistad mal se concilia con las permanencias del referido señor en el domicilio familiar en horas que nada tienen que ver con la actividad laboral que aquéllos desempeñan, sin que el dato formal del empadronamiento tenga entidad suficiente para desvirtuar los hechos expuestos por el detective. En consecuencia, se declara extinguida la pensión compensatoria. | |
| <i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 15 de junio de 2010</i> | 196 |
| Se mantiene la pensión compensatoria si bien se acuerda que quede en suspenso en aquellos períodos en que la ex esposa se encuentre en situación de alta laboral, o perciba prestación o subsidio de desempleo, debiendo aquélla acreditar documentalmente su carencia de recursos, por tales conceptos, en orden a la reanudación de la vigencia del derecho debatido. | |
| <i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 11 de junio de 2010</i> | 197 |
| Convenio regulador | 199 |
| No se decreta la nulidad del convenio por vicio en el consentimiento ya que la pericial practicada, a pesar de su rigor y de su intento de descender al caso, se mueve más bien en términos genéricos y de conductas típicas que no se consideran | |

determinantes a efectos decisorios; la testifical realizada y su ponderación carece de la contundencia necesaria para obtener una prueba acabada sobre el dato esencial de la libertad o no del consentimiento prestado; y el interrogatorio de parte no tiene la categoría de prueba en sus aspectos que le son favorables, obviando actos concomitantes o posteriores a la firma del convenio que dificultan la tesis de una suscripción bajo una fuerza irresistible o el temor «inminente» de sufrir un mal grave en su persona.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 23 de junio de 2010 199

Cuestiones procesales 201

Cuando dos tribunales de distintos países están conociendo de demandas matrimoniales no pueden plantearse cuestiones de competencia sin perjuicio de poder denunciarse ante el tribunal polaco que conoce del asunto su posible falta de competencia a los fines contemplados en el artículo 17 del Reglamento.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 20 de julio de 2010 201

Puesto que la propia sentencia razona en los fundamentos jurídicos la inconsistencia de las pruebas aportadas para el éxito de la pretensión planteada en el escrito de demanda de modificar las medidas, no existe motivo alguno para considerar que concurren dudas de hecho o de derecho que impidan aplicar el criterio general del vencimiento objetivo en sede de procedimiento de modificación de efectos y por tanto se condena en costas a la parte actora.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 13 de julio de 2010 203

Es improcedente no admitir a trámite la demanda en base a la falta de representación de la Procuradora toda vez que anunciado en la demanda que la representación se ostentaba mediante el nombramiento de oficio, la presentación del documento puede efectuarse hasta el momento de inicio del juicio verbal.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 5 de julio de 2010 205

Se inadmite la petición de medidas urgentes por vía del artículo 158 del CC ya que los hechos en los que se basa la petición de suspensión del régimen de visitas son más propios de un procedimiento de modificación de medidas.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 22 de junio de 2010 207

Ejecución de sentencia 207

La pensión alimenticia no puede retrotraerse desde la interposición de la demanda dado que nos encontramos en fase de ejecución de sentencia y el título judicial nada señala al respecto.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 22 de julio de 2010 207

Se inadmite la demanda ejecutiva interpuesta por el padre en la que reclamaba que se dicte resolución instando a los servicios técnicos del Punto de Encuentro competente para que remitan informe sobre el cumplimiento del régimen de visitas del hijo menor ya que si los empleados del Punto de Encuentro aprecian un incidente de trascendencia en el desarrollo del régimen de visitas remiten informe sin necesidad de reclamárselo.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 21 de julio de 2010 208

| | Página |
|---|--------|
| La reclamación por vía de proceso monitorio del reconocimiento de la deuda de atrasos por alimentos reconocida ante notario es competencia del Juzgado de Primera Instancia ordinario y no del especializado en Familia. | |
| <i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 20 de julio de 2010</i> | 208 |
| La actitud exteriorizada por el hijo para no relacionarse con su madre obedecía a la manipulación a que él mismo era sometido por la figura paterna y en consecuencia procede confirmar la multa coercitiva impuesta al padre por todos los días que no pudo llevarse a efecto el régimen de visitas fijado. | |
| <i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 29 de junio de 2010</i> | 209 |
| Se confirman las multas coercitivas impuestas por el Juzgado de Familia que ascienden en su totalidad a 45.900 euros y se deniega el pago fraccionado solicitado por la ejecutada. | |
| <i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 24 de junio de 2010</i> | 210 |
| Regímenes económicos | 217 |
| No puede incluirse en el activo de la sociedad la vivienda que figura inscrita a nombre de la hija común, apareciendo también ésta como titular del préstamo hipotecario, sin que puedan tampoco incluirse los pagos realizados por los padres para la compra de dicho inmueble pues el carácter gratuito de tales actos no genera crédito alguno a favor de la sociedad de gananciales. | |
| <i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 29 de julio de 2010</i> | 217 |
| La inexistencia personal del demandado a la vista del juicio verbal señalada tras la celebración del inventario no conlleva que se le tenga conforme con el inventario presentado por la parte contraria. | |
| <i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 9 de julio de 2010</i> | 218 |
| Se excluye del inventario la vivienda al mediar confesión de privatividad que se expresó vigente el matrimonio en la misma escritura pública de adquisición del inmueble y estamos precisamente en un procedimiento cuya única finalidad es la de formación del inventario de la sociedad de gananciales lo que requiere probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos y ello sin perjuicio de que acreedores o herederos ejerciten acciones en pos de que se declare la ganancialidad del bien tal como prevé el mismo precepto. | |
| <i>AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 24 de junio de 2010</i> | 219 |
| Vincula a las partes que en la escritura pública de compraventa otorgada tres meses antes del matrimonio ambos compradores expresen que adquirirían por mitad y en proindiviso, señalando el precio, la cantidad que se retiene por pago de hipoteca y haciendo mención al resto de dicho precio que fue recibido antes por los vendedores, sin mención alguna a aportaciones privativas de ninguno de ellos, ni tampoco a reserva alguna sobre derecho de reembolso por dichas cantidades que, con carácter privativo, se hubiesen podido aportar. | |
| <i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 18 de junio de 2010</i> | 220 |
| Reconocido por el ex esposo que su ex esposa recibió unas cantidades por herencia y que se ingresaron en una cuenta común, le corresponde a él acreditar que la | |

disposición de fondos fue para adquirir bienes privativos, por lo que no habiéndose acreditado tal extremo procederá reconocer a la esposa un crédito frente a la sociedad de gananciales.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 10 de junio de 2010 221

Procedimientos de menores 223

La actual situación personal del menor debe ser mantenida de momento, sin perjuicio del seguimiento que de la misma haya de realizar la propia administración protectora que, como es obvio, deberá cuidar del mayor interés del menor que no descarta en el futuro, pendiente su evolución, un mayor y mejor acercamiento hacia el progenitor demandante.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 20 de julio de 2010 223

La sola expresión de su deseo de querer estar en compañía del menor no basta para reintegrar al menor con su madre biológica, cuando ésta, en la actualidad, carece de las necesarias habilidades parentales y cuando los hechos evidencian que no ha tenido interés en recuperar a su hijo, pues ni siquiera instó la ejecución de la sentencia por la que se revocaba la primera declaración de desamparo del menor. También es determinante que desde hace tiempo el menor no mantiene contacto alguno con su madre no habiendo solicitado ésta la fijación de un régimen de visitas.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 8 de junio de 2010 226

Filiación 228

El resultado de la prueba biológica es que existe una probabilidad de paternidad del 99,99%, lo que permite declarar plenamente acreditado que el demandado es el padre del menor y, en todo caso, como efectivamente queda un porcentaje de un 0,01% de que no lo sea, ante la contundencia del resultado, correspondería a la parte demandada la carga de probar que se encuentra en ese 0,01%.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 23 de junio de 2010 228

Ante la negativa del demandado a la práctica de la prueba biológica, se declara la filiación paterna en base a la prueba testifical especialmente de amigas de la madre, a la que trataron en los años 1978-1979 y que conocieron la relación con el demandado. De sus declaraciones no se aprecia o percibe insinceridad, son coherentes, de personas muy próximas a la madre en aquellos días de relación con el demandado; son coincidentes y contestes en datos sustanciales, como el conocimiento directo de la relación de la pareja, confesión de datos íntimos, confesión del embarazo, inexistencia de otro hombre, declaraciones todas ellas adornadas de detalles propios de quienes vivieron de cerca los acontecimientos.

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 1 de junio de 2010..... 228

Sucesiones 234

Queda imprejujada la acción de partición de la herencia, pendiente de llevar a cabo y por su cauce propio la previa liquidación de la sociedad de gananciales del causante.

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de junio de 2010..... 234

| | Página |
|---|--------|
| Cuestiones penales | 238 |
| Se absuelve a la madre del delito de impago de pensiones alimenticias a la que estaba obligada en virtud de la sentencia, al estar en la creencia de que dichas pensiones se compensaban con la pensión compensatoria que tenía que abonarle el padre bajo cuya custodia estaba el hijo. | |
| <i>AP Albacete, Sec. 2.ª, Sentencia de 15 de julio de 2010</i> | 238 |
| Teniendo la madre el domicilio en Barcelona y los hijos en Nerja, se absuelve a aquélla de la falta de incumplimiento del régimen de visitas al acreditarse la falta de medios económicos para poder trasladarse hasta la ciudad donde residen los hijos. | |
| <i>AP Málaga, Sec. 3.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2010</i> | 240 |
| Otras cuestiones | 243 |
| Para el internamiento no voluntario en un centro asistencial de personas de avanzada edad que no pueden prestar su consentimiento por padecer enfermedad degenerativa, habrá de tramitarse el expediente destinado a acreditar si se encuentran en condiciones de decidir por sí mismas, si padecieran alguna alteración psíquica o mental y si dicha alteración influye en su capacidad para conocer el alcance de sus actos. | |
| <i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 22 de junio de 2010</i> | 243 |
| JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA, INSTRUCCIÓN Y PENALES | 246 |
| Guarda y custodia | 246 |
| Custodia compartida por semestres no siendo obstáculo que hasta ahora el padre no se haya ocupado de forma efectiva del hijo y dicha tarea la haya desarrollado principalmente la madre. | |
| <i>Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza, Sentencia de 21 de septiembre de 2010</i> | 246 |
| Ejecución de sentencia | 249 |
| Ante la imposibilidad de que pueda llevarse a efecto el régimen de visitas se acuerda que los progenitores acudan a un servicio de orientación familiar y, caso de incumplir las pautas que marquen y sigan sin cumplirse las visitas, se entenderá que la menor se encuentra en situación de riesgo emocional y se valorará su sometimiento a tutela por la administración pública competente en materia de protección de menores. | |
| <i>Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Colmenar Viejo, Auto de 16 de julio de 2010</i> | 249 |
| Cuestiones penales | 251 |
| Dada la actitud rebelde, pertinaz y obstativa de la madre al cumplimiento del régimen de visitas se la condena por un delito de desobediencia grave a la autoridad a la pena de siete meses de prisión, debiendo indemnizar al padre en la cantidad de 6.000 euros. | |
| <i>Juzgado de lo Penal núm. 13 de Sevilla, Sentencia de 25 de noviembre de 2010</i> ... | 251 |

RESOLUCIONES DE LA DGRN

| | |
|--|-----|
| REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES | 259 |
| <p>Inscrito un bien a nombre de una persona y para su sociedad de gananciales no puede rectificarse la inscripción en base a un acta de manifestaciones en la que se viene a indicar que hubo un error y que el matrimonio se regía por el régimen de separación de bienes, siendo necesario el consentimiento de la esposa para que tenga lugar la rectificación.</p> | |
| <i>DGRN, Resolución de 19 de junio de 2010</i> | 259 |
| <p>Es posible practicar anotación de embargo a favor de un cónyuge, en un procedimiento judicial seguido por él contra el otro cónyuge, en reclamación del pago de una deuda privativa, resultando que la finca sobre la que pesa el embargo se encuentra inscrita a nombre del cónyuge demandante y del cónyuge demandado con carácter ganancial.</p> | |
| <i>DGRN, Resolución de 17 de agosto de 2010</i> | 261 |
| <p>Se deniega la anotación de embargo por deudas de un cónyuge frente a un inmueble que figura inscrito por confesión de privatividad a nombre del cónyuge no deudor, no siendo suficiente notificar la demanda a este último, siendo preciso que la demanda se dirija contra ambos.</p> | |
| <i>DGRN, Resolución de 4 de octubre de 2010</i> | 262 |

SECCIÓN PRÁCTICA

| | |
|---|-----|
| SI AMBOS CÓNYUGES TRABAJAN, ¿EXISTE DERECHO A LA PENSIÓN COMPENSATORIA? | 267 |
| CASOS PRÁCTICOS | 271 |

TRIBUNA ABIERTA

| | |
|---|-----|
| UN CASO PRÁCTICO ACERCA DE LAS DIFERENCIAS DE TRIBUTACIÓN EN FUNCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y SU SOLUCIÓN —O DE CUANDO LAS RUSAS VUELVEN A TENER ENCANTO—. | |
| <i>Óscar Jorba Jorba</i> | 279 |
| DECISIÓN SOBRE LA CUSTODIA: QUE LA PRESERVACIÓN DEL BIEN DE LOS HIJOS SEA REAL Y NO POTENCIAL. | |
| <i>Pedro Manuel López Romero</i> | 287 |
| ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN CASOS DE EMERGENCIA. CASO DE HAITÍ. | |
| <i>Almudena Olaguíbel</i> | 297 |

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

RECENSIÓN A LA MONOGRAFÍA: LA CUSTODIA DE LOS HIJOS. LA GUARDA
COMPARTIDA: OPCIÓN PREFERENTE.

Alejandro Torres Gutiérrez..... 303

DATOS DE INTERÉS..... 313

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Patria potestad 319

Guarda y custodia..... 319

Régimen de visitas 320

Vivienda y ajuar familiar..... 322

Pensión alimenticia 323

Pensión compensatoria..... 325

Cuestiones procesales..... 327

Ejecución de sentencias..... 328

Regímenes económicos matrimoniales 329

Procedimiento de menores 331

Filiación..... 332

Uniones de hecho 333

Sucesiones 333

Revista de

Derecho de Familia

ARTÍCULOS DOCTRINALES

UNA NUEVA VÍA DE EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA: LA SUSTITUCIÓN DE MEDIDAS EN EL DIVORCIO

ROBERTO LLORENTE PINTOS

*Abogado
Miembro de la AEAFA*

RESUMEN

En el presente trabajo vamos a analizar un supuesto práctico real sobre qué ocurre tras el dictado de una sentencia de divorcio en la que tan sólo se declare el divorcio y sus efectos inherentes, y las consecuencias que provoca dicha sentencia de divorcio sobre los efectos y medidas de derecho dispositivo acordados en una anterior sentencia de separación. Las conclusiones a las que llegaremos serán: 1. Que la sentencia de divorcio sustituye íntegramente a la sentencia de separación y por lo tanto a los efectos y medidas establecidas en ella. 2. Que tras el dictado de una sentencia de divorcio y a partir de ella, la sentencia de separación anterior deja de tener fuerza ejecutiva. 3. Que, por tanto, si la sentencia de divorcio nada dice sobre la pensión compensatoria o medidas de derecho dispositivo dictadas en la anterior sentencia de separación, éstas quedan sin efecto en virtud del principio de sustitución. 4. Que en los supuestos en los que la sentencia de divorcio, en una no muy correcta praxis jurídica, no se pronuncie sobre las medidas de derecho necesario cabe la subsanación de la sentencia de oficio o a instancia de parte para completarla con los pronunciamientos de derecho necesario que todo pronunciamiento de divorcio debe contener. En todo caso, el principio de *favor filii* obliga a que el principio de sustitución se atenúe en beneficio del menor o incapaz, pero esta atenuación no alcanza en ningún caso a las medidas de derecho dispositivo como pensión compensatoria, atribución del uso del domicilio familiar en ausencia de hijos menores de edad o incluso pensión de alimentos a los hijos mayores de edad, medidas que el juez no puede acordar de oficio.

Palabras Clave: Sentencia de divorcio. Sustitución de medidas. Pensión compensatoria.

ABSTRACT

In the current work we will analyze a practical real case about what happens further to the pronouncement of a divorce sentence which only includes the declaration of divorce and its inherent effects, and the consequences that such a sentence causes on the effects and measures of dispositive law agreed in a previous Sentence of Separation. We will reach the following conclusions: 1. that the Sentence of divorce substitutes entirely the Sentence of Separation and therefore its the effects and measures. 2. that further to the pronouncement of a sentence of divorce and from which, the previous sentence of separation stops to have executive power. 3. that therefore, if the sentence of divorce does not say anything about the compensatory pension or measures of dispositive law pronounced in the previous sentence of separation, they become without effect by virtue of the substitution principle. 4. that in the cases where the Sentence of Divorce, in a no very correct legal praxis, does not say anything about the necessary legal measures it is possible the rectification of the sentence ex officio or at the request of part to complete it with the necessary legal pronouncements that all divorce pronouncement should include. In any case, the principle of *favor filii* obliges to attenuate the principle of substitution in the benefit of the minor or handicapped, but this attenuation doesn't reach in any case the measures of the dispositive law such as compensatory pension, attribution of the use of the family home in the absence of underage children or even alimony for the legal of age children, measures that the judge cannot agree ex officio.

Key Words: Sentence of divorce. Substitution of measures. Compensatory pension.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. SUPUESTO REAL.
 - 1. **Historia y resoluciones.**
 - 2. **Análisis de las resoluciones dictadas en el supuesto práctico real.**
 - III. RESOLUCIONES JUDICIALES A FAVOR O EN CONTRA DE LA TESIS MANTENIDA POR LA SECCIÓN 24.^a DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (PRINCIPIO DE SUSTITUCIÓN).
 - 1. **Resoluciones judiciales a favor del principio de sustitución.**
 - 2. **Resoluciones judiciales en contra del principio de sustitución.**
 - IV. CONCLUSIÓN.
-

I. INTRODUCCIÓN

Las causas de extinción de la pensión compensatoria vienen recogidas en los artículos 100 y 101 del Código Civil. La doctrina de las Audiencias Provinciales, también llamada Jurisprudencia menor, y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo han venido estableciendo la posibilidad de solicitar la extinción o modificación de la pensión compensatoria bien mediante el procedimiento de modificación de medidas establecido en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) o bien en un ulterior procedimiento de divorcio en el que pueden valorarse *ex novo* los efectos y medidas que la disolución del matrimonio debe producir y entre las que se encuentra la posibilidad de solicitar la supresión o modificación de una pensión compensatoria establecida en anterior procedimiento de separación. Aunque existen diferencias entre una y otra vía en relación a la necesidad de demostrar una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para fijar la pensión compensatoria si se opta por la vía modificativa del artículo 775 LEC, o demostrar que han cesado o que no concurren los elementos necesarios para mantener la pensión compensatoria, en caso de optar por un procedimiento de divorcio, lo cierto es que en ambos procedimientos la base argumental para solicitar la extinción o modificación de la pensión compensatoria pasa básicamente por demostrar que han cesado las causas que motivaron su concesión.

Sin embargo, existe una vía estrictamente procesal y no sustantiva por la que puede quedar sin efecto una pensión compensatoria previamente establecida judicialmente y que se resume brevemente con el siguiente relato fáctico:

Por sentencia de separación se concede a uno de los cónyuges el derecho a percibir una pensión compensatoria del otro.

Con posterioridad al dictado de la sentencia de separación, una de las partes interpone demanda de divorcio en la que tan sólo argumenta y solicita que se declare el divorcio con los efectos inherentes a tal pronunciamiento. En esta demanda, ni en el relato fáctico, ni en el suplico, se dice nada sobre la pensión compensatoria previamente establecida en

sentencia de separación. Ni se pide su extinción o modificación, ni se pide su confirmación o mantenimiento.

En la contestación a la demanda de divorcio, la parte demandada —normalmente beneficiaria de la pensión compensatoria previamente establecida— no reconviene expresamente solicitando que se establezca el derecho a la pensión compensatoria.

Se dicta sentencia por la que se declara el divorcio y los efectos inherentes a tal pronunciamiento sin hacer mención expresa de la pensión compensatoria.

La pregunta que surge es: ¿Qué sucede con la pensión compensatoria establecida en una sentencia de separación si en ulterior sentencia de divorcio no existe pronunciamiento alguno sobre el mantenimiento o concesión de la pensión compensatoria?

Ahondando más en la problemática que se nos plantea, podríamos preguntarnos ¿qué sucede con las medidas y efectos acordados en anterior sentencia de separación ante una sentencia de divorcio en la que tan sólo se decreta el divorcio y los efectos inherentes a tal pronunciamiento? Con esta cuestión no sólo estaríamos preguntándonos por la pensión compensatoria sino también por efectos como la atribución del uso del domicilio familiar, la pensión de alimentos a hijos mayores de edad, la guarda y custodia de hijos menores, alimentos a éstos y régimen de visitas.

Esta reflexión no es un supuesto de laboratorio sino que ha tenido su materialización en los Tribunales, habiendo llegado al Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional.

II. SUPUESTO REAL

1. Historia y resoluciones

- 1) La demandante y su entonces esposo se separaron judicialmente ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid, que tramitó al efecto el procedimiento núm. 282/91 en el que recayó sentencia acordando la separación conyugal y aprobando el convenio regulador en el que, entre otros puntos, se establecía una pensión compensatoria a favor de la esposa, vitalicia y actualizable en función de las vicisitudes laborales de la esposa.
- 2) Firme la referida sentencia de separación por no haberla recurrido ninguno de los cónyuges litigantes, el esposo vino pagando la pensión compensatoria, «más o menos voluntariamente», hasta el mes de febrero de 2001.
- 3) Mediante escrito de 10 de julio de 2001 la demandante instó la ejecución de dicha sentencia por importe de 1.289.457 pesetas, correspondientes a las mensualidades de marzo, abril, mayo, junio y julio del mismo año.
- 4) Formada pieza separada, por Auto de 25 de septiembre de 2001 se despachó la ejecución interesada.
- 5) El ejecutado se opuso a la ejecución alegando que tras la sentencia de separación se había seguido juicio de divorcio y que, por haber recaído en éste sentencia firme, el título de ejecución, es decir, aquella otra sentencia, había perdido su eficacia.
- 6) Antes del juicio de divorcio el esposo había instado la modificación de las medidas de separación solicitando la extinción de la pensión compensatoria, y a tal efecto se

tramitaron los Autos núm. 696/97 que, pendientes al iniciarse el juicio de divorcio, terminarían por sentencia de apelación desestimatoria de las pretensiones del esposo.

- 7) Impugnada por la demandante la oposición a la ejecución de la sentencia de separación, el **Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid dictó Auto con fecha 12 de enero de 2002** estimando la oposición y dejando sin efecto la ejecución despachada.
- 8) Interpuesto recurso de apelación contra dicho auto por la esposa, la **Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid lo desestimó por Auto de 24 de octubre de 2002 notificado el 22 de noviembre siguiente.**
- 9) La esposa interpuso ante el Tribunal Supremo demanda de declaración de error judicial en relación con el Auto dictado con fecha 24 de octubre de 2002, notificado el 22 de noviembre siguiente, por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación núm. 346/2002, y en relación también con el Auto apelado mediante dicho recurso, dictado con fecha 12 de enero de 2002 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid en ejecución de la sentencia de separación conyugal recaída en los Autos núm. 282/1991. La **Sala 1.ª del Tribunal Supremo dictó Sentencia 934/2004 de fecha 1 de octubre** por la que desestimó la demanda sobre error judicial interpuesta por la esposa.
- 10) Paralelamente a la anterior demanda interpuesta ante el Tribunal Supremo, la esposa actora presentó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid, de 12 de enero de 2002, confirmado en apelación por Auto de la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de octubre de 2002, recaídos en autos de ejecución de Sentencia de separación núm. 282/91. La **Sala 2.ª del Tribunal Constitucional dictó Sentencia 96/2005, de 18 de abril**, recurso de amparo 7165/2002. En dicha sentencia se estima la demanda de amparo por vulneración del derecho fundamental a tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española, mandando retrotraer los Autos al momento anterior al dictado del primer Auto de fecha 12 de enero de 2002 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid, a fin de que se dictara nuevo auto respetuoso con el derecho fundamental a la tutela judicial.
- 11) El **Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid dictó nuevo Auto de fecha 26 de julio de 2005** en el afirmó que, si el único motivo de oposición a la ejecución formulado por el demandado había sido acogido en su instancia y sobre esas bases había desestimado la ejecución solicitada, ahora, que dicho auto había sido anulado por el Tribunal Constitucional en su STC 96/2005, de 18 de abril, no le quedaba más opción que desestimar el motivo de oposición alegado y estimar la ejecución solicitada.
- 12) Planteado recurso de apelación contra el anterior Auto de 26 de julio del Juzgado de Primera Instancia núm. 25, la **Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Auto de fecha 24 de julio de 2006** en el que estima el recurso y deniega la ejecución, fundamentando jurídica y normativamente su decisión.
- 13) Contra el anterior Auto de la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 24 de julio de 2006 se interpuso recurso de amparo por la esposa. La **Sala 4.ª del Tribunal Constitucional dictó Auto 396/2008 de fecha 22 de diciembre** por el que acuerda inadmitir el recurso de amparo interpuesto por concurrir la causa prevista en el artículo 50.1.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC).

2. Análisis de las resoluciones dictadas en el supuesto práctico real

Del análisis de las resoluciones judiciales que se dictaron en el supuesto real que nos ocupa cabe decir:

Que tanto el **Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid en su Auto de fecha 12 de enero de 2002, como la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en su Auto de fecha 24 de octubre de 2002**, entendieron que, tras el dictado de la sentencia de divorcio en la que no se decretaba pensión compensatoria —porque no había sido objeto de debate—, la pensión compensatoria fijada en anterior sentencia de separación quedaba sin efecto «dado que las medidas acordadas en sentencia de separación matrimonial ya sean de mutuo acuerdo o contencioso no tienen carácter vinculante en el divorcio, pues es en este procedimiento donde pueden plantearse *ex novo* todas las mismas cuestiones de índole personal y económico ya resueltas en la separación matrimonial habiendo de ajustarse la resolución sobre las circunstancias concurrentes al momento de dictar la sentencia de divorcio según las peticiones de parte y el resultado de las pruebas que se hayan aportado y sometido a la consideración judicial; por lo que, las medidas de la separación matrimonial no producen excepción de cosa juzgada respecto de las medidas complementarias del divorcio; por lo que resulta que la pensión compensatoria pactada en sentencia de separación matrimonial no extiende su efectividad en el divorcio; sin ser necesario que en la sentencia de divorcio sea reconocida y sancionada expresamente» (AAP de Madrid, Sección 24.ª, Auto 971/2002, de 24 de octubre).

El **Tribunal Constitucional, en su Sentencia 98/2005, de 18 de abril**, admite el amparo al entender que las dos resoluciones anteriores no habían exteriorizado la previsión normativa en la que se sustentaba la decisión de no despachar la ejecución de la sentencia de separación, así, en su Fundamento Jurídico 7 dice:

«Desde la perspectiva de control que le compete, de acuerdo con la doctrina constitucional de la que se ha dejado constancia en el Fundamento Jurídico 5 de esta sentencia, lo que le corresponde a este Tribunal constatar en este caso es que los órganos judiciales en las resoluciones jurisdiccionales impugnadas no razonan ni exteriorizan con base en qué concreta previsión o previsiones legales sustentan la referida concepción de los procesos de separación y divorcio determinante en última instancia de la decisión de denegar en este caso la ejecución del pronunciamiento relativo a la pensión compensatoria reconocida en la sentencia de separación a favor de la demandante de amparo, tratándose, además, de una decisión, como advierte el Ministerio Fiscal, que no se compadece con los tasados supuestos legales en los que puede ser modificada la pensión compensatoria (artículo 100 CC) o se extingue el derecho a percibirla (artículo 101 CC).

La falta de exteriorización de las previsiones normativas en la que se sustenta aquella concepción de uno y otro proceso, en definitiva, la decisión de no despachar la ejecución de la sentencia de separación en el extremo interesado por la demandante de amparo; esto es, el referido a las cantidades que reclamaba por impago y actualización de la pensión compensatoria fijada a su favor en la sentencia de separación, impide la consideración de los Autos recurridos como resoluciones judiciales fundadas en Derecho, por no ser fruto de una razonada aplicación de la legalidad, lo que ha de conducir en este caso, en atención a la fase procesal en la que aquéllos se han dictado, a estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales».

Pero, en ningún caso, el Tribunal Constitucional se pronuncia en esta sentencia sobre cuestión sustantiva ni procesal respecto a si la sentencia de separación deja de tener ejecutividad tras el dictado de la sentencia de divorcio, o sobre si las medidas acordadas en la primera son sustituidas por las acordadas en la segunda, o sobre si aquellas medidas acordadas en sentencia de separación sobre las que no se pronuncia ni a favor ni en contra la sentencia de divorcio mantienen su vigencia. Simplemente se limita a solicitar que los tribunales ordinarios argumenten jurídica y normativamente su decisión.

El Tribunal Supremo en su Sentencia 934/2004, de 1 de octubre, sin entrar a valorar el fondo de la cuestión pues se trataba de un procedimiento por «error judicial» sí que hace un apreciación que creemos interesante para el asunto que nos ocupa, al entender que sin corregir ni ratificar lo adoptado por la Sección 24.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, pues su función en ese procedimiento era decretar si se había cometido un error judicial, la respuesta tenía que ser necesariamente negativa porque, «aun cuando ciertamente no exista una norma que expresamente prevea la extinción de las medidas de separación conyugal al recaer sentencia firme de divorcio, **ello no equivale a que, según pretende la parte demandante, en el caso examinado se haya aplicado una norma inexistente: en primer lugar, porque la superación de la separación por el divorcio, con la consiguiente disolución del vínculo conyugal, es algo indiscutible, por muy firme que fuera la sentencia acordando la separación con sus correspondientes medidas; y en segundo lugar, porque no puede olvidarse la muy reduccionista oposición de la hoy demandante a la demanda de divorcio, limitándose prácticamente a reprochar la falta de concreción de los efectos inherentes a la declaración de divorcio solicitada cuando, precisamente, nada le impedía a ella misma haber introducido en el debate la cuestión de la pensión compensatoria a su favor una vez que ya habían quedado extinguidas las pensiones alimenticias a favor de los hijos**». Es decir, el Tribunal Supremo no entendió que la decisión adoptada por la Sección 24.^a de la AP de Madrid estuviera aplicando una norma inexistente, dejando de algún modo abierta la posibilidad jurídica de que la pensión compensatoria fijada en una sentencia firme de separación quedara sin efecto al adquirir firmeza una sentencia de divorcio que no se pronunciaba expresamente a favor de la pensión compensatoria, bien mediante su mantenimiento o bien mediante su fijación.

Devueltos los Autos al **Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid**, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional, éste desestima la oposición a la ejecución de la pensión compensatoria, por **Auto de fecha 26 de julio de 2005**, con el siguiente fundamento:

«si el único motivo de oposición a la ejecución formulado por el demandado había sido acogido en su instancia y sobre esas bases había desestimado la ejecución solicitada, ahora, que dicho Auto había sido anulado por el Tribunal Constitucional en su STC 96/2005, de 18 de abril, no le quedaba más opción que desestimar el motivo de oposición alegado y estimar la ejecución solicitada (...)».

El recurso de apelación contra este nuevo Auto del Juzgado de Instancia recayó nuevamente en la **Sección 24.^a de la AP de Madrid, que dictó Auto de fecha 24 de julio de 2006** en el que admitiendo el recurso de apelación estima el motivo de oposición y declara no haber lugar a la ejecución de la pensión compensatoria, esta vez argumentando jurídicamente su decisión con el siguiente fundamento:

«No puede ser de aplicación alternativa y retroactiva la exigibilidad de la pensión compensatoria por desequilibrio económico pactado y sancionado en sentencia de separación matrimonial, y por el período tiempo cuando ya regía entre los litigantes el divorcio; y ello no consta en la sentencia de disolución del matrimonio por causa de divorcio, pronunciamiento relativo al mantenimiento de la pensión compensatoria, acordada en sentencia de separación matrimonial que aprobó el Convenio Regulador, aportado a tal efecto; y ello **porque infringiría lo dispuesto en los artículos 91 del Código Civil y 774.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; principio de sustitución en virtud del cual las medidas que se adoptan en sentencia de divorcio sustituyen en su integridad a las que en su caso se hubiesen dictado en la sentencia de separación; ya que en caso contrario y ante la falta de una petición expresa en el proceso de divorcio de una pensión de carácter compensatorio, se estarían infringiendo principios tan fundamentales en el proceso civil como el principio de disposición y de rogación y de congruencia de los artículos 19 y 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**, que vulneraría sin duda el derecho de igualdad y tutela judicial efectiva ante una falta expresa de petición de pensión compensatoria, formulada en el proceso de divorcio cuando de adverso tuvo la oportunidad de solicitarlo, en dicho proceso; resultando impropio pretender subsanar en fase de ejecución la efectividad de las medidas de carácter económico y compensatorio, omitida y no acordada en sentencia que regía su efectividad cuando se instó la presente ejecución».

Contra esta resolución se interpuso nuevo recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y la **Sala 4.ª del Tribunal Constitucional dictó Auto 396/2008 de fecha 22 de diciembre**, por el que se acuerda inadmitir el recurso de amparo con los siguientes fundamentos:

«La aplicación de la doctrina expuesta al caso que nos ocupa supone que el órgano judicial a quien correspondiera la ejecución de la STC 96/2005, de 18 de abril, debía exteriorizar las previsiones normativas en las que se sustentaba la decisión de no despachar la ejecución de la sentencia de separación en el extremo interesado por la demandante de amparo —referido al impago de la pensión compensatoria fijada a su favor en la sentencia de separación—, pues era exactamente ése el motivo que había llevado a este Tribunal a considerar que las resoluciones judiciales impugnadas no estaban fundadas en Derecho y, en consecuencia, apreciar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 96/2005, FJ 7). No fue esto lo actuado por el Juzgado de Primera instancia núm. 25 de Madrid, en su Auto de 26 de julio de 2005, en el que, lejos de exteriorizar fundamentación jurídica alguna, se limitó a afirmar que si el único motivo de oposición a la ejecución formulado por el demandado había sido acogido en su primer Auto del caso y sobre esas bases había desestimado la ejecución solicitada por la recurrente, ahora, que dicho Auto había sido anulado por el Tribunal Constitucional en su STC 96/2005, de 18 de abril, no le quedaba más opción que desestimar el motivo de oposición alegado y estimar la ejecución solicitada.

Interpuesto recurso de apelación contra la ejecución de la STC 96/2005 llevada a cabo por el Juzgado de Primera instancia núm. 25 de Madrid, la Audiencia Provincial de Madrid en su Auto de 24 de julio de 2006, resuelve de forma muy distinta, pues declara que en virtud de los artículos 91 CC y 774.4 LEC, la ejecución de una sentencia de separación cuando ya existe sentencia de divorcio vulnera el principio de sustitución, por el cual las medidas que se adoptan en una Sentencia de divorcio sustituyen en su integridad a las que se adoptan en una sentencia de separación. El órgano judicial declara, además, que estimar la ejecución pretendida de la sentencia de separación vulneraría los principios de disposición, de rogación y de congruencia de los artículos 19 y 216 LEC. **No cabe, pues, duda alguna de que**

la Audiencia Provincial procedió a exteriorizar las previsiones normativas en las que sustentaba su decisión de no despachar ejecución, tal y como requería la STC 96/2005, de 18 de abril.

Por lo demás, conviene añadir que la argumentación aducida por el órgano judicial, en absoluto puede ser tachada de arbitraria, irrazonable o fruto de un error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento. Sin perjuicio de que a este Tribunal no le corresponde revisar la interpretación y aplicación que de la legalidad ordinaria hayan podido efectuar los Jueces o Tribunales, sino sólo realizar un control externo, la simple lectura de los preceptos citados por la Audiencia pone de manifiesto que ésta realizó una interpretación de la legalidad que no puede considerarse contraria a la esfera de actuación que el artículo 117.3 CE establece para los Jueces y Tribunales, por lo que no existe vulneración de derecho fundamental alguno. **Así, la tesis de que la sentencia de divorcio sustituye en su integridad a la sentencia de separación se sustenta sin problemas en las previsiones del artículo 774.4 LEC, precepto que dispone que “cuando no exista acuerdo entre los cónyuges o, en caso de no aprobación del mismo, el tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna”. En definitiva, la Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia de 24 de julio de 2006, procedió a ejecutar correctamente la STC 96/2005, de 18 de abril y dictó una resolución conforme a Derecho y plenamente ajustada al artículo 24.1 CE».**

Por lo tanto, la tesis mantenida por la Sección 24.^a de la Audiencia Provincial de Madrid es que la sentencia de divorcio, en virtud del principio sustitutivo y por aplicación de los artículos 91 del Código Civil y 774.4 de la LEC, sustituye en su integridad a los efectos establecidos en la anterior sentencia de separación judicial; y específicamente en los supuestos en los que en la sentencia de divorcio no exista pronunciamiento alguno sobre el derecho a pensión compensatoria por lo que la establecida en anterior sentencia de separación queda sin efecto.

Así, dicha Sección 24.^a de la AP de Madrid, se ha pronunciado en varias ocasiones más en supuestos similares:

Auto de la AP de Madrid, Sección 24.^a de fecha 19 de octubre de 2006. En este Auto, la Sección 24.^a en un supuesto similar ratifica lo establecido en su anterior Auto de fecha 24 de julio de 2006:

«toda vez que en efecto **la apelante no solicitó en el proceso de divorcio ulterior al de separación pensión compensatoria alguna, y literalmente se expresa en la sentencia de modificación de medidas a la que hemos hecho referencia, que en la misma no se podía emitir pronunciamiento alguno respecto a la modificación de una medida que no fue estipulada en la sentencia de divorcio, con referencia a la pensión compensatoria por desequilibrio** que regula el artículo 97 del Código Civil. Es éste el criterio que rige en esta Sala, y que ha sido expuesto, entre otras resoluciones, en **Auto de 24 de julio de los corrientes**, por citar la más próxima en el tiempo, y en la que se señala:

«PRIMERO.—No puede ser de aplicación alternativa y retroactiva la exigibilidad de la pensión compensatoria por desequilibrio económico pactado y sancionado en sentencia

de separación matrimonial, y por el período tiempo cuando ya regía entre los litigantes el divorcio; y ello no consta en la sentencia de disolución del matrimonio por causa de divorcio, por pronunciamiento relativo al mantenimiento de la pensión compensatoria, acordada en sentencia de separación matrimonial que aprobó el Convenio Regulador, aportado a tal efecto; y ello porque infringiría lo dispuesto en los artículos 91 del Código Civil y 774.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; principio de sustitución en virtud del cual las medidas que se adoptan en sentencia de divorcio sustituyen en su integridad a las que en su caso se hubiesen dictado en la sentencia de separación; ya que en caso contrario y ante la falta de una petición expresa en el proceso de divorcio de una pensión de carácter compensatorio, se estarían infringiendo principios tan fundamentales en el proceso civil como el principio de disposición y de rogación y de congruencia de los artículos 19 y 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que vulneraría sin duda el derecho de igualdad y tutela judicial efectiva ante una falta expresa de petición de pensión compensatoria, formulada en el proceso de divorcio cuando de adverso tuvo la oportunidad de solicitarlo, en dicho proceso; resultando impropio pretender subsanar en fase de ejecución la efectividad de las medidas de carácter económico y compensatorio, omitida y no acordada en sentencia que regía su efectividad cuando se instó la presente ejecución».

Además la misma **Sección 24.ª de la AP de Madrid, en su Sentencia de 28 de mayo de 2007**, mantiene el mismo criterio:

«TERCERO.—De esto se concluye que doña Elena introduce en la contestación a la demanda de divorcio la solicitud de una nueva medida cual es la PENSIÓN COMPENSATORIA respecto de la cual el Juez no puede pronunciarse de oficio; dicha **pensión compensatoria no fue cuestionada por el actor en su demanda que sólo mencionó su existencia como medida complementaria adoptada en la sentencia de separación, pero que en la demanda de divorcio no la introdujo como objeto de debate**, con el fin de que el Juez pudiera pronunciarse sobre ella, ora a favor ora en contra, para pedir su supresión, no concesión o extinción, o incluso su mantenimiento, o lo que fuera. Nada dice sobre ésta salvo la escueta referencia a su presencia en la anterior sentencia de separación. Por ello, **al introducirse en la litis de divorcio en la contestación a la demanda se debieron cumplir rigurosamente los requisitos exigidos en los artículos 406 y 399 en relación con el artículo 770.2.ª de la LEC 1/2000, y demás concordantes, es decir debió haber propuesto expresamente la reconversión a continuación de la contestación** a la demanda y acomodándola a lo que se establece en el artículo 399. Cosa que no hizo.

Tan es así, que el Juzgado dicta Providencia de fecha 17 de abril de 2006 donde se tiene por CONTESTADA A LA DEMANDA (...). (folio 85). Nada se dice sobre la posible reconversión y de hecho no se da traslado a la otra parte para que contestara en el plazo de 10 días.

CUARTO.—La Sala no puede compartir los argumentos de la apelada cuando su línea argumental parte de la pre-existencia de la pensión compensatoria acordada como medida definitiva en la anterior sentencia de separación que contiene un pronunciamiento que es cosa juzgada. Y si en la demanda de divorcio no se solicitó la modificación de esta medida y en la contestación a la demanda se solicitó el mantenimiento de la misma [medida definitiva acordada en la sentencia de separación], esta petición no puede considerarse una petición nueva objeto de la reconversión. Medida además inherente a los efectos de cualquier separación o divorcio. Por ello el Juez *a quo* tras la valoración de la prueba y comprobar que no habían cambiado las circunstancias de la separación mantiene la medida, más aun cuando el demandante no solicitó su extinción y la demandada solicitó su mantenimiento.

Pero, decíamos, que la Sala no comparte esta argumentación, porque sabido es por todos que el procedimiento de divorcio permite valorar *ex novo* las circunstancias que rodean a los distintos miembros de la familia, sin que el órgano *a quo* se sienta vinculado por los efectos acordados en la precedente sentencia de separación matrimonial, y que en principio las medidas complementarias acordadas en un procedimiento de separación matrimonial no prorrogan de forma automática e incondicional su vigencia en la ulterior litis de divorcio, en la que es permitido un nuevo análisis de la situación, en orden a adoptar las medidas acordes a la actual, ya sea ésta coincidente o divergente, en todo o en parte, con la contemplada al momento de dictarse la antecedente resolución. (Sentencias de esta Sala entre otras muchas de 20 de junio de 2003.)

Por lo tanto la pensión compensatoria reconocida en el anterior pleito matrimonial no produce efecto de cosa juzgada en el presente pleito de divorcio, por lo que si a alguna de las partes le interesa que la sentencia disolutiva del vínculo conyugal contenga algún pronunciamiento sobre dicha pensión [sobre la que el tribunal no debe pronunciarse de oficio] deberá solicitarlo en el momento procesal oportuno (demanda o reconvencción), y con independencia de si la medida ya se contenía en la anterior sentencia de separación.

QUINTO.—Por ello y en resumen **al no haber sido solicitada adopción de medida alguna sobre la pensión compensatoria por el demandante en el escrito rector del procedimiento, ni siquiera para interesar su extinción, la introducción de esta cuestión por la parte demandada exigía irremediamente el cauce reconvenccional explícito, que no se hizo correctamente, por lo que el Juez *a quo* no debió entrar en el pronunciamiento sobre el fondo respecto de la misma y al no haber actuado así y por el contrario el auto de aclaración acordó “mantener todas las medidas acordadas en la sentencia de separación de fecha 24 de septiembre de 2003 y consecuentemente la pensión compensatoria al no haberse solicitado su extinción”, no es ajustado a derecho conforme a todo lo explicado, por lo que se debe revocar la sentencia apelada** (incluido el auto de aclaración) en este concreto punto en el único sentido de que no procede hacer pronunciamiento alguno sobre pensión compensatoria en la sentencia de divorcio, lo que implica que sólo se mantienen, en cuanto procedan, las medidas acordadas en la sentencia de separación de fecha 24 de septiembre de 2003 que tengan conexión con las materias oportunamente traídas a la presente litis, en los términos expresados en el fallo de la sentencia recurrida, del cual, se ha dicho, queda excluida la pensión compensatoria.

En méritos a lo argumentado, **no procede declarar su extinción o supresión como pretende el apelante pues se estaría incurriendo en vicio de incongruencia *extra petita* al conceder algo no pedido en la instancia, proscrito en el artículo 218.1 de la LEC».**

III. RESOLUCIONES JUDICIALES A FAVOR O EN CONTRA DE LA TESIS MANTENIDA POR LA SECCIÓN 24.ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (PRINCIPIO DE SUSTITUCIÓN)

Aparte del supuesto práctico anterior, nos hemos encontrado con varias resoluciones judiciales que resuelven casos similares y que podemos clasificar en dos: las que adoptan una postura similar o idéntica a la de la Sección 24.ª del AP de Madrid, que denominaremos como resoluciones a favor del principio de sustitución, o las que, por el contrario, entienden que la pensión compensatoria establecida en sentencia de separación continúa siendo ejecutiva aun en el supuesto en que la sentencia de divorcio no se pronuncie sobre tal cuestión, que llamaremos como resoluciones en contra del principio de sustitución.

1. Resoluciones judiciales a favor del principio de sustitución

La **Sección 22.^a de la AP de Madrid** ha tenido ocasión de pronunciarse en supuestos análogos o similares al propuesto y coincide con el criterio adoptado por la Sección 24.^a. Así:

En el año 2004 la Sección 22.^a de la AP de Madrid tuvo ocasión de pronunciarse sobre un supuesto en el que solicitado el divorcio por el marido con los efectos inherentes, en la contestación a la demanda, la esposa se allanó a tal pronunciamiento, sin solicitar mediante reconvencción que se fijaran pensiones de alimentos a hijos mayores de edad y pensión compensatoria a su favor, tal y como estaban establecidas en sentencia de separación anterior. La esposa demandada en el acto de la vista ante el juzgado *a quo* solicitó que se mantuvieran dichas pensiones al no haber solicitado el actor su extinción. El juzgado de instancia decretó el divorcio pero no se pronunció sobre pensiones de alimentos a hijos mayores de edad y pensión compensatoria por no haber sido solicitadas las mismas mediante reconvencción expresa. La Sección 22.^a de la AP de Madrid confirma dicha resolución, con la siguiente motivación jurídica:

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.^a). Sentencia núm. 255/2004, de 27 de abril,

«Por lo cual medidas, como las que ahora interesa la recurrente, relativas a pensión por desequilibrio y alimentos en pro de los hijos mayores de edad, precisaban, en orden a su examen de fondo y posible acogimiento en la sentencia que pone fin al procedimiento, de una específica petición de parte, y ello en los escritos rectores del procedimiento que definen, de modo inalterable, los términos del debate litigioso, sin posibilidad de mutación ulterior, según el clásico principio *lite pendente nihil innovetur*. A mayor abundamiento, y tratándose de la parte demandada, la nueva regulación procesal, dado que no nos encontramos ante medidas que pudieran adoptarse de oficio, exige la articulación de demanda reconvenccional (*vid.* artículo 770.2.^a), la que, al contrario de lo que acaecía en el sistema precedente, no admite, en ningún caso, su formulación tácita, habiendo de proponerse a continuación de la contestación y acomodarse a lo que, para la demanda, establece el artículo 399 (*vid.* artículo 406).

Tampoco resulta de aplicación al caso el artículo 774.4 que, en apoyo de sus pretensiones, invoca la recurrente, dado que el mismo, conforme se desprende de su mera lectura, en relación con su apartado número 3, hace referencia a las medidas que, con el carácter de provisionales, hubieran sido adoptadas en el mismo proceso, pero nunca a las recogidas en una antecedente litis de separación, en relación con la ulterior de divorcio.

En definitiva, no puede hablarse en el caso de la extinción de los efectos previamente establecidos, pues ello sólo sería predicable, en ortodoxia procesal, en un procedimiento de modificación de medidas, sino de la fijación de las que sean inherentes al nuevo estado civil y no puedan ser acordadas de oficio, lo que requiere una petición específica, y en el caso mediante demanda reconvenccional, de quien esté interesado en su adopción».

Igualmente, la **Sección 22.^a de la AP de Madrid, en Auto 3/2007, de 12 de enero**, viene a conocer un supuesto de ejecución de una pensión compensatoria establecida en sentencia de separación tras el dictado de una sentencia de divorcio en la que no se estableció expresamente dicha pensión compensatoria, manteniendo el mismo criterio de la Sección 24.^a:

«En consecuencia, y en lo que al caso concierne, el reconocimiento, en la antecedente litis del derecho de pensión no conlleva su automática, y mucho menos tácita, sanción en el

procedimiento ulterior de divorcio del que dimana el incidente de ejecución que nos ocupa, pues al no hacer referencia al mismo el actor en su demanda, ni ser solicitado expresamente por la esposa, que permaneció en situación procesal de rebeldía, un pronunciamiento judicial de amparo de la citada prestación económica implicaría la flagrante trasgresión del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no siendo exigible, por ello, una declaración expresa del no reconocimiento del derecho, ni tampoco de su extinción, en cuanto esta última sólo tendría un ortodoxo acomodo en la vía procesal de modificación de medidas.

Ello conlleva que, a partir del momento en que se dicta la sentencia de divorcio, no pueda ser exigido ejecutivamente un derecho que sólo mantuvo su vigencia durante el *status* de separación matrimonial. Así lo da a entender claramente el artículo 97 CC, que hace específica referencia, no sólo a la separación en cuanto causante del desequilibrio económico, sino igualmente al divorcio, por lo que quien entienda que el derecho ha de mantenerse en esta ulterior litis, tras su reconocimiento en la primera, debe postular expresamente su sanción judicial, demostrando, conforme le exige el artículo 217 LEC, que existe, en la nueva coyuntura, el citado desequilibrio, en cuanto condicionante básico para el posible amparo judicial de su pretensión.

Y en cuanto en el presente supuesto ni se solicitó tal medida complementaria ni, en consecuencia, fue acordada en la sentencia que puso fin al procedimiento de disolución del matrimonio, la ejecución pretendida entra en abierta contradicción con el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su necesaria conexión con los artículos 517.2.1.º, 549.1.1.º y 550.1.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Declara, al respecto, el Tribunal Supremo, ya desde antiguas sentencias como la de 28 de junio de 1927, que las resoluciones judiciales dirigidas a llevar a efecto una sentencia firme deben ajustarse exactamente a las declaraciones que ésta contenga, cumpliéndolas puntualmente en toda su integridad, sin ampliar ni reducir sus límites, ni hacer declaraciones contrarias o no comprendidas en ella.

Todo lo expuesto atrae al caso examinado **las previsiones del artículo 559.1.3.º, a cuyo tenor es nulo el despacho de la ejecución por no contener la sentencia el pronunciamiento de condena que trata de hacerse efectivo, lo que hace prosperar la pretensión revocatoria que articula el recurrente».**

Resulta de interés al caso que nos ocupa la **Sentencia 649/2007 de la AP de Madrid, (Sección 22.ª) de fecha 26 de octubre de 2007**, puesto que aborda un supuesto de apelación «llamativo» ya que tras pedir el esposo-actor el divorcio y los efectos inherentes a tal declaración, la esposa no se persona en el procedimiento de divorcio y el juzgado dicta sentencia en la que, por haber un hijo menor del matrimonio, decreta el divorcio y como efectos de dicha declaración aquellos de obligado pronunciamiento por ser de derecho necesario, como guarda y custodia del hijo a favor de la madre, atribución del uso y disfrute del que fue domicilio conyugal a favor del hijo menor y de la madre por ser en cuya compañía queda y como contribución a los alimentos del hijo menor, las mismas cantidades, debidamente actualizadas, que las establecidas en el convenio de separación aprobado por sentencia de separación.

Sin embargo, el esposo actor recurre la sentencia de divorcio de Primera Instancia y en la vista de la apelación concreta que el motivo de ésta es solicitar que la sentencia de divorcio tenga pronunciamiento expreso sobre la extinción de la pensión compensatoria, aun a pesar de que no se debatió en ningún momento en el procedimiento de divorcio nada relativo a la pensión compensatoria. Así, en su Fundamento de Derecho Segundo, la Sala manifiesta:

«SEGUNDO.—Ya se indicó en el desarrollo del acto de la vista oral de la presente apelación la sorpresa por la formulación del recurso cuya petición concreta no se articulaba en el cuerpo del escrito y que a los fines de no causar indefensión y otorgando la tutela judicial efectiva, en los términos del artículo 24 de la CE, motivó precisamente la celebración de aquel acto, donde la parte recurrente determina y señala que la pretensión del recurso es obtener pronunciamiento expreso sobre la extinción de la pensión compensatoria. Pero ya se adelantó en dicho trámite que la parte dispositiva de la sentencia objeto de esta apelación no contenía pronunciamiento alguno en torno a la pensión compensatoria, porque así se razonaba expresamente en la fundamentación de la sentencia, al denegar en este proceso dicha prestación económica a la apelada, no constituyendo ello, por lo tanto, omisión alguna ni por lo tanto infracción de lo dispuesto en el artículo 218 de la LEC.

En efecto, razona acertadamente el fundamento jurídico octavo de la sentencia apelada que “al constituir el proceso de divorcio familiar con independencia de las medidas establecidas al tiempo de la separación conyugal y al no haber formulado la Sra. Francisca pretensión alguna en materia de pensión compensatoria mediante la formulación de la oportuna reconvencción, como le es exigible ante el principio de justicia rogada que impera en esta materia, por tratarse de una cuestión de contenido patrimonial y de libre disposición por las partes, queda vedada la posibilidad de pronunciamiento judicial al respecto”.

En consecuencia con lo anterior, **el fallo de la sentencia no contiene medida alguna en torno a la pensión compensatoria debiendo tener en cuenta que el proceso de divorcio, como procedimiento *ex novo* determina las medidas que regirán una vez se constituya dicho nuevo estado civil, siendo así que las anteriores medidas establecidas en un precedente pleito material, en la medida en que no se declaren expresamente vigentes y se mantengan como tales, carecen ya en esta nueva configuración, de validez o eficacia jurídica alguna**, razones todas que determinan en este punto el rechazo de este motivo de apelación y conducen a confirmar la resolución recurrida».

Esta misma **Sección 22.^a de la AP de Madrid en su Auto 234/2008 de fecha 11 de julio de 2008** estableció que **la atribución del uso del domicilio familiar a favor de hijos mayores de edad** establecida en anterior sentencia de separación quedaba sin efecto si en la sentencia de divorcio nada se decía sobre tal medida al ser de derecho dispositivo.

«El procedimiento de divorcio tiene como efecto esencial la disolución del vínculo conyugal contraído por los litigantes y en el cual no tienen carácter vinculante los pronunciamientos complementarios contenidos en la sentencia dictada en la anterior litis de separación matrimonial, a los efectos de haber de acordarse sobre su continuidad o cese, por el contrario en la sentencia de divorcio deben ser acordadas en su caso, las medidas inherentes al nuevo estado civil, en las cuales las afectantes a los hijos menores el principio dispositivo está atenuado pues hay connotaciones de orden público ya que se trata de proteger en interés preferente de éstos, mientras que en las que se refieren a los hijos mayores y al cónyuge rige el aludido principio. Sentado lo anterior hay que concluir que una vez que la sentencia de divorcio fue confirmada por la sentencia de esta Sección de 2 de junio de 2000 **la atribución de uso de la vivienda familiar acordada en el convenio de separación aprobado por la correspondiente sentencia no pervive porque no hay pronunciamiento sobre tal medida en la sentencia de divorcio y también porque no hay petición sobre tal medida en los escritos rectores de este proceso y dicha medida en el caso que nos ocupa está bajo el principio dispositivo**, pues la atribución de uso se hacía a la esposa y a los hijos mayores que además tenían sus propios ingresos, tal como se recoge en la cláusula tercera».

En el mismo sentido la **Sentencia 644/2009 de la AP de Madrid (Sección 22.^a) de 27 de octubre de 2009:**

«SEGUNDO.—En orden a centrar, en sus adecuados y legales términos, la problemática suscitada por el apelante respecto de las medidas complementarias, y dado el planteamiento que, al efecto, se realiza de contrario, parece necesario recordar que no nos encontramos en el entorno procesal de una litis de modificación de medidas *stricto sensu*, dado que las peticiones relativas a la fijación de los efectos complementarios (artículos 91 y siguientes del Código Civil) se desenvuelven en el marco de un procedimiento tendente a la disolución del vínculo conyugal contraído por litigantes, en el que no tienen carácter vinculante los pronunciamientos que sobre tales medidas pudiera contener la sentencia recaída en la anterior litis de separación matrimonial, a los fines de acordarse sobre su continuidad, modificación o cese.

Por el contrario, **en el ulterior procedimiento sobre disolución vincular, deben ser acordadas *ex novo* las medidas inherentes al estado civil derivado del divorcio, las que, en orden a su posible regulación judicial, se encuentran condicionadas, en virtud del principio dispositivo (artículo 316 LEC), por las peticiones de las partes, a salvo de aquéllas, cuales las afectantes a los hijos menores de edad o incapacitados, que tienen el carácter de *ius cogens*, y sobre las que los tribunales han de pronunciarse de oficio.**

No existiendo, en el supuesto examinado, hijos en situación de tal dependencia jurídica de los litigantes, cualquier medida complementaria del divorcio interesado en el escrito rector del procedimiento requería, en orden a su examen de fondo y posible acogimiento en la sentencia constitutiva del nuevo estado civil, de una específica petición de parte, y ello en los escritos rectores del procedimiento que definen los términos del debate litigioso, sin posibilidad de mutación ulterior, según el clásico principio *lite pendente nihil innovetur*, recogido expresamente en el artículo 412 LEC.

Por lo expuesto, y en supuestos como el que nos ocupa, **no puede hablarse, en un sentido técnico-jurídico, del mantenimiento, modificación o extinción de los efectos complementarios acordados en un procedimiento de separación matrimonial, sino de la fijación de los que sean inherentes al nuevo estado civil y no puedan ser acordados de oficio, lo que requiere de una petición específica, y en su caso mediante demanda reconvenicional expresa, de quien esté interesado en su adopción.**

Partiendo de tales ineludibles condicionantes procesales, debe acogerse el primero de los motivos del recurso, habida cuenta que, no habiéndose interesado en el escrito rector del procedimiento, a salvo de una mención genérica e insuficiente a los “efectos que le son propios”, respecto del divorcio, otra medida complementaria que la relativa a la liquidación del régimen económico matrimonial, la demandada, en su escrito de contestación, se limitó a postular, de una manera indiscriminada y genérica, la ratificación de las medidas adoptadas en la anterior sentencia de separación, pero sin articular, según exige la normativa examinada, demanda reconvenicional en los términos exigidos por el artículo 406, habida cuenta que, siendo ya todos los hijos mayores de edad, ninguna de de tales medidas, al contrario de lo que ahora se alega por dicha litigante, podía ser adoptada de oficio, incurriendo, por ello, la sentencia en abierta infracción de las exigencias del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

De especial interés es el siguiente **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de octubre de 2008**, puesto que es el que más claramente se muestra a favor del criterio establecido por las dos Secciones antes mencionadas de la Audiencia Provincial de Madrid.

AP de Barcelona (Sección 18.^a), Auto núm. 249/2008, de 7 de octubre:

«PRIMERO.—Se alza el ejecutado contra la resolución impugnada en cuanto acuerda la nulidad radical del despacho de ejecución al no contener el título ejecutivo pronunciamiento de condena alguno, solicitando se revoque dicho pronunciamiento; subsidiariamente entiendo que no deben serle impuestas costas procesales.

Fundamentaba su demanda ejecutiva en que en **la Sentencia de separación de 2 de marzo de 1998 se impuso a cargo del ejecutado una pensión compensatoria** de 50.000 pesetas, parcialmente revocada por la de esta Sala de 5 de octubre de 1998 que la incrementaba a 80.000 pesetas y como **en la Sentencia de divorcio de 24 de enero de 2006 ninguna referencia expresa a la misma se hizo, sino que se limitó a declarar el divorcio**, entendía que la pensión continuaba vigente, por lo que solicitaba las pensiones atrasadas desde enero de 2006 a mayo de 2007. Pues bien, no podemos aceptar tal argumentación. **La sentencia de divorcio constituyó una nueva situación jurídica, teniendo efectos constitutivos según se infiere de lo dispuesto en el artículo 89 CC, y así se deduce de los artículos 76 CF y 774.4 LEC sobre las medidas que hayan de sustituir a las adoptadas antes. Y puesto que en el procedimiento de divorcio nada se petitionó de forma expresa sobre el particular, perteneciendo al ámbito del principio dispositivo, la sentencia, por un mínimo de congruencia nada pudo decidir; si ello es así es obvia la improcedencia de una ejecución basada en un título que ninguna referencia hace al objeto de ejecución, por todo lo cual y sin necesidad de mayores argumentaciones debemos desestimar el recurso que se examina».**

No tenemos noticia de resoluciones judiciales de otras Audiencias Provinciales que se hayan pronunciado expresamente sobre un asunto análogo al que nos ocupa. Sí hay multitud de resoluciones en las que aparece el criterio de la necesidad de reconversión expresa para que se pueda establecer una pensión compensatoria en un procedimiento, de separación o divorcio, cuando el demandante no introduce la petición en su demanda. Pero la práctica unanimidad de resoluciones estudiadas se refieren a supuestos en los que el divorcio ha sido el primer pronunciamiento judicial con medidas definitivas que regulaba la crisis matrimonial o bien supuestos en los que tras una separación judicial en los que no se había establecido pensión compensatoria una de las partes solicitaba una pensión compensatoria en fase de divorcio.

No obstante, aportamos las siguientes resoluciones de la **Audiencia Provincial de Pontevedra** en cuanto a que de sus fundamentos jurídicos parece desprenderse el criterio de que sobre las cuestiones de derecho dispositivo, entre las que se encuentra sin duda la pensión compensatoria, el tribunal no puede pronunciarse de oficio en un pronunciamiento de divorcio en el que ninguna de las partes haya introducido dicha petición como objeto del proceso.

AP de Pontevedra (Sección 6.^a), Sentencia núm. 435/2007, de 19 de julio:

«Es obvio que la pensión compensatoria es materia sobre la que el tribunal no puede pronunciarse de oficio, en cuanto que está en la órbita de la facultad dispositiva de las partes. De ahí que, y en cumplimiento de la norma antes citada, sea criterio aceptado por las Audiencias Provinciales la necesidad de que su petición por el demandado se haga en demanda reconvenzional (entra otras, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Murcia —Sección 5.^a— de 12 de septiembre de 2006, Cáceres —Sección 1.^a— de 7 de noviembre de 2005 y 11 de febrero de 2004, Valencia —Sección 10.^a— de 26 de marzo de 2003).

Por consiguiente, puede decirse de todas aquellas materias sobre las que el tribunal no puede pronunciarse de oficio, **que si la parte demandada pretende algún pronunciamiento sobre ellas —si no se instó por la parte actora—, deberá hacerlo mediante la oportuna demanda reconvenional expresa**, deducida en legal forma. Es la única forma hacer de ellas objeto del proceso.

Como es natural y lógico, lo dicho vale tanto para la petición de pensión compensatoria como para instar cualesquiera particularidades modificativas que a ella se refieran.

Como hemos adelantado, la demandada ha formulado petición en la contestación a la demanda que legalmente exigía una articulación reconvenional; **al no ser así, no podía incorporarse como objeto del proceso y necesariamente el juzgador debía rechazarla**, como correctamente ha hecho».

AP de Pontevedra (Sección 1.ª), Sentencia núm. 98/1999, de 26 de febrero:

«La sentencia que ponga fin al procedimiento no puede dar más, ni cosa distinta a aquella pedida en la demanda, en congruencia también con las pretensiones del demandado, a nada de lo cual se opone que en el proceso matrimonial convivan con este elemento dispositivo otros de *ius cogens* derivados de la especial naturaleza del derecho de familia, ni que la congruencia se produzca sin conformidad rígida y literal con los pedimentos expresados en los suplicios de los escritos de las partes, porque cuando no existe petición expresa de un derecho facultativo o dispositivo y éste tampoco se desprende de la *causa petendi*, el órgano jurisdiccional ha de sujetarse a lo solicitado, lo que ocurre en el aspecto puramente económico afectante a los cónyuges y no a los descendientes menores de edad. Ni en las medidas provisionálsimas anteriores a la demanda de separación o divorcio (artículo 104 del Código Civil), ni en las coetáneas al procedimiento, cuando no existe convenio regulador entre las partes (artículos 102 y 103), ni en las medidas definitivas a adoptar por el Juez, a que se refiere el artículo 91, figura la pensión compensatoria; **si pues la Ley no autoriza al Juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil** (desequilibrio en relación con la posición del otro, empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio), **es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales sí se refiere la función tuitiva** [Sentencia de 2 de diciembre de 1987]. Pues bien en observancia de tal doctrina jurisprudencial y en la medida en que la pensión compensatoria concedida en la sentencia en favor de la esposa demandada, está regida por el principio de rogación y no ha sido solicitada, a medio de la oportuna reconvenión en el escrito de contestación a la demanda, no puede concederla de oficio de juzgador, al no poder ser confundida tampoco con otras consecuencias económicas de la separación o el divorcio, cuales las contribuciones a las cargas familiares. En consecuencia y por mor de la vulneración del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede acoger el recurso formulado por la parte demandante».

2. Resoluciones judiciales en contra del principio de sustitución

La Audiencia Provincial de Córdoba dictó un auto confirmatorio del auto de Primera Instancia por el que se despachaba ejecución de la pensión compensatoria establecida en sentencia de separación tras el dictado de la sentencia de divorcio en la que no se discutió

ni a favor ni en contra la pensión compensatoria. La Sala argumenta a favor de la ejecución de la pensión compensatoria y en contra del principio de sustitución que la sentencia de divorcio no surte sus efectos de modo aislado y con total independencia de la de separación y del convenio regulador que está ínsito en su espíritu como base del pronunciamiento, sino formando un todo indisoluble con ellos, ya que, sin su estimativa en conjunto, no es factible su interpretación precisa, por lo que entiende que ambas sentencias —separación y divorcio— han de interpretarse conjuntamente, de tal manera que aquellos efectos establecidos en la sentencia de separación que no hayan sido expresamente modificados o suprimidos por la sentencia de divorcio continuarían teniendo vigencia dentro de la sentencia de divorcio y susceptibles de ejecución de dicho título.

AP de Córdoba, Sección 3.ª, Auto 21/2004, de 27 de febrero:

«SEGUNDO.—La Sentencia de separación de 27 de julio de 2000, confirmada en alzada por la Sección Primera de esta Ilma. Audiencia en 17 de marzo de 2003, aprobó las medidas pactadas por los hoy litigantes en el Convenio Regulador que obra en autos, el cual, en cumplimiento de lo prevenido en los artículos 90 y 97 del Código Civil, establecía a favor de ella una pensión de desequilibrio en cuantía de treinta mil pesetas mensuales más IPC durante cinco años contados desde el mes de junio del año 2000 hasta el mismo mes del año 2005 ambos inclusive.

TERCERO.—Planteado el tema del divorcio, en dicho pleito, en materia de medidas del citado convenio, sólo fueron objeto de controversia judicial algunas de ellas, no todas, y, concretamente: guarda y custodia de la hija María Virtudes, régimen de visitas del padre, pensión alimenticia de las hijas, gastos extraordinarios, y, uso de vivienda.

Si sólo fueron objeto controvertido en dicho pleito las materias antes citadas y no el resto de las mismas, no cabía interpretar la cuestión más que como lo ha hecho la Magistrado *a quo*, es decir, que los litigantes quisieron dejar incólumes para la situación de divorcio las demás medidas ya acordadas, que por demás, y en lo referente al tema de autos era claro y patente que se había acordado mantenerlo durante los cinco años ya expresados y que aún no han transcurrido, por lo que, la actitud del hoy recurrente es de inobservancia de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil en cuanto a términos claros e intención de los contratantes, de intención aviesa de tergiversar las cosas atentando al principio de la buena fe consagrado en el artículo 7 del Código Civil, debiendo salir al paso esta Sala en el sentido de entender comprendido en el título judicial ejecutivo el concepto reclamado, pues, **esa sentencia de divorcio de 1 de octubre de 2002 no surte sus efectos de modo aislado y con total independencia de la de separación y del convenio regulador que está ínsito en su espíritu como base del pronunciamiento, sino formando un todo indisoluble con ellos, ya que, sin su estimativa en conjunto, no es factible la interpretación precisa de la misma**, por todo lo cual, debe desestimarse el recurso, confirmarse la resolución recurrida, e imponerse las costas de la alzada a la parte apelante».

La Audiencia Provincial de Granada en varias resoluciones ha mantenido el criterio de que **en las sentencias de divorcio que han ido precedidas de otra de separación, no es necesario que se acuerden nuevas medidas ni que modifiquen las ya establecidas**; aunque para evitar equívocos recomienda que la sentencia de divorcio se manifieste expresamente sobre las medidas que produce, aun con la fórmula de que se mantengan las dictadas en la separación, la falta de pronunciamiento o resolución sobre alguna de ellas comportará que siga desplegando sus efectos la medida anteriormente adoptada y en base

al título que la adoptó —sentencia de separación— hasta tanto concurra causa de extinción, carácter que no tiene necesariamente la sentencia posterior de divorcio. Por tanto, **la AP de Granada se muestra en contra del principio de sustitución** con las siguientes resoluciones entre otras:

AP de Granada (Sección 3.^a), Sentencia núm. 390/2003, de 28 de abril:

«Este Tribunal tiene expresado, entre otras Sentencias de 14 de enero de 1994 y 31 de octubre de 2000, que **en las sentencias de divorcio que como aquí acontece han ido precedidas de otra de separación, no es necesario que se acuerden nuevas medidas ni que modifiquen las ya establecidas** por cuanto que como ha declarado esta audiencia en Sentencias de 17 de mayo de 1991, 23 de julio de 1992 y 22 de noviembre de 1993 el hecho de pasar de la situación de separado a la de divorciado no implica por sí solo alteración sustancial que pueda ser determinante de modificación de medidas. Por ello, si bien lo correcto y aconsejable será para obviar equívocos, que si el órgano que dicte la sentencia de divorcio considera no procede modificación ratifique expresamente las medidas anteriormente adoptadas, entendemos que si no se dejan sin efecto o se adopta alguna otra incompatible, **la falta de pronunciamiento o resolución sobre alguna de ellas, comportará siga desplegando sus efectos la anteriormente adoptada y en base al título que la adoptó hasta tanto concurran causa de extinción, carácter que no tiene necesariamente la sentencia posterior de divorcio.** La redacción del artículo 91 del CC posibilita dicha conclusión cuando se refiere a la adopción de medidas que deban “sustituir” a las ya adoptadas».

AP de Granada (Sección 5.^a), Sentencia núm. 95/2010, de 26 de febrero:

«Que, para la modificación de las medidas consecuentes a la separación matrimonial, que ahora se pretende, es imprescindible que se hayan alterado sustancialmente las circunstancias —artículos 90 y 91 del Código Civil— (Sentencia de esta Audiencia de 25 de noviembre de 1993), **pues en las sentencias de divorcio si han ido precedidas por otra de separación (Sentencia de esta Audiencia de 14 de enero de 1994), no es de ningún modo necesario que se acuerden nuevas medidas definitivas ni que se modifiquen las ya establecidas**, por cuanto que, como ha declarado esta Ilma. Audiencia en sus Sentencias de 17 de mayo de 1991, 23 de julio de 1992 y 22 de noviembre de 1993, entre otras muchas, el hecho de pasar de la situación de separado a la de divorciado no implica por sí solo alteración sustancial de las circunstancias económicas de los cónyuges que pueda ser determinante de la modificación de medidas a tenor del último inciso del artículo 91 del Código Civil; sin embargo es procesalmente admisible aprovechar el pleito de divorcio para acumular en él una acción de modificación de medidas, ya sea en la demanda, ya por vía de reconvenición, por cuanto que ambas acciones tienen un mismo cauce procesal y son acumulables, pero su prosperabilidad aparece supeditada en todo caso a que se alegue y pruebe que, después de la sentencia de separación, se ha producido la indispensable alteración sustancial de las circunstancias a que se refiere el citado precepto del Código Civil».

No hemos encontrado ni tenemos noticia de que existan otras Audiencias con resoluciones en contra del principio de sustitución en supuestos análogos al caso que nos ocupa; es decir, ¿qué sucede con la pensión compensatoria y en general con cualesquiera otros pronunciamientos de derecho dispositivo fijados en una sentencia de separación, cuando en el divorcio no se produce debate procesal sobre dichos pronunciamientos?

Sin embargo, vamos a reseñar algunos pronunciamientos judiciales que podrían considerarse cercanos a la postura doctrinal contraria a la establecida por la Audiencia Provincial de Madrid en este asunto.

Es significativa la siguiente **Sentencia de la AP de Vizcaya**, por la que la pensión compensatoria a favor de la esposa establecida en anterior sentencia de separación se mantiene en un procedimiento de divorcio en el que la esposa estuvo en situación procesal de rebeldía y por lo tanto no pidió mediante reconvencción la continuación de la pensión compensatoria. Sin embargo, en el presente supuesto, el esposo en su demanda de divorcio solicitó que se suprimiera la pensión compensatoria y por lo tanto el juzgado acuerda denegar dicha supresión por no concurrir los requisitos modificativos o extintivos de la pensión compensatoria.

Cuestión distinta, creemos, hubiera sido si el esposo en su demanda se hubiera limitado a solicitar el divorcio y sus efectos inherentes y la esposa hubiera estado igualmente en rebeldía, en cuyo caso difícilmente la sentencia de divorcio hubiera podido pronunciarse sobre tal efecto de derecho dispositivo y por tanto, en virtud del principio de sustitución, la pensión compensatoria establecida en la sentencia de separación hubiera quedado sin efecto.

AP de Vizcaya, Sección 4.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2009:

«SEGUNDO.—Señalados los límites y contenido de ambos recursos, los mismos deben de ser desestimados.

En cuanto al interpuesto por D. Anselmo, se fundamenta la pretensión de supresión de la pensión compensatoria en el hecho de que dicha prestación no fue solicitada de forma expresa por D.ª Silvia en este juicio de divorcio, en el que ha permanecido en rebeldía lo que, en criterio del recurrente, debió de hacer en atención al principio dispositivo o de rogación que rige el procedimiento civil, para que la pensión compensatoria le fuera asignada.

No es admisible semejante argumento, en la medida que la ex esposa era beneficiaria de la pensión compensatoria por haberlo acordado así la sentencia firme de separación dictada en noviembre de 1993, por lo que nada tenía que volver a solicitar a ese respecto en el presente procedimiento de divorcio; cuya sentencia se pronuncia, en sentido desestimatorio, sobre la solicitud del ex esposo de que anule la pensión compensatoria acordada en aquella sentencia de separación, decisión que de suyo implica que la obligación de hacer frente a dicha prestación sigue vigente».

Seguidamente aportamos una **Sentencia del Tribunal Constitucional de 1984** de interesante lectura por cuanto entendemos que el Tribunal Constitucional, en aquella época y siendo tan reciente la reforma operada en materia de familia del año 1981, se **mostró a favor de considerar la pensión compensatoria como un pronunciamiento que se encontraba dentro de la esfera de *ius cogens*** o derecho imperativo y por tanto de que los tribunales podían pronunciarse de oficio sin necesidad de petición de parte y en todo caso sin necesidad de reconvencción expresa.

STC (Sala 2.ª), Sentencia núm. 120/1984, de 10 de diciembre:

«El demandante de amparo afirma que en el proceso matrimonial él sólo pidió el divorcio, mientras que la relativa a los efectos económicos fue una dimensión introducida *ex novo* por la allí demandada, lo que hubiera exigido un tratamiento como reconvencción,

que, al no habersele dado, vicia de incongruencia la sentencia. Tal razonamiento no se acomoda a la realidad ni en lo que contiene de afirmación fáctica, ni en cuanto a su contenido hermenéutico de las normas aplicables a los efectos del divorcio. En efecto: **es cierto que en la demanda se pidió el divorcio, pero en sus fundamentos de derecho se hace expresa mención de los artículos 91 a 94 del Código Civil, el primero de los cuales se remite genéricamente a “los artículos siguientes” para determinar las medidas reguladoras de los efectos de divorcio. De modo análogo, la parte demandada, además de pedir una indemnización de cuantía especificada, hacía expresa mención de las garantías recogidas en los artículos 97 y 98 del Código y se refería «especialmente a los artículos 97, 98 y 99 del CC, en cuanto a la indemnización que se debe dar al cónyuge de buena fe», que, según la demandada era ella misma.** La dimensión de los efectos económicos de la sentencia estimatoria del divorcio se encuentra, más o menos extensamente tratada, en los escritos de ambas partes, por lo que la afirmación del recurrente en amparo es, en este punto, inexacta. **Pero es que aunque la parte demandante en el proceso matrimonial no hubiera suscitado en modo alguno estos problemas, no por ello el Juez se hubiera visto obligado a silenciarlo en su sentencia o a considerar como una reconvencción la petición de contenido económico formulada por la parte demandada.**

No es ocioso traer a colación aquí alguna somera reflexión en orden al carácter de todo proceso matrimonial, en el que se dan elementos no dispositivos, sino de *ius cogens*, precisamente por derivar y ser un instrumento al servicio del derecho de familia. No se puede transitar por él y ampararse en sus peculiaridades para olvidarse de ellas a la hora de los efectos de la sentencia que ponga fin a la relación conyugal, apelando, entonces, a los principios dispositivo y rogatorio del proceso civil español.

No podemos menos de compartir, o por lo menos de considerar como jurídicamente fundadas, las razones contenidas en el considerando tercero de la sentencia de Primera Instancia, a propósito de la importancia de las consecuencias económicas “de toda acción de divorcio», y en los considerandos tercero, cuarto y quinto de la sentencia de apelación, ahora impugnada, donde en particular se afirma que **“la incongruencia no significa conformidad rígida y literal con los pedimentos expresados en los suplicos de los escritos”, y también que “tales derechos (los regulados en los artículos 97 y 98 del CC) son conjuntos y simultáneos a la declaración judicial de la disolución del vínculo”.** Con base en tales hechos y razones y teniendo en cuenta (como recuerda la sentencia aquí impugnada) **que en el convenio de 13 de abril de 1978 firmado por ambos cónyuges y en posteriores resoluciones judiciales siempre estuvieron presentes la cuantía, la periodicidad y la actualización de la pensión a pagar a la esposa, carece de todo fundamento la pretendida incongruencia de las sentencias ni la supuesta obligatoriedad de tratamiento como reconvencción de un *petitum*, que en modo alguno puede entenderse constitutivo de “una nueva demanda que formula el demandado en un proceso”** (STC 30/1984, de 6 de marzo, “Boletín Oficial del Estado” de 3 de abril), en el sentido expuesto por este Tribunal. La incongruencia, hemos dicho en varias ocasiones, siempre desde la perspectiva constitucional de una posible indefensión, “se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, y cuando la desviación en que consiste la incongruencia es de tal naturaleza que supone una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción y por ende del fundamental derecho de defensa” (STC 15/1984, de 6 de febrero, Fundamento Jurídico 4, y la sentencia allí citada 20/1982, de 5 de mayo, respectivamente, en “Boletín Oficial del Estado” de 18 de febrero de 1984 y “Boletín Oficial del Estado” de 18 de mayo de 1982). Nada autoriza a pensar que

ni en la sentencia de Primera Instancia ni en la de apelación se han dado la “desviación”, la “modificación”, ni por tanto, la “vulneración”, necesarias para otorgar el amparo pedido».

Igualmente aportamos una **Sentencia del Tribunal Constitucional que contempla un supuesto excepcional** en el que las partes acordaron en una escritura de capitulaciones matrimoniales que el marido debería abonar a la esposa una determinada cantidad mensual como contribución al sufragio del sostenimiento familiar. Simultáneamente se iniciaron dos procedimientos, **uno de divorcio**, en el que ambas partes solicitaron el establecimiento de una pensión compensatoria a favor de la esposa, pero en cuantías diferentes. En este procedimiento de divorcio, el juzgador se abstuvo de señalar pensión compensatoria por cuanto, como las partes habían establecido mediante una escritura de capitulaciones una compensación económica mensual a favor de la esposa, no consideró que se dieran los requisitos para el establecimiento de pensión compensatoria. **Al mismo tiempo, la esposa instó un procedimiento ordinario para la efectividad de la escritura de capitulaciones matrimoniales y en especial para que se declarara la obligación del esposo de abonar a la esposa la contribución económica establecida en dicha escritura.** La Sentencia dimanante de este pronunciamiento, dictada conociendo el fallo de la sentencia de divorcio, condenó al esposo a abonar a la esposa la cantidad mensual acordada en la escritura de capitulaciones. Instada la ejecución de la sentencia del declarativo ordinario, la Audiencia Provincial acordó admitir la oposición de la ejecución de dicha sentencia con el argumento de que la sentencia de divorcio al no haber establecido pensión compensatoria a favor de uno de los cónyuges había dejado sin efecto el pacto establecido en la escritura de capitulaciones matrimoniales de abono por el esposo de una contribución económica mensual a favor de la esposa. El Tribunal Constitucional admite el amparo por entender que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de obtener una ejecución de sentencia firme, y ello porque la sentencia de divorcio no puede por mor del principio de sustitución dejar sin efecto otra sentencia firme declarativa de una obligación pactada por los cónyuges en un contrato de capitulaciones matrimoniales. Pero esta Sentencia tiene una serie de especialidades que la alejan del caso que nos ocupa: Primero, entendemos que no es lo mismo propugnar y sostener que una sentencia de divorcio sustituye a la sentencia de separación por cuanto ambas se pronuncian sobre el estado civil de las personas, y sobre los efectos y medidas a adoptar en relación a los hijos habidos en el matrimonio, y tienen su normativa reguladora en el mismo capítulo de la norma sustantiva y comparten la misma normativa procedimental; a querer extender este principio de sustitución hasta el punto de que la sentencia de divorcio sustituya a cualquier otra sentencia que regule cuestiones patrimoniales o económicas entre los esposos, como pueden ser los pactos establecidos en capitulaciones matrimoniales o liquidación de gananciales. Segundo, porque en todo caso, la sentencia del declarativo ordinario fue dictada con posterioridad al dictado de la sentencia de divorcio y con el conocimiento por parte del Juez que la dictó de su contenido, por cuanto al haber devenido firmes ambas sentencias, el pacto establecido en las capitulaciones matrimoniales y reconocido en la sentencia declarativa tomó nueva virtualidad y autonomía. Tercero, porque en el procedimiento de divorcio ambas partes solicitaron el establecimiento de una pensión compensatoria a favor de la esposa, aunque en distinta cuantía, pero el juzgador no se pronunció precisamente porque ya existía un pacto anterior por el que el esposo debía abonar una cantidad mensual a la esposa, si bien su denominación no era como pensión compensatoria.

TC (Sala 2.^a), Sentencia núm. 223/2004, de 29 de noviembre:

«Por consiguiente se ha de partir de los pronunciamientos de la Sentencia y del Auto desestimatorio de la oposición a la ejecución despachada en 3 de julio de 2001, respectivamente de 6 de febrero de 1999 y 18 de septiembre de 2001, de los que trae causa el Auto aquí impugnado de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 27 de mayo de 2002, para determinar si éste cumple los cánones de enjuiciamiento acabados de exponer.

Al respecto la Sentencia de 6 de febrero de 1999 condenó a quien ya era ex esposo de la recurrente, como ya se ha dicho, a pagar a su ex mujer la ayuda mensual de 154.381 pesetas importe actualizado de la suma convenida en las capitulaciones matrimoniales. Por su parte el Auto del Juzgado de 18 de septiembre de 2001 desestimó la oposición formulada a la ejecución, conviene recordar que con fundamento en que la sentencia de divorcio había considerado que en un proceso de tal naturaleza no podían modificarse las capitulaciones ni el convenio en que se reconocía una obligación de entrega por el marido a la esposa de una cantidad mensual —por ser un procedimiento inadecuado para ello— y en que en ejecución de la sentencia que dispuso sobre el cumplimiento de lo acordado en un contrato de conformidad con las solicitudes formuladas por las partes, no cabía resolver sobre la extinción por ineficacia sobrevenida de ese mismo contrato, como parecía pretender el ejecutado.

En tales condiciones si la sentencia de divorcio, como antes se puso de relieve, se abstuvo de pronunciarse sobre las pretensiones económicas deducidas por las partes (señalamiento de pensión de 60.000 pesetas mensuales en la del esposo y de la misma cuantía y condiciones que las estipuladas en las capitulaciones matrimoniales en la de la esposa) por las razones antes apuntadas, y esa sentencia fue dejada firme por voluntad de ambos cónyuges —lo que equivale a ratificar esa posición cualquiera que fuera su corrección jurídica— es ilógico, como observa el Ministerio Fiscal, que cuando se planteó la ejecución de la sentencia que hizo efectivo el acuerdo comprendido en dichas capitulaciones, se declarase extinguida la obligación contraída en las mismas, precisamente por la interferencia de tal sentencia de divorcio, para dar lugar al insólito resultado a que se hace referencia en el último párrafo del fundamento jurídico segundo de la presente sentencia.

Téngase en cuenta que en el proceso de divorcio ambos cónyuges dedujeron pretensiones de señalamiento de pensión aunque en cuantía diferente y aunque la de la esposa se hiciera con carácter subsidiario de su pretensión principal de estimación de litispendencia. El Sr. P.L. era consciente de la procedencia de esa pensión aunque discutiera su cuantía, en último término porque, según el artículo 91 CC (y hoy el artículo 774.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en las sentencias de divorcio, en cuanto aquí interesa, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo —que fue lo en realidad ocurrido en el caso aquí contemplado, habida cuenta la diferente naturaleza del convenio a que se refieren esos preceptos y del pacto en las capitulaciones matrimoniales a que se refiere este recurso—, el Juez determinará “las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad (...) en relación a las cargas del matrimonio”. Si en la sentencia de divorcio el Juez no se pronunció sobre tales medidas, **y no puede aceptarse la contradicción que supondría entender que se había operado una sustitución de las cláusulas pactadas en el contrato conyugal por la ausencia de medidas en la referida sentencia, el acatamiento de las partes a este pronunciamiento —vuelve a insistirse, cualquiera que hubiera sido su corrección jurídica— otorgó nueva virtualidad y completa autonomía, en relación con el proceso matrimonial, al convenio comprendido en los capítulos matrimoniales.**

Al ser así resulta claro que el Auto aquí cuestionado, que en definitiva se basó en que la sentencia de divorcio habría interferido en el juicio de menor cuantía hasta el punto de

haber determinado, no sólo la disolución del matrimonio, sino la del régimen económico-matrimonial, la de las capitulaciones matrimoniales y acuerdos en ellas comprendidos, incluida la pensión reconocida por el marido a su esposa, y todo ello de acuerdo con la Sentencia dictada en el último de los procesos mencionados a partir de la firmeza de la recaída en el proceso matrimonial (F. 2, penúltimo párrafo, de la presente), se separó del canon de razonabilidad antes destacado al interpretar el alcance de la sentencia de divorcio en relación con la situación admitida por los dos ex esposos y, con ello, desconoció el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la recurrente (artículo 24.1 CE) en su vertiente del derecho a obtener la ejecución de la **Sentencia firme de 6 de febrero de 1999, que no se olvide fue dictada con conocimiento de la recaída en el proceso matrimonial y con manifiesta vocación de permanencia respecto de sus estrictos pronunciamientos».**

IV. CONCLUSIÓN

Consideramos que en este supuesto debemos manifestar las siguientes premisas:

1. Que la sentencia de divorcio sustituye íntegramente a la sentencia de separación y por lo tanto a los efectos y medidas establecidas en ella.
2. Que tras el dictado de una sentencia de divorcio y a partir de ella, la sentencia de separación anterior deja de tener fuerza ejecutiva.
3. Que, por tanto, si la sentencia de divorcio nada dice sobre la pensión compensatoria o medidas de derecho dispositivo dictadas en la anterior sentencia de separación, éstas quedan sin efecto en virtud del principio de sustitución.
4. Que en los supuestos en los que la sentencia de divorcio, en una no muy correcta praxis jurídica, no se pronuncie sobre las medidas de derecho necesario cabe la subsanación de la sentencia de oficio o a instancia de parte para completarla con los pronunciamientos de derecho necesario que todo pronunciamiento de divorcio debe contener. En todo caso, el principio de *favor filii* obliga a que el principio de sustitución se atenúe en beneficio del menor o incapaz, pero esta atenuación no alcanza en ningún caso a las medidas de derecho dispositivo como pensión compensatoria, atribución del uso del domicilio familiar en ausencia de hijos menores de edad o incluso pensión de alimentos a los hijos mayores de edad pero dependientes económicamente de los padres y convivientes con ellos, medidas que el juez no puede acordar de oficio.

Para una adecuada comprensión de estas cuestiones debemos analizar los siguientes preceptos:

Artículo 91 del Código Civil: «En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias».

Como se puede apreciar se establece que en las sentencias de nulidad, separación o divorcio el juez deberá adoptar las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad. Al emplear la expresión «determinará», el precepto lo configura como una obligación que no deja lugar a dudas; la sentencia de divorcio debe pronunciarse sobre una serie de medidas de derecho necesario que van a sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en la sentencia de separación. Cuestión distinta es que el Juez podrá acordar las mismas medidas adoptadas con anterioridad, pero, en todo caso, deberá pronunciarse sobre las medidas que han de sustituir a las ya acordadas.

Si este artículo lo ponemos en relación al artículo 774.4 de la LEC, la obligación de pronunciarse sobre los efectos relativos a los hijos menores o incapaces se hace más evidente.

Artículo 774.4 Ley Enjuiciamiento Civil: «En defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna».

Téngase en cuenta que incluso en los divorcios de mutuo acuerdo, el artículo 777.2 establece la obligación de que toda demanda de divorcio vaya acompañada del Convenio Regulador, con independencia de que haya o no sentencia de separación previa y por tanto ya existan medidas acordadas en anterior resolución y el artículo 90 del Código Civil establece la obligación de que el Convenio Regulador contemple las medidas relativas a hijos menores, etc.

Por tanto, las sentencias de divorcio deben necesariamente pronunciarse sobre los efectos de derecho necesario o *ius cogens* en relación a hijos menores de edad, y estos efectos sustituyen necesariamente a los establecidos anteriormente, incluso aunque la sentencia fuera recurrida, conforme a lo establecido en el artículo 774.5 LEC.

Lo anterior se establece igualmente para aquellas sentencias de modificación de medidas dictadas con posterioridad a la sentencia de separación pero anteriores a la sentencia de divorcio, ya que el artículo 774.4 LEC no hace distinción en si las medidas a sustituir adoptadas con anterioridad lo han sido en una sentencia de separación o de modificación. De lo expuesto se desprenden las siguientes conclusiones:

1. Que la sentencia de divorcio necesariamente debe establecer las medidas de derecho necesario o *ius cogens* en relación a los hijos menores, medidas que deben sustituir a las ya adoptadas. Así, entre otras muchas sentencias podemos alegar la dictada por la Sección 3.^a de la AP de Guipúzcoa en fecha 31 de enero de 2001, cuando dice:

«El Juez que conoce de un procedimiento de divorcio no está vinculado por las medidas adoptadas en la sentencia, ya que:

- El CC (artículo 91) le obliga expresamente a pronunciarse sobre todas las materias relacionadas en dicho artículo.
- El artículo 91 del CC se configura como una norma de carácter imperativo.

- El referido artículo impone al Juez las antedichas obligaciones respecto a las medidas “que hayan de sustituir a las ya adoptadas”, sin hacer distinción alguna respecto al momento de la adopción de las mismas, y
- Consecuentemente, el simple hecho de resolver una demanda de divorcio supone dejar sin efecto, por alteración sustancial de índole jurídica, el efecto de cosa juzgada atenuada de la sentencia de separación».

2. Que este principio de sustitución afecta necesariamente a las medidas de derecho dispositivo establecidas anteriormente, por lo que, en virtud del principio de rogación, si las partes no introducen en forma las peticiones concernientes a las medidas de derecho dispositivo que les afecten, la sentencia de divorcio no puede pronunciarse sobre éstas, por aplicación del principio de congruencia del artículo 218 LEC, lo que implicaría necesariamente que la medida de derecho dispositivo adoptada en el procedimiento anterior dejaría de tener fuerza ejecutiva en virtud del anterior principio de sustitución.

Por tanto, no podemos compartir el criterio establecido por la AP de Córdoba en su Auto de 27 de febrero de 2004, cuando establece que la sentencia de divorcio no puede desplegar sus efectos de forma aislada sino que forma un todo con la anterior sentencia de separación y el convenio regulador a ella unido, de tal forma que se encuentran comprendidos en el título judicial del divorcio aquellos pronunciamientos que obran en la sentencia de separación aunque no figuren expresamente en la de divorcio. Y decimos que no podemos compartir este criterio porque, en primer lugar, el principio de sustitución de los artículos 91 del Código Civil y 774.4 LEC establece que la sentencia de divorcio debe pronunciarse sobre los efectos relativos al *ius cogens* (es decir, un pronunciamiento expreso sobre todos y cada uno de los efectos de derecho necesario) y que estos efectos sustituyen a los adoptados con anterioridad. En segundo lugar, porque el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) no permite que se pueda pedir la ejecución de una medida que no está expresamente contemplada en la sentencia que se ejecuta, «las sentencias se ejecutarán en sus propios términos» y, por lo tanto, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 559.1.3 al no llevar aparejado el título que se ejecuta el pronunciamiento de condena que se pretende ejecutar. Y, en tercer lugar, porque la sentencia de divorcio conforma un nuevo estado civil que impide una continuidad con la separación conforme lo prevenido en el artículo 89 del Código Civil y es la sentencia de divorcio la que debe establecer los efectos que dicho nuevo estado civil han de provocar a las partes y a la prole común.

Tampoco podemos estar de acuerdo con la tesis mantenida por la AP de Granada en cuanto a dos de sus conclusiones:

- La primera, que la sentencia de divorcio no está obligada a pronunciarse sobre aquellos efectos o medidas que ya hayan sido establecidas en una anterior sentencia de separación. Reiteramos lo que ya hemos comentado sobre la obligación que imponen los artículos 91 del Código Civil y 774.4 LEC de que en las sentencias de divorcio el juez determine obligatoriamente todas las medidas de derecho necesario que han de suplir a las acordadas con anterioridad. No puede la sentencia de divorcio obviar un pronunciamiento expreso sobre cada una de las medidas de derecho necesario que debe adoptar. Cuestión distinta es que establezca las mismas

medidas acordadas en sentencia de separación acordando así su mantenimiento; pero, en todo caso, pronunciándose al respecto.

- La segunda, que a falta de pronunciamiento en la sentencia de divorcio de una medida adoptada en la sentencia de separación, esta medida seguirá desplegando sus efectos y a través del título que la adoptó —sentencia de separación— hasta en tanto no exista una resolución judicial que la extinga o modifique. Según esto, las sentencias de separación seguirán siendo títulos ejecutivos y entendemos que ello no es posible, puesto que la sentencia de separación sólo puede desplegar sus efectos hasta el momento del dictado de la sentencia de divorcio por aplicación del artículo 774.4 LEC, principio de sustitución, criterio que se ve reforzado por el artículo 774.5 LEC al establecer que los recursos que se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta propugnando así la pérdida de ejecutividad del título anterior. Queremos hacer una aclaración en este punto: las medidas adoptadas en sentencia de separación son de obligado cumplimiento hasta el momento en que pierden su eficacia por entrar en vigor la sentencia de divorcio que sustituye a la de separación; por tanto, se podrá solicitar, incluso después del dictado de la sentencia de divorcio, la ejecución de la sentencia de separación para el cumplimiento de las medidas en ella establecidas en el tiempo en que éstas mantuvieron su vigencia, es decir, hasta el momento en que se dicte la sentencia de divorcio.

Supuestos en los que la sentencia de divorcio se limita a declarar el divorcio y los efectos inherentes a tal declaración existiendo hijos menores de edad y medidas en relación a ellos fijadas en anterior sentencia de separación.

Como hemos analizado a lo largo de este estudio, entendemos que no debería darse que, existiendo hijos menores de edad o incapacitados, la sentencia de divorcio no se pronuncie sobre los efectos y medidas de derecho necesario que afecten a éstos, exista o no exista anterior sentencia de separación o resolución judicial que las hubiera fijado. Siempre el juez debe pronunciarse en la sentencia de divorcio en relación a las medidas que han de sustituir a las establecidas en procedimiento anterior en relación a hijos menores o incapaces.

Lo ideal sería que las sentencias de divorcio recogieran en su fallo todas y cada una de las medidas que la sentencia debe contener en relación a los hijos menores o incapaces —medidas de derecho necesario o *ius cogens* del artículo 91 CC— y aquellas otras que sean respuesta congruente a las peticiones formuladas oportunamente por las partes.

Como mínimo creemos que a falta de petición expresa de las partes y si el juez entendiera que han de mantenerse las medidas adoptadas en la sentencia de separación —medidas de derecho necesario puesto que sobre las de derecho dispositivo el juez no puede pronunciarse de oficio—, debe decretarlo así en su fallo con expresiones similares a «se mantienen vigentes las medidas acordadas en anterior sentencia de separación» o «se decreta el divorcio del matrimonio formado por (...) con los efectos y medidas acordados en sentencia de separación de fecha...».

¿Qué sucede si, debiendo contener la sentencia de divorcio pronunciamiento relativo a medidas de derecho necesario, nada dice su fallo al respecto? En este supuesto entende-

mos que lo más acertado sería que por la vía del artículo 267.3 y 4 de la LOPJ, el juez, de oficio o a instancia de parte, pueda subsanar la sentencia acordando las medidas de derecho necesario que se configuran como un elemento esencial de ella. Esta posibilidad podría ejercerse en cualquier momento.

Sin embargo, en la práctica, los juzgados y tribunales en estos supuestos han flexibilizado el principio de sustitución en aras del principio del interés del menor y han recurrido a fórmulas como admitir la ejecución de la sentencia de divorcio, ejecutando las medidas acordadas en la separación por entender que la sentencia de divorcio hizo suyas las medidas de derecho necesario establecidas en la de separación al no modificarlas ni suprimirlas; o bien admitir la ejecución de la sentencia de separación por entender que ésta mantiene su vigencia y fuerza ejecutiva en aquellas medidas de derecho necesario sobre las que la sentencia de divorcio no se haya pronunciado.

Entendemos que en cualquiera de las soluciones expuestas en el párrafo anterior se está forzando demasiado el principio de legalidad cuando existe la solución jurídicamente aceptable de subsanar mediante Auto la sentencia de divorcio, decretando las medidas y efectos de derecho necesario que por imperativo legal deben acompañar al pronunciamiento de divorcio y que fueron omitidas en la sentencia que se subsana.

Sobre la posibilidad de acceso a recurso de casación de la cuestión objeto de este estudio o bien recurso extraordinario por infracción procesal.

A los efectos de un posible recurso de casación o recurso extraordinario por infracción procesal debe tenerse en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo que a título de ejemplo aportamos.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), Auto de 16 de febrero de 2010:

«Ahora bien, citados en el escrito preparación, como preceptos legales infringidos, los artículos 216, 218, 406.3 y 770.2 de la LEC 2000, alegándose que el interés casacional reside en oponerse la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo, que establece que la pensión compensatoria en los procedimientos matrimoniales está sujeta al principio de rogación, sin que el juez pueda establecerla de oficio, así como al criterio de otras Audiencias Provinciales, que establecen que no basta para el establecimiento de la pensión compensatoria con ser pedida en la contestación, sino que además lo ha de ser por medio de reconvencción expresa, necesariamente ha de concluirse que los preceptos citados y las cuestiones suscitadas exceden del ámbito del recurso de casación y cuya denuncia ha de realizarse a través del recurso extraordinario por infracción procesal, cuando ella sea posible, ya que el objeto del proceso al que alude el artículo 477.1 LEC 2000 ha de entenderse referido a pretensiones materiales deducidas por las partes, relativas al “crédito civil o mercantil y a las situaciones personales o familiares”, como expresa el preámbulo, estando el recurso de casación limitado a la “revisión de infracciones de Derecho sustantivo”, señalándose explícitamente en el apartado XIV de la Exposición de Motivos que “las infracciones de leyes procesales” quedan fuera de la casación.

Además, se hace preciso señalar que la ley adjetiva es de naturaleza meramente instrumental, por ello se limita a establecer los cauces para la denuncia de la infracción de normas sustantivas, uno de ellos es precisamente el recurso de casación, cuyo ámbito, como antes se dijo, está circunscrito al control de la interpretación y aplicación del derecho material, y,

por ello, el “interés casacional” nunca puede basarse en jurisprudencia o normas relativas a “cuestiones procesales”, según se ha reiterado ya en numerosos Autos, razón por la que no cabe invocar la nueva LEC para fundar el interés casacional, ya que éste, en todo caso, debe venir referido a cuestiones sustantivas y no procesales, como son las aquí planteadas.

Consecuentemente, el recurso incurre en la causa de inadmisión de preparación defectuosa, por plantearse cuestiones que corresponden al ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal (artículo 483.2.1.º, inciso segundo, en relación con artículo 477.1 LEC 2000), y por falta de acreditación del interés casacional (artículo 483.2.1.º, inciso segundo, en relación con artículo 479.4 LEC 2000), pues éste no puede venir referido a cuestiones procesales».

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), Auto de 8 de septiembre de 2009:

«Pues bien, a la vista de lo expuesto, el RECURSO DE CASACIÓN incurre en la causa de inadmisión prevista en el artículo 483.2.1.º, en relación con el artículo 477.1 LEC 2000, al plantearse a través del recurso de casación cuestiones que exceden de su ámbito, pues resulta que cuestión referente a la admisibilidad de la reconvencción tácita o implícita tienen naturaleza adjetiva, siendo el cauce adecuado para su denuncia el recurso extraordinario por infracción procesal. A este respecto es preciso significar que el recurso de casación está limitado a una estricta función revisora de la aplicación de las normas sustantivas al **objeto del proceso** a que alude el artículo 477.1 LEC 2000, y que debe entenderse referido a las pretensiones materiales deducidas por las partes, relativas “al crédito civil o mercantil y a las situaciones personales o familiares”, tal y como ya se indicado, correspondiéndole al recurso extraordinario por infracción procesal controlar las “cuestiones procesales”, cuestiones procesales que han de ser entendidas en un sentido amplio, que no se limita a las que enumera el artículo 416 LEC 2000 bajo dicha denominación, sino que abarca también la infracción de normas relativas a reconvencción, dejando el recurso de casación limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados. Estos criterios se han recogido ya en numerosos Autos de esta Sala de fechas 27 de marzo de 2007, recurso 1431/2004, 3 de mayo de 2007, recurso 2037/2004 y 10 de julio de 2007, recurso 2264/2005, entre otros y en aplicación de tales criterios el recurso de casación, en cuanto a las infracciones ahora examinadas, es improcedente, no pudiéndose utilizar el recurso de casación para suscitar cuestiones ajenas a su ámbito.

Además, se hace preciso señalar que la ley adjetiva es de naturaleza meramente instrumental, por ello se limita a establecer los cauces para la denuncia de la infracción de normas sustantivas, uno de ellos es precisamente el recurso de casación, cuyo ámbito, como antes se dijo, está circunscrito al control de la interpretación y aplicación del derecho material, y, por ello, el **“interés casacional” nunca puede basarse en jurisprudencia o normas relativas a “cuestiones procesales”**, como con reiteración se ha indicado por esta Sala, razón por la que no cabe invocar la nueva LEC para fundar el interés casacional, ya que éste, en todo caso, debe venir referido a cuestiones sustantivas y no procesales, como son las planteadas en el presente caso».

PENSIÓN DE VIUDEDAD, PENSIÓN COMPENSATORIA Y PRINCIPIO DE IGUALDAD

MAGDALENA UREÑA MARTÍNEZ

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN

La promulgación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, MMSS —que modifica el artículo 174.2.º de la LGSS, exigiendo una pensión compensatoria previa al acceso a la pensión de viudedad— ha supuesto un cambio trascendental; pasándose de un modelo general de protección, aplicable a cualquier persona, a un doble sistema en función del estado civil del beneficiario. Aunque la finalidad del cambio normativo resulta encomiable —recuperación del carácter de renta de sustitución y aplicación exclusiva a situaciones en las que exista una dependencia económica del sobreviviente respecto del causante—, no resulta razonable el doble sistema diseñado, ya que la dependencia económica —verdadero criterio que debiera tenerse en cuenta en todos los supuestos— se convierte en un concepto multiforme, aplicable de forma distinta según la relación jurídica —matrimonial o no— existente entre el perceptor de la pensión de viudedad y el fallecido; lo que podría, incluso, suponer una vulneración del principio de igualdad del artículo 14 CE.

Palabras Clave: Pensión de viudedad. Pensión compensatoria. Renta de sustitución. Dependencia económica. Principio de igualdad.

ABSTRACT

The promulgation of the Law 40/2007, of December 4th, of MMSS —that modifies the art. 174.2.º LGSS, demanding a previous compensatory pension to access a widow’s pension— has implied a transcendental change; changing from a general model of protection, applicable to any person, to a double system depending on the beneficiary’s civil status. Although the purpose of the normative change is commendable —it means the recovery of the nature of the substitution income and its exclusive application in situations where there is a survivor’s economic dependence regarding the deceased—, the double designed system is not reasonable, since the economic dependence —real approach that should be taken into account in all the cases— becomes a diverse concept, applicable in a different way depending on the legal relation —marital or not— between the recipient of the widow’s pension and the deceased; and this would even imply the infringement of the principle of equality of the art. 14 CE.

Key Words: Widow’s pension. Compensatory pension. Substitution income. Economic dependence. Principle of equality.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD: LA REMISIÓN LEGAL A LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA (ARTÍCULO 101 CC).
 1. **La convivencia *more uxorio*.**
 2. **El cese del desequilibrio económico.**
- III. LA PENSIÓN COMPENSATORIA PREVIA COMO PRESUPUESTO NECESARIO DE ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD.

1. ¿La pensión compensatoria como parámetro de la dependencia económica?
2. El carácter dispositivo de la pensión compensatoria.

IV. EL CAMBIO DE CRITERIO NORMATIVO: POSIBLES QUIEBRAS AL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del trabajo es analizar la relación existente entre dos instituciones jurídicas, una de Derecho Laboral —la pensión de viudedad— y otra de Derecho Civil —la pensión compensatoria—, ya que de esa interconexión pueden derivarse quiebras en el principio de igualdad ante la ley *ex* artículo 14 de la Constitución Española (en adelante, CE).

El legislador laboral conecta la pensión de viudedad con la pensión compensatoria desde el momento en el que se reconoce el divorcio en nuestro país. La regla 5.^a de la disposición adicional 10.^a de la Ley 30/1981 remite al artículo 101 del Código Civil (en adelante, CC), de modo que los tres supuestos contemplados de extinción de la pensión compensatoria —cese de la causa que motivó el desequilibrio económico, contraer el acreedor nuevo matrimonio o vivir maritalmente con otra persona—, se convierten también en causas de extinción de la pensión de viudedad de separados y divorciados.

De la remisión efectuada a las causas de extinción de la pensión compensatoria se extrae la conclusión de que el legislador estableció una regulación diferente respecto de las causas extintivas de la pensión de viudedad, según que el beneficiario fuera el cónyuge actual del causante —al que se le aplica la Orden de 1967, de 13 de febrero (artículo 11)— o se tratase de un cónyuge separado y divorciado. Esa doble regulación legal, que se ha mantenido incluso con la publicación de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS), de 20 de junio de 1994, suscitaba importantes dudas interpretativas respecto de la causa «vivir maritalmente con otra persona» en relación con el principio de igualdad.

Con la promulgación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social (en adelante, MMSS) —que modifica el apartado 2.º del artículo 174 LGSS— el legislador ha vuelto a mirar nuevamente a la pensión compensatoria, con la finalidad de regular el acceso a la pensión de viudedad. De este modo, con carácter general exige la prueba de la existencia de una pensión compensatoria para conseguir una pensión de viudedad, salvo en los supuestos excepcionales recogidos en la Ley 29/2009, de Presupuestos Generales del Estado (en adelante, PGE) para el año 2010.

La reforma ha supuesto un cambio transcendental en el régimen jurídico que regula el acceso a la pensión de viudedad en las crisis matrimoniales, ya que se ha pasado de un modelo general y único de protección, aplicable a cualquier persona que tiene o tuvo en el pasado una relación matrimonial, a un doble sistema en función de si el beneficiario de la pensión de viudedad estuviera casado o separado/divorciado. Si los cónyuges estaban casados al momento del fallecimiento, el cónyuge superviviente tiene derecho a la pensión de viudedad sin alegar ni probar nada; por el contrario, si se trata de un cónyuge superviviente separado/divorciado tendrá que probar la existencia de una pensión compensatoria.

De nuevo el legislador ha establecido un doble sistema —de acceso en este caso— a la pensión de viudedad en función del estado civil del beneficiario. La pregunta que surge es si el hecho de que el reformado párrafo 2.º del artículo 174 LGSS mantenga una duplicidad de regímenes jurídicos, en cuanto al acceso a la pensión de viudedad, podría hacer de peor condición al cónyuge separado/divorciado respecto del que no lo está e incluso podría suponer una vulneración al principio de igualdad ante la ley; cuestiones que se analizarán en las páginas siguientes.

II. EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD: LA REMISIÓN LEGAL A LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA (ARTÍCULO 101 CC)

El artículo 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967, por el que se establecen las normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social, reguló con carácter general las causas de extinción de la pensión de viudedad. Sin embargo, la regla 5.ª de la disposición adicional 10.ª de la Ley 30/1981, cuya finalidad era la adaptación de las pensiones y de las prestaciones de la Seguridad Social a la nueva realidad social —divorcio—, no remite a dicho precepto sino al artículo 101 CC —relativo a los supuestos de extinción de la pensión compensatoria, nacida tras la separación o el divorcio de los cónyuges—. Dicho precepto señala que «El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona».

La remisión efectuada al CC —artículo 101— y no a la Orden de 1967 se justifica en la consideración de que el legislador quiso establecer una regulación diferente respecto de las causas extintivas de la pensión de viudedad, según que el beneficiario fuera el cónyuge actual del causante o se tratara de un cónyuge separado y/o divorciado. Esta diferencia legal se sigue manteniendo cuando se publica la LGSS, de 20 de junio de 1994, ya que el párrafo 3.º del artículo 174 sólo alude a las causas de extinción de la pensión de viudedad de separados y divorciados, reproduciendo íntegramente el contenido de la regla 5.ª de la disposición adicional 10.ª de la Ley 30/1981.

La existencia de dos concretas causas de extinción de la pensión de viudedad —la convivencia *more uxorio* y el cese del desequilibrio económico—, aplicables únicamente a las crisis matrimoniales, suscitó el interrogante de una posible vulneración del principio de igualdad respecto de las personas que se encontraban casadas en el momento del fallecimiento del causante.

1. La convivencia *more uxorio*

La posición mayoritaria de los órganos judiciales defendía que «vivir maritalmente con otra persona» sólo resultaba aplicable a las pensiones de viudedad de separados/divorciados, de modo que, si estas personas —beneficiarias de la pensión— mantenían una convivencia *more uxorio*, podían perder su pensión de viudedad; pérdida que no se generaba, si el viudo, que no se encontraba separado ni divorciado a la muerte de su cónyuge,

vivía de hecho con otra persona⁽¹⁾. Ésta fue la solución adoptada por el TC en la Sentencia 126/1994, de 25 de abril⁽²⁾.

Años más tarde el TC en la Sentencia 125/2003, de 19 de junio⁽³⁾, ha declarado inconstitucional⁽⁴⁾ la referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 CC de «vivir maritalmente con otra persona», resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad planteada⁽⁵⁾. Los hechos que dan lugar al pronunciamiento del TC son los siguientes: con fecha 5 de mayo de 1995 se interpuso una demanda en el Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Bilbao, formulada por doña María Jesús —segunda esposa— contra doña Esther —primera esposa— y el INSS en solicitud de modificación de la prorrata sobre la pensión de viudedad que venía percibiendo de su fallecido esposo don José Manuel junto con la primera esposa de éste, por estimar que la demandada venía conviviendo maritalmente con don Ángel. A tal fin alegó como fundamentos legales sustantivos de su pretensión la aplicación de la regla 5.ª de la disposición adicional 10.ª, en relación con los artículos 101 CC y 160 LGSS de 30 de mayo de 1974. La cuestión no era baladí, ya que la señora M.ª Jesús, que percibía un 5% de la pensión de viudedad, pasaría a percibir el 100% de la pensión, si acreditaba la extinción de la pensión de viudedad de la primera esposa por vivir maritalmente con otra persona. El Juzgado de lo Social desestimó en su integridad la demanda en la Sentencia de 14 de noviembre de 1995, con el argumento de que la regla 5.ª de la disposición adicional 10.ª no era aplicable al supuesto de autos.

Contra la referida sentencia se formalizó recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictándose el Auto de 14 de noviembre de 1997, donde se acuerda elevar una cuestión de inconstitucionalidad, por las dudas que la aplicación de la regla 5.ª planteaba en relación con el principio de igualdad del artículo 14 CE, en el sentido de que resultaba innegable una diferencia de trato en relación con la pensión de viudedad del cónyuge actual y de los cónyuges separados y divorciados. De este modo, en el caso de que el/la viudo/a percibiera una pensión de viudedad por la muerte de su cónyuge, ésta seguiría devengándose a pesar de la convivencia *more uxorio* con otra persona; por el contrario, los cónyuges cuyo matrimonio fue anulado, o se encontraran divorciados o legalmente separados, perderían la pensión de viudedad en el caso de que mantuvieran una convivencia de hecho con otra persona.

(1) *Vid.* las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía (Granada) de 8 de octubre de 1990 (R 5723), Cataluña de 2 de diciembre de 1993 (R 5268), Comunidad Valenciana de 4 de octubre de 1994 (R 4028), Cataluña de 5 de octubre de 1994 (R 3840), entre otras, que consideran que el artículo 101 CC no debe interpretarse extensivamente.

(2) *RTC* 1994, 126.

(3) *RTC* 2003, 125.

(4) Esta disposición legal había quedado derogada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que, en su disposición derogatoria única, establece que, a partir de su entrada en vigor, perderá su vigencia: «la regla 5.ª de la disposición adicional 10.ª de la Ley 30/1982, de 7 de julio (*RCL* 1981, 1700)».

(5) A tal efecto, conviene recordar que, a diferencia de lo que por regla general acontece en el recurso de inconstitucionalidad, en la cuestión de inconstitucionalidad la derogación de la norma legal objeto del proceso no impide el juicio de constitucionalidad sobre ella, toda vez que la posible aplicación de la norma derogada en el proceso *a quo* puede hacer necesario el pronunciamiento de este Tribunal [STC 28/1997, de 13 de febrero (*RTC* 1997, 28), F. 2]. Debe concluirse la plena vigencia de la cuestión de inconstitucionalidad planteada, sin que ésta se haya visto afectada en su objeto por la derogación de la norma 5.ª de la Ley 30/1981 que efectúa la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

En suma, la STC citada de 19 de junio de 2003 declara la inconstitucionalidad de la causa de extinción «vivir maritalmente con otra persona». El TC parte de la base de que la regla 5.^a de la disposición adicional 10.^a se aplica sólo a los cónyuges separados/divorciados que tras la muerte del causante convivan de hecho con otra persona; *a sensu contrario*, dicha regla no resultaría aplicable a los viudos convivientes de hecho tras la muerte del causante, aplicándose el artículo 11 de la Orden de 1967 y el artículo 160 LGSS. Por este motivo, el TC entiende que la distinta legislación aplicable conduce a que una misma situación de hecho —la convivencia *more uxorio* del titular de la pensión de viudedad—, en la que pueden encontrarse los diferentes beneficiarios opera como causa extintiva de la pensión en unos casos —en los del cónyuge separado y en los de cónyuges divorciados— y no en otros —en los de viudos con matrimonio actual a la muerte del causante—.

Por su parte, el párrafo 3.º del artículo 174 LGSS —que reproducía íntegramente la regla 5.^a— ha sido derogado por la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Fiscal (en adelante, LMFAOS) de 2001, de 27 de diciembre, en lo relativo a dicha causa extintiva y últimamente ha sido declarado inconstitucional por la STC 22/2010, de 27 de abril⁽⁶⁾, con los mismos argumentos esgrimidos por su antecesora —STC de 19 de junio de 2003— sobre la existencia de dos sistemas de extinción diferentes, ajenos a la propia esencia de la pensión de viudedad, que carece de la objetividad, suficiencia y razonabilidad requeridas, y que supone una auténtica vulneración del artículo 14 CE⁽⁷⁾.

En la actualidad el panorama legislativo ha cambiado radicalmente ya que tras la reforma del artículo 174 LGSS, operada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, el párrafo 4.º establece que el derecho a la pensión de viudedad se extinguirá cuando el beneficiario de la pensión de viudedad contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho, sin perjuicio de las excepciones establecidas en la ley. Así entendido, a partir del 1 de enero de 2008 cualquier viudo —estuviera o no separado/divorciado o con matrimonio nulo—, que contraiga nuevo matrimonio o viva *more uxorio* con otra persona, perderá la pensión de viudedad, con la salvedad de las excepciones establecidas por la Ley⁽⁸⁾.

2. El cese del desequilibrio económico

Mayores dudas interpretativas planteaba la causa de extinción de la pensión de viudedad por «cese de la causa que la originó», tras la remisión efectuada al artículo 101 CC —causas de extinción de la pensión compensatoria— por la regla 5.^a de la disposición adicional 10.^a de

(6) RTC 2010, 22. Esta sentencia —como su antecesora de 19 de junio de 2003— resolvía una cuestión de inconstitucionalidad, en este caso promovida por la Sala de lo Social del TS, junto con el testimonio del recurso de casación para la unificación de doctrina 4841/2003 (RJ 2006, 9634), tramitado ante dicha Sala, y aunque dicha causa estaba derogada por la LMFAOS de 2001, el Alto Tribunal señala que «en este proceso la derogación de la norma legal objeto del mismo no impide el juicio de constitucionalidad sobre la misma, toda vez que la posible aplicación de la norma derogada en el proceso *a quo* pueda hacer necesario el pronunciamiento de este Tribunal».

(7) La Sentencia de 27 de abril de 2010 en su FJ 4 reproduce íntegramente los argumentos esgrimidos en el FJ 6 de la STC de 19 de junio de 2003.

(8) También el artículo 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967 ha sido modificado recientemente por el Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo, introduciendo como causa extintiva de la pensión de viudedad: «Constituir una pareja de hecho», aunque establece una serie de supuestos —al igual que ocurre con la causa de extinción «contraer nuevo matrimonio»—, donde resulta compatible la convivencia de hecho y el abono de la pensión de viudedad.

la Ley 31/1981, en relación con el principio de igualdad; sin embargo, no se plantearon problemas jurídicos, como podrá comprobarse, al quedar inaplicada dicha causa en la práctica.

Para el Derecho Civil si un cónyuge separado/divorciado, titular de una pensión compensatoria, mejora su fortuna, corrigiendo el desequilibrio que originó su devengo, se extinguirá la pensión compensatoria. Dicha interpretación tiene sentido porque el legislador exige la prueba del desequilibrio económico como presupuesto necesario de acceso a ella; de modo que si el desequilibrio desaparece, no tiene sentido alguno seguir abonando la pensión compensatoria.

Desde el ámbito del Derecho Laboral resulta más complicada la traslación de esta causa civil extintiva —cese de la causa que originó el desequilibrio económico— al ámbito de la pensión de viudedad, precisamente porque el desequilibrio/dependencia económica no es un requisito de acceso a la pensión de viudedad; basta simplemente con la prueba del matrimonio actual o pasado. Pero, además, porque el cambio de las circunstancias económicas —*v. gr.*, un aumento de la fortuna del beneficiario de la pensión de viudedad— no va a afectar en la práctica al posterior desenvolvimiento de dicha prestación, puesto que una vez nacida es compatible con la percepción de cualquier tipo de ingresos —salario, prestaciones, etc.—.

Ahora bien, si la finalidad de la pensión de viudedad consiste en paliar una situación de necesidad/desequilibrio económico, sobrevenida ante la desaparición de un trabajador o pensionista, para quien es su cónyuge supérstite o fue con anterioridad su esposo/a, podría resultar razonable entender, como hace el legislador en la disposición adicional 10.^a, regla 5.^a, de la Ley 31/1981 o en el artículo 174.3 LGSS antes de la reforma de 2007 —que reproduce íntegramente la regla 5.^a—, que la percepción de aquella prestación —pensión de viudedad— deba mantenerse, en tanto subsista el desequilibrio/dependencia económica. Esto supondría que sólo podría acordarse la extinción de la pensión de viudedad, cuando se acredite que tras su concesión ha sobrevenido una circunstancia que evidencie la desaparición de esa situación de desequilibrio económico.

Si éste fuera el razonamiento que podría justificar el contenido de la regla 5.^a de la disposición adicional 10.^a y del artículo 174.3 LGSS antes de la reforma, ¿por qué motivo ese mismo tratamiento legal no se dispensa al viudo/a que obtuvo su pensión tras la muerte de su cónyuge, sin estar separado ni divorciado de él?

Éste es, sin duda alguna, el aspecto más criticable, ya que el legislador consideró al cese del desequilibrio económico como una causa de extinción para las pensiones de viudedad de separados y divorciados y no como una causa general de extinción de cualquier pensión de viudedad, al no estar recogida en el elenco de causas del artículo 11 de la Orden de 13 de febrero 1967. En otros términos, la pensión de viudedad, correspondiente a un viudo separado/divorciado, podría extinguirse si se probaba el cese de su situación de desequilibrio/dependencia económica; pero, no ocurriría lo mismo respecto de aquellos viudos que mantuvieron su matrimonio hasta el fallecimiento del causante, aunque aumentaran su fortuna considerablemente.

Pese a que el distinto tratamiento legal, dispensado a los viudos separados/divorciados respecto de los que estuvieron casados hasta el fallecimiento del causante, podría considerarse contrario a derecho por infringir el principio de igualdad del artículo 14 CE, sin embargo, no lo ha sido, al no haber sido aplicada dicha causa extintiva en la práctica. En

este sentido resulta conveniente analizar algunos de los escasos pronunciamientos judiciales que se han referido al cese del desequilibrio económico como causa extintiva de una pensión de viudedad de separados y divorciados. En concreto, la STSJ de Asturias de 17 de noviembre de 1995⁽⁹⁾ alude a dicha causa, estando en vigor la regla 5.^a de la disposición adicional 10.^a de la Ley 31/1981, y las Sentencias del TSJ del País Vasco de 9 de diciembre de 1998⁽¹⁰⁾ y de Extremadura de 15 de septiembre de 2000⁽¹¹⁾ lo han hecho en relación con el artículo 174.3 LGSS anterior a la reforma de 2007.

Los hechos son prácticamente similares: una persona contrae matrimonio dos veces y, tras su fallecimiento, la primera y segunda esposa solicitan el abono de la pensión de viudedad, concediéndose prorrateada a ambas. La segunda esposa interpone una demanda, reclamando el abono íntegro de la pensión de viudedad, con el argumento de que la inexistencia de pensión compensatoria —porque no se había concedido en el procedimiento judicial de separación o divorcio o porque se había extinguido en un proceso judicial posterior de modificación de medidas— antes del fallecimiento del causante conlleva necesariamente a la extinción de la pensión de viudedad por cese del desequilibrio económico.

- Conviene transcribir los hechos, que dan lugar a la Sentencia citada del TSJ de Asturias de 17 de noviembre de 1995, para un entendimiento más adecuado del problema: el fallecido estuvo casado dos veces, el primer matrimonio lo contrajo en 1970, separándose de mutuo acuerdo en 1982 con pensión compensatoria a favor de la esposa y divorciándose en 1983; y el segundo lo contrae en 1986. Un dato importante es que la pensión compensatoria se extingue judicialmente por Sentencia de la AP de Oviedo (Sección 1.^a) de 5 octubre 1993, al quedar acreditada la convivencia marital de la primera esposa con otra persona desde hacía diez años. El causante fallece el 1 de junio de 1994. Tras su muerte la primera esposa solicita una pensión de viudedad al INSS, que se la reconoce en Resolución de 5 de agosto de 1994, prorrateada en base al tiempo de convivencia. Por su parte, la segunda y actual esposa interpone una demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Oviedo, con la finalidad de que se declare su derecho a percibir íntegramente la citada pensión de viudedad, excluyendo a la primera esposa del causante; pretensión que fue estimada por la Sentencia de 17 de marzo de 1995. A su vez, la primera esposa interpone recurso de suplicación por vulneración del artículo 160 LGSS de 1974, la disposición adicional 10.^a, reglas 3.^a y 5.^a, de la Ley 30/1981 y la doctrina del TC contenida en la Sentencia de 25 de abril de 1994; recurso que fue estimado, revocándose la sentencia del Juzgado de lo Social y declarando conforme a Derecho la resolución de la Dirección Provincial del INSS —prorrateo de la pensión en base al tiempo de convivencia—.

El TSJ de Asturias en la Sentencia citada de 17 de noviembre de 1995 entendió que el hecho de que la recurrente fuera privada de la pensión compensatoria por desequilibrio económico en aplicación del artículo 101 CC, en virtud de la Sentencia dictada por la AP de Oviedo de 5 de octubre de 1993, «no puede suponer una

(9) *RJ* 1995, 275.

(10) *AS* 1998, 7497.

(11) *AS* 200, 4238.

condena que impida el nacimiento de una prestación futura de la Seguridad Social que solamente puede quedar condicionada a la acreditación de los requisitos necesarios constitutivos, o extintivos, en su caso, en el momento del hecho causante». Con este planteamiento el TSJ considera que la pensión de viudedad nació a favor de la esposa separada ya que se daban los presupuestos exigidos por la Ley, como eran el fallecimiento del causante —producido el 1 de junio de 1994— y que la beneficiaria había sido esposa del causante; por lo que dándose ambos presupuestos en el momento de la solicitud de la pensión de viudedad, poco aportaba el dato de que en el pasado la esposa beneficiaria hubiese perdido la pensión compensatoria por convivencia de hecho con otra persona.

- Los hechos de los que trae causa la Sentencia del TSJ del País Vasco de 9 de diciembre de 1998 son los siguientes: el causante había contraído un primer matrimonio el 10 de agosto de 1978, separándose de mutuo acuerdo el 1 de diciembre de 1995 y con fecha de divorcio de 23 de mayo de 1996; pactándose en el convenio regulador la renuncia a la pensión compensatoria. Contrae nuevas nupcias el 26 de octubre de 1996, falleciendo el día 6 de diciembre de 1997. El cónyuge casado en segundas nupcias solicita al INSS una pensión de viudedad que le es reconocida, prorrateada con la primera esposa, según el período de convivencia matrimonial. Dicho cónyuge interpone una demanda en la que solicita el cobro íntegro de la pensión de viudedad; pretensión que fue desestimada por la Sentencia de 9 de junio de 1998 del Juzgado de lo Social de San Sebastián. Frente a dicha resolución interpone el recurso de suplicación ante el TSJ del País Vasco, aduciendo dos motivos: por un lado, la infracción por indebida aplicación de los artículos 3 LGSS, en su relación con el 6.2 CC, y 174.3 LGSS.

La recurrente alegaba que la renuncia expresa a la pensión compensatoria en el convenio regulador tras la separación judicial por parte de la primera esposa conllevaba necesariamente la renuncia a la pensión de viudedad, ya que si no existía un desequilibrio económico mientras vivía el ex marido, tras su muerte tampoco debería nacer la pensión de viudedad —que nace precisamente para paliar esa situación de desequilibrio económico, que podría generarse tras el fallecimiento—⁽¹²⁾. El TSJ del País Vasco entiende que no existe un paralelismo entre ambas renunciaciones, al tratarse de dos derechos distintos con normativas jurídicas diferentes: a la pensión compensatoria se le aplica el Derecho civil que permite su renuncia, mientras que a la pensión de viudedad, al tratarse de una prestación de carácter público, regulada en su mayor parte por normas imperativas, su renuncia contraría el orden público. Además, considera que el artículo 101 CC exige expresamente el cese del desequilibrio económico; aspecto que no se apreciaba en el caso de autos, ya que ni siquiera se había reconocido una pensión compensatoria, al haberse renunciado a ella en el convenio regulador.

- En la Sentencia del TSJ de Extremadura de 15 de septiembre de 2000 se discutía si el hecho de que no se hubiera reconocido a la primera esposa una pensión compensatoria en la sentencia de separación conllevaba necesariamente la pérdida de

(12) La Sentencia del TSJ de Madrid de 18 de enero de 1996 (AS 1996, 750) se expresa en similares términos.

su pensión de viudedad, al haber cesado el desequilibrio/dependencia económica entre el acreedor y deudor de la prestación. Nuevamente una persona contrae matrimonio dos veces y, tras su fallecimiento, la primera y segunda esposas solicitan el abono de la pensión de viudedad. La segunda esposa interpone una demanda, reclamando el abono íntegro de la pensión de viudedad —prorrataada con la primera— que es desestimada en la Sentencia de 13 de junio de 2000 por el Juzgado de lo Social de Cáceres; contra dicha sentencia interpone recurso de suplicación, que también se desestima.

La recurrente, en una posición similar a la del supuesto anterior, entiende que una interpretación razonable del artículo 174.2.º y 3.º LGSS, en relación con el artículo 101 CC, supondría necesariamente hacer depender el nacimiento de la pensión de viudedad a la existencia previa de una pensión compensatoria; de modo que si la compensatoria no se había reconocido —como ocurría en el caso en cuestión—, porque no existía desequilibrio económico entre ellos, no debía nacer la pensión de viudedad a la muerte del causante. Por su parte, el TSJ de Extremadura considera que no cabe condicionar el nacimiento de una pensión de viudedad a la existencia previa de una pensión compensatoria. En su opinión, la compensatoria surge por el desequilibrio económico existente entre los cónyuges en el momento de la separación o divorcio, sin embargo, la pensión de viudedad exige únicamente como presupuesto de acceso la prueba de la relación matrimonial actual o pasada y no el desequilibrio económico.

En definitiva, el alcance del binomio pensión compensatoria-pensión de viudedad ha sido un aspecto, sin duda alguna, discutido por parte de nuestros tribunales de justicia, cuando la segunda esposa del causante pretendía la percepción íntegra de la pensión de viudedad. El argumento alegado, como ha podido comprobarse, se sustentaba en la circunstancia de que el hecho de no tener reconocida o encontrarse extinguida la pensión compensatoria suponía que la primera esposa no se encontraba en una situación de desequilibrio económico, por lo que el cese de desequilibrio económico conllevaba la extinción de la pensión de viudedad, en virtud de la remisión operada por la regla 5.ª de la disposición adicional 10.ª de la Ley 30/1981 y el artículo 174.3 LGSS al artículo 101 CC. Sin embargo, los tribunales, con buen criterio, han venido entendiendo que la inexistencia o extinción de la pensión compensatoria no podía conllevar a su vez la extinción de la pensión de viudedad, al tratarse de dos instituciones jurídicas distintas.

En la actualidad el panorama legislativo ha cambiado tras la reforma del artículo 174 LGSS por la Ley 40/2007. El legislador en el párrafo 4.º de dicho precepto, dedicado a las causas de extinción de la pensión de viudedad, ha considerado que contraer nuevo matrimonio o constituir una pareja de hecho son las únicas causas de extinción de la pensión de viudedad —por lo que ha desaparecido cualquier referencia al cese del desequilibrio económico como causa extintiva— y, además, dichas causas de extinción son aplicables a cualquier viudo/a, sin realizar ninguna distinción al respecto, respetándose el principio de igualdad.

Sin embargo, lejos de zanjar la polémica suscitada entre ambas pensiones y el principio de igualdad, nuevamente vuelve a plantearlo, al haber exigido el legislador la pensión

compensatoria como presupuesto previo de acceso a la pensión de viudedad; estableciendo nuevamente dos regímenes jurídicos diferentes —en este caso de acceso a la pensión de viudedad— en función del estado civil del beneficiario.

III. LA PENSIÓN COMPENSATORIA PREVIA COMO PRESUPUESTO NECESARIO DE ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD

La promulgación de la Ley 40/2007, que modifica el apartado 2.º del artículo 174 LGSS, ha supuesto un cambio transcendental en la fundamentación jurídica de la pensión de viudedad en las crisis matrimoniales, pasándose de un modelo general y único de protección, aplicable a cualquier persona que tiene o tuvo en el pasado una relación matrimonial, a un sistema que está en función de si el beneficiario de la pensión de viudedad se encuentra casado o separado/divorciado en el momento del fallecimiento del causante.

La filosofía del cambio parece encontrarse en el Acuerdo Marco sobre Medidas en Materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006 por el Gobierno y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en el marco de la Declaración para el Diálogo Social de 8 de julio de 2004, que estableció una serie de compromisos en el ámbito de la Seguridad Social, que afectaban a las prestaciones de incapacidad temporal, incapacidad permanente, jubilación y supervivencia. En su apartado III.3 establecía que «La pensión de viudedad debe recuperar su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supérstites: matrimonio; parejas de hecho, siempre que tuviese hijos en común con derecho a pensión de orfandad y/o existiese dependencia económica del sobreviviente respecto del causante de la pensión; o personas divorciadas perceptores de las pensiones previstas en el Código Civil».

Aunque la finalidad del cambio normativo iniciado por el citado Acuerdo Marco me parece encomiable —recuperación del carácter de renta de sustitución y aplicación exclusiva a situaciones en las que exista una dependencia económica del sobreviviente respecto del causante—, no resulta adecuado el doble sistema diseñado de acceso a la pensión de viudedad por la Ley 40/2007, ya que la dependencia económica⁽¹³⁾ —verdadero criterio que se debiera tener en cuenta en todos los supuestos— se convierte en un concepto multiforme aplicable de forma distinta según que el perceptor de la pensión de viudedad se encuentre casado o, por el contrario, separado/divorciado al fallecer su cónyuge/ex cónyuge. Así, por un lado, la dependencia económica no se exige —formalmente— en aquellos supuestos en los que existiera una relación matrimonial anterior al fallecimiento del causante, al presumir *iuris et de iure* el legislador la relación de dependencia económica entre ellos. Ahora bien, si el perceptor se encuentra separado/divorciado, la dependencia económica —como criterio de percepción de la pensión de viudedad— es sustituido por un criterio objetivo

(13) Vid. MOLINS, «La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de Medidas en Materia de Seguridad Social», AS, núm. 6, 2008, p. 2; PÉREZ ALONSO, *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 15; SERRANO ARGÜELLO, «Pensión de viudedad para ex cónyuges víctimas de violencia de género, de la denegación judicial a la nueva regulación legal», AS, 2010 (BIB 2010/411), p. 1.

consistente en la existencia de una pensión compensatoria a favor del cónyuge superviviente al tiempo del fallecimiento del cónyuge/ex cónyuge. La prueba de este hecho (existencia de pensión compensatoria) carecerá de dificultad probatoria y supondrá automáticamente la consideración de que el acreedor de la misma «depende económicamente» del cónyuge/ex cónyuge fallecido. No obstante, el problema sobreviene en aquellos supuestos de crisis matrimoniales donde no existe pensión compensatoria, pues no cabrá la percepción de la pensión de viudedad, pese a no saber a ciencia cierta si concurre o no un supuesto (real) de dependencia económica (v. gr., porque se haya renunciado a la pensión compensatoria o ésta haya tenido un carácter temporal, habiéndose extinguido al tiempo del fallecimiento del cónyuge/ex cónyuge).

El legislador utiliza un parámetro —la pensión compensatoria— que no mide la necesidad real del beneficiario de la pensión de viudedad sino simplemente el desequilibrio económico-matrimonial, según se desprende del artículo 97 CC; lo que ha supuesto que los Juzgados de lo Social y los Tribunales Superiores de Justicia hayan mantenido una posición mayoritariamente contraria a la concesión de una pensión de viudedad, si en el momento del fallecimiento no se probaba el disfrute previo de una pensión compensatoria⁽¹⁴⁾.

El legislador, al establecer el modelo de acceso a la pensión de viudedad, ha asociado los términos «dependencia económica y necesidad»—propios de la pensión de viudedad— con «desequilibrio económico»—presupuesto básico de la pensión compensatoria— y formula el siguiente paralelismo: si un cónyuge —separado o divorciado— tiene reconocida una pensión compensatoria en vida del causante se presume *iuris et de iure* que existe una relación de dependencia económica entre ellos, por lo que a la muerte del deudor de la pensión compensatoria deberá devengarse la pensión de viudedad. *A sensu contrario*, se excluye, como posibles beneficiarios de la pensión de viudedad, a todas aquellas personas que, tras la crisis matrimonial y al tiempo del fallecimiento del causante, no fuesen acreedoras de la compensatoria, con el argumento de la inexistencia de dependencia económica entre ellas.

La pensión compensatoria y la de viudedad tienen como finalidad compensar: la primera, el desequilibrio o desigualdad económica⁽¹⁵⁾ sufrida por un cónyuge frente al otro

(14) *Cfr.*, en este sentido, entre otras, las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, Sala de lo Social, de Asturias (Sec. 1.ª) de 17 de abril junio de 2009 (AS 2009, 1825), País Vasco (Sec. 1.ª) de 14 de julio de 2009 (AS 2009, 2511), País Vasco (Sec. 1.ª) de 7 de julio de 2009 (AS 2009, 2766), Castilla-La Mancha (Sec. 1.ª) de 18 de septiembre de 2009 (JUR 2009, 445528), Castilla y León, sede Valladolid (Sec. 1.ª) de 30 de septiembre de 2009 (AS 2009, 2434), Madrid (Sec. 4.ª) de 5 de octubre de 2009 (JUR 2010, 29509), Cantabria (Sec. 1.ª) de 7 de octubre de 2009 (AS 2009, 2908), Extremadura (Sec. 1.ª) de 22 de octubre de 2009 (AS 2010, 1), País Vasco (Sec. 1.ª) de 3 de noviembre de 2009 (JUR 2010, 141074), Comunidad Valenciana (Sec. 1.ª) de 12 de noviembre de 2009 (AS 2010, 780), Castilla y León, sede Valladolid (Sec. 1.ª) de 9 de diciembre de 2009 (JUR 2010, 34543), Castilla y León, sede Valladolid (Sec. 1.ª) de 16 de diciembre de 2009 (AS 2010, 526), Castilla y León, sede Valladolid (Sec. 1.ª) de 23 de diciembre de 2009 (AS 2010, 550), Extremadura (Sec. 1.ª) de 29 de diciembre de 2009 (AS 2009, 554), País Vasco (Sec. 1.ª) de 26 de enero de 2010 (JUR 2010, 149049), País Vasco (Sec. 1.ª) de 19 de enero de 2010 (AS 2010, 310), Castilla y León, sede Valladolid (Sec. 1.ª) de 10 de febrero de 2010 (JUR 2010, 124349), País Vasco (Sec. 1.ª) de 16 de febrero de 2010 (JUR 2010, 146562), Extremadura (Sec. 1.ª) de 18 de febrero de 2010 (JUR 2010, 133129), Castilla y León, sede Valladolid (Sec. 1.ª) de 10 de marzo de 2010 (JUR 2010, 154165) y Castilla-La Mancha (Sec. 2.ª) de 22 de marzo de 2010 (JUR 2010, 163965).

(15) Las Sentencias del TS de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1133), 10 de marzo (RJ 2009, 3) y 17 de julio de 2009 se muestran contrarias a considerar a la pensión compensatoria como un mecanismo indemnizatorio.

tras la separación y el divorcio y, la segunda, la pérdida⁽¹⁶⁾ de unos ingresos que deja de obtenerse con la muerte del causante. Ahora bien, que tengan una finalidad común no significa que el paralelismo, realizado por el legislador, sea correcto. Desde mi punto de vista no lo es, como intentaré justificar en las páginas siguientes, por dos motivos: primero, porque la pensión compensatoria no es un parámetro adecuado para medir el grado de dependencia económica y, segundo, por su carácter dispositivo.

1. ¿La pensión compensatoria como parámetro de la dependencia económica?

La pensión compensatoria nace con una finalidad meramente asistencial⁽¹⁷⁾, destinada a mantener el estatus económico⁽¹⁸⁾ —el nivel de vida— que se tuvo constante el matrimonio; soslayando cualquier referencia a la culpabilidad o grado de participación de los cónyuges en tales conflictos. Los debates parlamentarios⁽¹⁹⁾ revelan con claridad que la finalidad de la pensión compensatoria era proteger a un sector de la población —femenino— ante el previsible empobrecimiento que podía sufrir tras una crisis conyugal, ya que dicho sector por razones históricas y culturales no estaba preparado para hacer frente de modo autónomo a su supervivencia en dicha situación. Por este motivo, se estimó que era una exigencia ética ineludible asistir económicamente al cónyuge —la mujer— que se había dedicado de manera exclusiva a atender a la familia y que esa carga debía recaer sobre el marido, porque de lo contrario tendrían que ser cubiertas por los parientes a que alude el artículo 143 CC.

Durante esa época los tribunales reconocieron la pensión compensatoria siempre que apreciaban de manera objetiva la existencia de un desequilibrio económico —el patrimonio de uno de los esposos era inferior al del otro tras la separación/divorcio—. Se comparaba el patrimonio de uno y otro cónyuge, de manera que si el patrimonio de uno de ellos experimentaba una disminución patrimonial con posterioridad a la separación o al divorcio

(16) *Vid.* las Sentencias del TSJ de Asturias (Sala de lo Social, Sec. 1.ª) de 17 de abril de 2009 (AS 2009, 1010), TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sec. 4.ª) de 5 de octubre de 2009 (JUR 2010, 29509), TSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social, Sec. 1.ª) de 12 de noviembre de 2009 (AS 2010, 780), TSJ de Castilla y León, sede en Valladolid (Sala de lo Social, Sec. 1.ª) de 23 de diciembre de 2009 (AS 2010, 550), TSJ del País Vasco (Sala de lo Social, Sec. 1.ª) de 19 de enero de 2010 (AS 2010, 310) y TSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sec. 2.ª) de 22 de marzo de 2010 (JUR 2010, 163965), entre otras muchas.

Las SSTC 103/1983, de 22 de noviembre (RTC 1983, 103), 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990, 184) y 35/1991, de 14 de febrero (RTC 1991, 35), sostienen que la finalidad de la pensión de viudedad es obtener una renta de sustitución; es decir, una compensación provocada por la falta de ingresos o minoración de éstos tras el fallecimiento del causante.

(17) *Cfr.* CAMPUZANO TOMÉ, *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1994, p. 21.

(18) En este sentido, LASARTE ÁLVAREZ y VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Comentarios a los arts. 97-101 CC». En LACRUZ BERDEJO (coor.), *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil*, 1.ª ed., Madrid, 1982, p. 751; CAMPUZANO TOMÉ, *op. cit.*, p. 76.

Vid. la STS de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9174) y las Sentencias de las AAPP de Zaragoza de 11 de julio de 1995 (AC 1995, 1469), La Rioja de 19 de junio de 2000 (AC 2000, 1839) y Orense de 21 de junio de 2000 (AC 2000, 2319).

(19) *Cfr.* los discursos de los Sres. Aguilar Moreno, Pelayo Duque y Pérez Royo en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 157, sesión del día 7 de abril de 1981 (Código Civil, pp. 1692 y ss.).

y siempre que esta disminución lo fuera en relación con la posición del otro cónyuge y con la situación gozada durante el matrimonio, la pensión se concedía, sin tener en cuenta las causas que podían haber originado el desequilibrio.

La interpretación judicial mantenida del desequilibrio económico en términos objetivos supuso la concesión con carácter general de la pensión compensatoria a la esposa en caso de ruptura —pese a la brevedad del matrimonio y su cualificación profesional— y de manera indefinida, convirtiéndose muchas veces en una pensión vitalicia; lo que desincentivaba, sin duda alguna, la búsqueda de un empleo y profesionalizaba la relación matrimonial. Ante la injusta consecuencia que podía derivarse del entendimiento del desequilibrio con carácter objetivo, empieza a calar en un sector de la doctrina la idea de que cualquier desequilibrio económico objetivo, surgido tras la ruptura matrimonial, no debería generar un derecho a la pensión compensatoria, formulándose, de este modo, la tesis subjetiva sobre el desequilibrio económico.

La tesis subjetiva se basa en la aseveración de que las circunstancias, enumeradas en el párrafo 2.º del artículo 97 CC, deben integrar el propio concepto de desequilibrio, por lo que deben tenerse en cuenta para la determinación de su procedencia como para la cuantificación de la pensión. Así entendido, para apreciar la procedencia del desequilibrio, además de comparar el patrimonio anterior y posterior a la separación o divorcio de los cónyuges, se analizará si la actividad desplegada por los cónyuges en razón del matrimonio —*v. gr.*, su dedicación a los hijos, al otro cónyuge y a las tareas domésticas—, le ha impedido obtener una independencia patrimonial propia y autónoma —*v. gr.*, ha abandonado un trabajo remunerado que desempeñaba antes del matrimonio, ha perdido expectativas de formación y cualificación profesional, o cualquier otra situación análoga—, por dedicarse a las tareas y al cuidado de la familia. En el caso de que se apreciara el desequilibrio económico, para valorar la cuantía de la pensión se tendrán en cuenta las circunstancias del artículo 97.2 CC: la edad y el estado de salud de los cónyuges, la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, la dedicación pasada y futura a la familia, la colaboración en las actividades mercantiles, industriales y profesionales del otro cónyuge, la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal y el caudal y medios económicos y las necesidades de uno u otro cónyuge.

En suma, la tesis subjetiva del desequilibrio va imponiéndose entre la doctrina y la jurisprudencia frente a la concepción objetiva, con el argumento de que cualquier desequilibrio económico no es suficiente para el nacimiento del derecho a la pensión compensatoria, sino que sólo ha de compensarse el desequilibrio que se revela como el fruto del sacrificio de uno de los cónyuges en el ámbito familiar. El cambio de criterio se produce porque en la sociedad actual ha calado la idea de la independencia personal y económica de los esposos tras la separación o divorcio —cada uno ha de procurarse los medios necesarios para vivir autónomamente— y cuesta cada vez más admitir que el matrimonio proporciona una especie de derecho a perpetuar una determinada posición económica; lo que sería contrario a la dignidad de la persona e injusto para el deudor que podría encontrar a causa de ello dificultades para rehacer su vida.

La reforma del artículo 97 CC realizada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha dejado claro que las circunstancias del párrafo 2.º deben ser tenidas en cuenta para cuantificar el importe de la pensión, pero no ha dicho nada acerca de si deben afectar a la noción de desequilibrio económico. Sin embargo, el TS (Sec. 1.ª) en la Sentencia de 19 de enero de

2010⁽²⁰⁾ declara que las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC actúan como elementos integrantes del desequilibrio —en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias— y como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. De este modo ha sentado como doctrina jurisprudencial en el FD 6 que, 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 y su situación anterior al matrimonio.

Con este planteamiento jurisprudencial puede afirmarse que el mantenimiento de un concepto subjetivo del desequilibrio económico va a generar que se sustraigan ciertos desequilibrios —objetivos— al juego de la norma, en el sentido de que no va a ser asimilada cualquier tipo de alteración o desigualdad patrimonial con el desequilibrio económico y, en consecuencia, no cualquier tipo de empeoramiento en las condiciones de vida materiales de alguno de los cónyuges va a conllevar necesariamente el nacimiento de un derecho a pensión compensatoria.

La pensión compensatoria actual presenta unos perfiles muy distintos a los que la acompañaron en su nacimiento —función asistencial—. La pensión compensatoria responde a un desequilibrio económico —objetivo y subjetivo— existente entre los cónyuges, mientras que la pensión de viudedad a una situación de posible desprotección o necesidad en que puede encontrarse un cónyuge o ex cónyuge a la muerte del causante. Por ese motivo, la pensión compensatoria no resulta un parámetro adecuado para medir el grado de dependencia económica existente entre los cónyuges separados o divorciados a efectos de obtener la pensión de viudedad, ya que con la regulación actual de la pensión compensatoria el hecho de que una persona no la tenga reconocida únicamente significa que no se encuentra en una situación de desigualdad patrimonial respecto de su cónyuge o ex cónyuge tras la separación o divorcio. Pero, no significa que ese cónyuge separado o divorciado deje de encontrarse en una situación de necesidad o de desprotección social.

Si se traslada esta conclusión al ámbito de la pensión de viudedad, podría suceder que personas con un patrimonio importante serían titulares de ella, al tener reconocida con carácter previo una pensión compensatoria tras la ruptura matrimonial y, por el contrario, otras personas en una situación económica lamentable no serían titulares de la pensión de viudedad, *v. gr.*, al no tener reconocida la pensión compensatoria, como consecuencia de la falta de desequilibrio económico, de su carácter temporal, de su renuncia, etc.

Pero además, existe otro argumento adicional que hace inapropiada a la pensión compensatoria como parámetro de la dependencia económica, me refiero a su carácter dispositivo, que se analizará seguidamente.

(20) *RJ* 2010, 417. Esta sentencia resolvía un recurso de casación formulado por interés casacional, donde se le preguntaba al TS cómo debía interpretarse el desequilibrio económico del artículo 97 a efectos de conceder la pensión compensatoria, ya que la recurrente entendía que había dos tendencias en las diferentes AAPP: unas aceptaban un criterio objetivo del desequilibrio, que al parecer de la recurrente se encuentra en las Sentencias de la Sec. 2.ª de la AP de Badajoz 390/1998, de 23 de septiembre y 488/2002, de 10 de noviembre, mientras que las de la Sec. 24.ª de la AP de Madrid 482/2002, de 16 de mayo (*PROV* 2002, 222721) y Sec. 22.ª de la misma Audiencia de 25 de febrero de 1997 mantienen la tesis subjetiva.

2. El carácter dispositivo de la pensión compensatoria

Una de las características de la pensión compensatoria es su carácter patrimonial, admitiéndose el juego de la autonomía de la voluntad. El CC se refiere a este aspecto en el artículo 90 —cuando señala que la pensión compensatoria es uno de los contenidos que los cónyuges pueden pactar en el convenio regulador— y en el artículo 97 CC, —al establecer la posibilidad de que los cónyuges determinen su cuantía—. Si la Ley expresamente admite la validez de los pactos en los que se reconoce una pensión compensatoria y su cuantía, con mayor razón cabrá admitir, con carácter general, la validez de acuerdos en virtud de los cuales se pacte una pensión compensatoria de carácter periódico o a tanto alzado, de carácter temporal o indefinido, e incluso su renuncia.

Con esta regulación favorable al principio de autonomía de la voluntad en materia de pensión compensatoria, podría plantearse alguno de los siguientes supuestos: 1.º un pacto de pensión compensatoria de carácter indefinido, aun no existiendo desequilibrio económico, y 2.º un pacto de renuncia a una pensión compensatoria en el convenio regulador, para agilizar la separación o el divorcio, encontrándose la mujer en una situación de desequilibrio económico. Si se trasladan estos pactos al ámbito de la pensión de viudedad con la legislación actual, las conclusiones que se extraen son las siguientes: en el primer supuesto —pacto de pensión compensatoria indefinida, pese a la inexistencia de un desequilibrio económico—, sí se devengaría la pensión de viudedad, mientras que en el segundo —pacto de renuncia a la pensión compensatoria pese a la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges—, no nacería el derecho a ella⁽²¹⁾.

Desde esta perspectiva, un acuerdo privado sobre una institución jurídico-civil —pensión compensatoria— afectaría al desenvolvimiento de una institución jurídico-laboral —pensión de viudedad— del sistema público de la Seguridad Social; de modo que la autonomía de la voluntad —vía pacto de renuncia o de establecimiento con carácter indefinido de la pensión compensatoria— sería determinante para el nacimiento o no de una pensión de carácter jurídico-público. En otros términos, el nacimiento de una prestación pública se hace depender de la voluntad de los interesados, de modo que un pacto de pensión compensatoria indefinida —aunque de escasa cuantía— siempre supondría el nacimiento de una pensión de viudedad, al contrario de lo que ocurriría con aquellos pactos en los que se acuerde la renuncia a la pensión compensatoria.

Desde mi punto de vista, la única solución que podría adoptarse, para evitar que por vía privada se devengue o deje de hacerlo —cuando se tenía derecho— una prestación pública —pensión de viudedad—, sería atacando la validez de dichos pactos privados.

- En principio, un pacto por el que se establece una pensión compensatoria de carácter indefinido, generalmente de baja cuantía, que permita el acceso del cónyuge separado o divorciado a la pensión de viudedad, aunque no se produzca un desequilibrio económico, sería aprobado judicialmente por aplicación del artículo 90.2 CC («Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuen-

(21) Situación que contrasta, sin duda alguna, con la analizada en el epígrafe 2. **Cese del desequilibrio económico**, donde se cita la STSJ del País Vasco de 9 de diciembre de 1998, que en una situación similar entiende que no existe paralelismo entre ambas renunciaciones, al tratarse de dos derechos distintos con normativas jurídicas diferentes.

cias de la nulidad, separación y divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges»). En este caso cabría su aprobación judicial ya que el pacto no resulta gravoso para los hijos, ni para los cónyuges, por lo que sería muy difícil alegar su nulidad. Quizás, cabría plantearse la aplicación de la institución jurídica del fraude de ley *ex* artículo 6.4 CC, con la finalidad de frenar este tipo de situaciones abusivas, si bien, difícilmente lo detectará la Entidad Gestora de la Seguridad Social, salvo que el cónyuge actual del causante que, conocedor de la realidad de la situación, gestione la prueba necesaria para acreditar la existencia de un pacto de estas características entre el causante y su ex cónyuge.

- Con carácter general el pacto de renuncia a la pensión compensatoria y, por ende a la pensión de viudedad, será también válido. No obstante, en mi opinión, existen dos supuestos, donde podría solicitarse su nulidad, si se prueba que dicho pacto va en contra de la Ley, el orden público o perjudica a terceros *ex* artículos 6.2, 1255 y 1328 CC.

A) Un primer supuesto podría ser cuando el pacto de renuncia ocasione un grave perjuicio económico⁽²²⁾ a uno de los cónyuges y/o a terceros —acreedores, hijos, familiares obligados a prestarles alimentos—, por lo que la validez del acuerdo de renuncia va a depender de si alguno de los cónyuges se encuentra en una situación de necesidad. De este modo, en todos los demás supuestos en los que un cónyuge voluntariamente se coloca en una posición económica inferior a la que podía tener —si no hubiese renunciado a la pensión compensatoria a la que tenía derecho—, pero con recursos suficientes para subvenir a sus propias necesidades, el pacto de renuncia sería válido en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. En otros términos, el principio de autonomía de la voluntad sólo cedería en las situaciones de necesidad.

La justificación de este límite —situación de necesidad económica en la que se encuentra un cónyuge debido a un pacto de renuncia a pensión compensatoria— a la autonomía de la voluntad, se encuentra, en opinión de algunos tribunales de justicia, en el argumento de que la pensión compensatoria viene a desempeñar también, en determinados casos, una función alimenticia, por lo que en la parte que cumple dicha función deviene irrenunciable. Así lo entiende la SAP de Barcelona de 2 de abril de 1987⁽²³⁾, que revoca la sentencia del

(22) Refiriéndose exclusivamente a la nulidad del pacto de renuncia a la pensión compensatoria por grave perjuicio económico, *cfr.* DE LA CÁMARA, «La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia», *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 1986, pp. 64-65; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 70 y ss. EGEA FERNÁNDEZ, «Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. III, Madrid, 2003, p. 4556 y pp. 4572-4573.

(23) *RJC*, 1987, p. 1091. La sentencia señala lo siguiente:

«(...) no basta para denegarla con la existencia de un pacto anterior en el que la esposa haya renunciado a la misma, sino que debe estimarse y valorarse también otros factores, porque si bien es verdad que las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen conveniente siempre que sean contrarias a la Ley o a la moral, sin embargo, este principio de aplicación indudable en materia de contratos, no ha de estimarse con la misma amplitud en materia de matrimonio y filiación en el que la libertad y autonomía de las partes se restringe con base a otros principios superiores y esto lo demuestra, entre otros, el artículo 90.e) CC que permite que el Juez modifique los acuerdos de los cónyuges cuando lo estime gravemente perjudicial para uno de ellos y esto es lo que la Sala estima que sucede aquí».

Juzgado de Primera Instancia por la que se denegaba la pensión compensatoria solicitada por la esposa con base en un pacto anterior en el que ésta había renunciado a la pensión y se resuelve la ineficacia de la renuncia, argumentando que, en este caso, la pensión desempeña funciones asistenciales/alimenticias, dada la situación de «absoluta necesidad» de la esposa. Las circunstancias que la Audiencia tuvo en cuenta en este caso concreto fueron: la edad de la esposa —60 años—, la fecha del matrimonio —1963— y la mala salud de aquélla, así como su absoluta necesidad de modo que, aun siendo también evidente la escasez de recursos económicos del esposo, se estima acertado fijar la suma de 12.000 pesetas mensuales de pensión compensatoria.

En suma, el pacto de renuncia a una pensión compensatoria no puede dejar a uno de los cónyuges en una situación de necesidad, de modo que el juez, a instancia del cónyuge necesitado, podrá entrar a examinar si se da o no la situación de necesidad que justifique la corrección del pacto, garantizando las necesidades mínimas. Este principio de garantizar que queden cubiertas las necesidades alimenticias es el que adopta la Ley II CC Catalán, que entrará en vigor el 1 de enero de 2011, en el artículo 233.16. «Pactos sobre la prestación compensatoria», en cuyo punto segundo señala que «Los pactos de renuncia no incorporados a una propuesta de convenio regulador no son eficaces en lo que comprometan la posibilidad de atender a las necesidades básicas del cónyuge acreedor».

Por otro lado, cabe señalar que cuando una persona se coloca en una situación de necesidad económica tras la renuncia a una pensión compensatoria y, por ende, a la de viudedad, no sólo ella sale perjudicada, también puede generar un perjuicio a terceros⁽²⁴⁾; de modo que, si del análisis de las concretas circunstancias concurrentes se advirtiera la existencia de un perjuicio, los posibles perjudicados podrían instar también la nulidad de la renuncia por contrariar sus intereses.

Piénsese en la existencia de acreedores del beneficiario de la pensión que, con la renuncia a la pensión compensatoria —y a la de viudedad— puedan ver defraudadas sus legítimas expectativas de cobro; incluso, los hijos de dicho beneficiario que, como sujetos dependientes de él, podrían verse negativamente afectados por la reducción de los recursos económicos que supone la renuncia a la pensión por parte de su progenitor. Pero, además, puede ocurrir que el que renunció a la pensión compensatoria y tampoco tenga derecho, tras la muerte de su ex cónyuge, a la pensión de viudedad ante la situación de necesidad en la que se encuentra, solicite alimentos de quien proceda *ex* artículos 142 y siguientes

En esta dirección se pronuncia el TSJ de Cataluña en la Sentencia de 4 de julio de 2002, que en un procedimiento de divorcio que siguió al de separación —en el que la esposa sólo había solicitado la pensión alimenticia—, ha confirmado la resolución de la Audiencia que sustituía la pensión alimenticia por una pensión compensatoria del mismo importe, argumentando que dado que el divorcio determina la extinción de la pensión alimenticia, esta extinción deja sin fundamentación la renuncia a la pensión compensatoria y considera «que mientras el marido pagaba la pensión por alimentos, puede afirmarse que la pensión compensatoria se hallaba en situación latente y si después de la sentencia de divorcio los ex cónyuges no establecen ningún otro convenio para suplir la falta de la pensión alimenticia, el perjuicio económico que había de paliar la pensión alimenticia puede corregirlo la resolución judicial por la vía de establecer una pensión compensatoria por el mismo importe».

(24) SÁNCHEZ GONZÁLEZ (*La extinción del Derecho a la pensión compensatoria*, Granada, 2005, p. 148) y GARCÍA RUBIO («Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil», *ADC*, 2003, pp. 1671-1672) se pronuncian a favor del perjuicio que puede ocasionar a terceros la renuncia a la pensión compensatoria.

CC. En este supuesto concreto, sus ascendientes, descendientes o hermanos, que, en virtud del artículo 143 CC están obligados a darle alimento, podrían sentirse perjudicados por la renuncia a la pensión compensatoria efectuada; ya que si ésta no se hubiera realizado, probablemente no se encontraría en un estado de necesidad y el orden de llamamiento, para cubrir sus necesidades económicas, sería completamente diferente. Téngase en cuenta que si no se hubiera renunciado a la pensión compensatoria, a la muerte del deudor de la pensión sus herederos estarían obligados a su pago con la salvedad del artículo 101 CC; en cuyo caso, sería el Estado a través del abono de la pensión de viudedad y, en último lugar, los familiares señalados en el citado artículo 143.

B) Otro supuesto, donde el pacto de renuncia a la pensión compensatoria podría declararse nulo⁽²⁵⁾, sería cuando se hubiera celebrado, *v. gr.*, existiendo un vicio en el consentimiento⁽²⁶⁾, una merma en la capacidad de obrar de alguno de los cónyuges⁽²⁷⁾. En este caso algún sector de la doctrina⁽²⁸⁾ viene entendiendo que pueden anularse dichos pactos ya que

(25) Algunos ordenamientos jurídicos garantizan la libre celebración de los pactos con medidas destinadas a evitar la existencia de vicios en el consentimiento de alguno de los contratantes, sobre todo cuando la diferente situación económica inicial de los futuros esposos plantea el riesgo de que uno de ellos se haya prevalido de su situación de superioridad negociadora, forzando la prestación del consentimiento en el otro contrayente o fijando al menos unilateralmente el contenido del pacto. Surgen así limitaciones legales a la duración temporal del acuerdo que oscilan entre los treinta días anteriores al matrimonio en el caso del Derecho norteamericano al plazo máximo de vigencia de un año desde su celebración en el BGB alemán, o normas especiales sobre la carga de la prueba sobre la nulidad del acuerdo como en el Derecho americano que quien reclama el cumplimiento del acuerdo prenupcial es quien deberá acreditar la ausencia de vicios invalidantes en él.

En una dirección similar se ha pronunciado la Ley 25/2010, de 19 de julio (LCAT 2010, 534) que aprueba el libro II del CC de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, que entrará en vigor el 1 de enero de 2011 a tenor de su disposición final 5.ª. En lo que aquí interesa, el artículo 231.19.1 establece que en los Capítulos Matrimoniales se puede determinar el régimen económico-matrimonial, convenir heredamientos, hacer donaciones y establecer las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideren convenientes, «incluso en previsión de una ruptura matrimonial». Seguidamente en el artículo 231.20 se desarrolla el contenido y forma de estos «Pactos en previsión de la ruptura» y las limitaciones genéricas de validez y eficacia —*v. gr.*, si dichos pactos son antenupciales sólo serán válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio—. Además, señala en los párrafos siguientes que el Notario, antes de autorizar la escritura de estos pactos, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre los cambios que pretendan introducirse respecto del régimen legal supletorio y que los pactos que limitan o excluyen derechos deben tener un carácter recíproco. En el último párrafo 5.º alude a que «Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si éste acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron». Finalmente, aparecen referencias expresas a ellos cuando se regula su eficacia genérica tras la ruptura matrimonial (artículo 233.5) y su posible contenido dentro de los efectos comunes a la separación y divorcio: compensación por razón de trabajo en el régimen de separación de bienes (artículo 232.7), criterios para la atribución de custodia de los hijos menores (artículo 233.11), prestación compensatoria por desequilibrio (artículo 233.16) y atribución del uso de la vivienda (artículo 233.21.3).

(26) En el Derecho español se solicitó la nulidad del acuerdo de renuncia a la pensión compensatoria, contenida en una capitulación matrimonial, por error en el entendimiento del idioma español en la SAP de Madrid de 27 de noviembre de 2002.

(27) La SAP de Tarragona de 20 de abril de 2000 declaró la ineficacia del acuerdo de renuncia a la pensión compensatoria incluido en el convenio regulador de la separación, tras ser declarada judicialmente incapacitada la esposa por enfermedad mental días después de la celebración del pacto.

(28) Para EGEA FERNÁNDEZ (*op. cit.*, p. 4561), «cuando los pactos matrimoniales no sean expresión de una comunidad de vida en igualdad de derechos, sino de una posición negociadora desigual fundamentada en el dominio o en la imposición de una de las partes, los tribunales podrán intervenir restableciendo dicha igualdad (*v. gr.*, artículo 90 CC), con base en la concurrencia de error, dolo o intimidación o, en su caso, la mala fe o el abuso de derecho (artículo

los cónyuges no tuvieron una información suficiente de la situación económica y financiera de cada uno de ellos, por lo que no existió un adecuado equilibrio contractual.

Los supuestos donde existe violencia de género y en el convenio regulador se renuncia a la pensión compensatoria son un claro ejemplo, en mi opinión, de situaciones de abuso por parte de uno de los cónyuges. Sin embargo, no he encontrado sentencias en las que se haya solicitado la nulidad de dicho pacto de renuncia, lo que ha supuesto mayoritariamente la denegación de la pensión de viudedad solicitada por la mujer víctima de violencia de género tras la muerte del causante, con el argumento de la inexistencia de la pensión compensatoria⁽²⁹⁾.

Por su parte, algunos juzgadores, más sensibles con las situaciones de violencia y pese a la inexistencia de pensión compensatoria, han entendido que la presencia de la violencia de género obliga a la mujer a renunciar a la pensión compensatoria por razón de su defensa y protección. De este modo, han aplicado la LO 1/2004 de Protección Integral contra la Violencia de Género (artículos 1.2 y 2) y han considerado a la pensión de viudedad como una de las medidas de protección integral a la víctima. La Sentencia de 22 de enero de 2009 del TSJ de Cantabria (Sala de lo Social, Sec. 1.ª)⁽³⁰⁾ proporciona un claro ejemplo de un pacto de renuncia a la pensión compensatoria, que podía haberse declarado nulo si la recurrente lo hubiera alegado, ya que, durante su proceso formativo, una de las partes —el hombre— se encontraba en una posición de superioridad en la negociación —violencia de género— y, sin embargo, el Tribunal entiende que la condición de víctima de violencia de género permite otorgarle la protección mediante el reconocimiento de la pensión de viudedad con amparo en la LOMPIVG. La sentencia reconoce como hechos probados la situación de maltrato sufrido por la actora durante los 38 años que duró su matrimonio y que durante ese tiempo se había dedicado a la familia, sin ninguna posibilidad de acceder a sus 70 años al mercado laboral; pero, además, de los hechos probados se deduce que la recurrente se encontraba en una situación de necesidad, ya que sólo contaba con una ayuda de 300 euros, que cobraba del SOVI.

Es cierto que estadísticamente los hombres suelen tener una posición económica más favorable, lo que se traduce asimismo en una posición negociadora más fuerte y que las mujeres suelen ser la parte más débil en el proceso negociador, pero, en este supuesto concreto, se observa con una claridad absoluta el abuso de la posición negociadora por parte del marido y la debilidad de la mujer, que supone que esta última renuncie a su derecho a pensión compensatoria con la única finalidad de proteger su integridad física. Una mujer que ha sufrido durante 38 años violencia de género no se encuentra en una posición de igualdad para negociar los efectos, entre ellos la pensión compensatoria, derivados de la separación o divorcio.

7.2 CC y artículo 111.7 CC Catalán). En fin, lo mismo que sucede en otros ámbitos del derecho, como los contratos de consumo o el derecho laboral, en los que la jurisprudencia, la doctrina y la legislación sostienen desde hace tiempo que la materialización de la autonomía de la voluntad exige la protección de la parte débil de la relación, debe predicarse también de los pactos vinculados al matrimonio».

(29) En esta dirección, *vid.* las Sentencias de los TTSSJ de Extremadura de 22 de octubre de 2009 (AS 2010, 1), País Vasco de 24 de marzo de 2009 (PRO 2002, 322124), Asturias de 17 de abril de 2009 (AS 2009, 1010) y Castilla y León de 17 de julio de 2009 (PROV 2009, 350880), entre otras.

(30) AS 2009, 278.

En suma, un acuerdo de renuncia a una pensión compensatoria, en el que una de las partes se prevale de su posición negociadora respecto de la otra —como ocurre en los supuestos de violencia de género—, sería contrario a la ley y al orden público *ex* artículo 1255 CC, en el sentido de que se estaría vulnerando el principio de igualdad de derechos de los cónyuges *ex* artículos 14 y 32 CE. En estos supuestos los jueces deben ser especialmente cuidadosos en cuanto a la integridad del consentimiento emitido por la víctima, ya que ese acuerdo de renuncia a la pensión compensatoria suele celebrarse concurriendo intimidación, por lo que no debería homologarse judicialmente el acuerdo de renuncia, pese a tratarse la renuncia a pensión compensatoria de una materia de libre disposición. En el caso de que estuviera aprobado el convenio, la víctima, si prueba el consentimiento viciado —miedo a sufrir un daño— podría instar la nulidad del convenio en los términos y los plazos establecidos en los artículos 1300 y siguientes CC.

Con todo, la incorporación de la disposición transitoria 18.^a a la LGSS, tras la promulgación de la Ley 26/2009 de PGE, facilita la resolución de estos problemas en los casos de violencia de género desde el momento en que opta por la concesión de la pensión de viudedad, obviando la necesidad de una pensión compensatoria previa.

IV. EL CAMBIO DE CRITERIO NORMATIVO: POSIBLES QUIEBRAS AL PRINCIPIO DE IGUALDAD

La modificación del artículo 174.2 LGSS por la Ley 40/2007 ha supuesto un cambio trascendental en la fundamentación de la pensión de viudedad en las crisis matrimoniales, pasándose de un modelo general y único de protección, aplicable a cualquier persona que tiene o tuvo en el pasado una relación matrimonial, a otro en función de si el beneficiario de la pensión de viudedad se encontraba casado o separado/divorciado.

El cambio se argumentaba en la necesidad de que la pensión de viudedad recuperara su carácter de renta de sustitución y se reservase para aquellas situaciones en las que existiese una relación de dependencia económica. Como se ha afirmado anteriormente, la finalidad del cambio normativo podría resultar encomiable si se aplicara a todas las pensiones de viudedad, sin hacer excepción alguna. Sin embargo, no resulta adecuado el doble sistema diseñado de acceso a la pensión de viudedad, ya que en unos supuestos —en las situaciones de crisis matrimoniales— deberá probarse la dependencia económica —pensión compensatoria— existente entre el causante y el beneficiario de la pensión de viudedad, mientras que en otros —en las situaciones en que existiera una relación matrimonial antes del fallecimiento del causante— el presupuesto de la prueba de la dependencia económica no se exigirá, ya que el legislador ha presumido *iuris et de iure* la relación de dependencia económica entre ellos.

Desde mi punto de vista, el doble sistema jurídico de acceso a la pensión de viudedad podría vulnerar el principio de igualdad del artículo 14 CE, ya que el legislador ha utilizado un parámetro⁽³¹⁾ —la pensión compensatoria— que no mide la necesidad real del benefi-

(31) En este sentido, resultan interesantes las SSTC 125/2003 —citada en otro lugar de este trabajo— y 199/2004 que consideran discriminatoria la norma que priva de pensión de viudedad a la mujer que convive *more uxorio* con otra persona y a la que celebra matrimonio canónico no inscrito en el Registro Civil.

ciario de la pensión de viudedad, sino simplemente el desequilibrio económico matrimonial; lo que generaría importantes quiebras al principio de igualdad en varios supuestos:

- La primera quiebra al principio de igualdad se produciría entre personas separadas y/o divorciadas respecto de las casadas, en el sentido de que las casadas siempre van a ser titulares de la pensión de viudedad con independencia de la existencia o no de una relación de dependencia económica con el cónyuge causante; mientras que las separadas/divorciadas no lo van a ser siempre, sino que dependerá en todo caso de la prueba de dicha dependencia económica —de la existencia de una pensión compensatoria—.

Con esta doble regulación jurídica la finalidad perseguida por la Ley 40/2007 de que la pensión de viudedad sea una renta de sustitución y se aplique exclusivamente a aquellas situaciones en las que exista una dependencia económica, no se conseguirá en todos los supuestos, ya que podrán acceder a la pensión de viudedad personas casadas con ingentes recursos económicos, al presumirse la relación de dependencia económica con el causante y, por el contrario, no lo harán personas separadas o divorciadas en una situación económica deplorable, al no gozar en el momento del fallecimiento de una pensión compensatoria. En otros términos, al hacerse abstracción de la dependencia económica en los supuestos de matrimonio, la pensión podría terminar protegiendo de forma excesiva a quien no lo necesita y de forma insuficiente a quien se encuentra realmente en una situación de necesidad⁽³²⁾.

La pregunta que surge es por qué no se ha exigido esa misma situación de necesidad real a las personas casadas. El legislador actual sigue anclado en un sistema anquilosado de presunciones jurídicas que no refleja la situación de la sociedad actual, ya que existen cónyuges viudos/as que no dependen económicamente de sus cónyuges causantes y, por el contrario, existen cónyuges separados/divorciados que, pese a no tener reconocida una pensión compensatoria, se encuentran en una situación de absoluta necesidad. Esta diferente configuración jurídica de los presupuestos en el acceso a la pensión de viudedad —necesidad real para separados y divorciados y necesidad presunta para casados— supone, sin más, un entendimiento privilegiado de la institución matrimonial frente a las crisis matrimoniales.

El legislador tiene un prejuicio respecto de las personas separadas y divorciadas, por lo que le exige un presupuesto más de acceso a la pensión de viudedad. Si quiere cambiar de criterio y que sea la necesidad real el criterio preponderante, que lo utilice tanto en el matrimonio como en las crisis matrimoniales; por qué distinguir en función del estado civil de las personas. Y que sea dicha necesidad económica el único y verdadero criterio, no la mera existencia de una pensión compensatoria.

- La segunda vulneración del principio de igualdad se produce dentro del grupo de las personas separadas y/o divorciadas, ya que hay unas, que se encuentran protegidas —las que tienen reconocida la pensión compensatoria en el momento

(32) DESDENTADO DAROCA, *La pensión de viudedad ante los retos del Derecho de Familia*, ed. Bomarzo, Albacete, 2009, p. 91.

del fallecimiento del causante— y otras, que no lo están por carecer de ella o por encontrarse ésta extinta en el momento del fallecimiento. De este modo, se ha dejado desprotegido a un numeroso colectivo social, formado básicamente por mujeres que habían mantenido una convivencia conyugal durante largos años, bien porque nadie pudo imaginar en el contexto de su crisis matrimonial que el no reconocimiento de una pensión compensatoria —*v. gr.*, para aligerar el proceso de separación o divorcio, conseguir una mejor pensión de alimentos para los hijos, etc.— impidiera el futuro acceso a la pensión de viudedad⁽³³⁾; bien porque teniendo derecho a la pensión compensatoria, ésta tuvo carácter temporal o se extinguió por el cese de la causa que lo motivó, de conformidad con el artículo 101 CC; o bien, se sustituyó la pensión compensatoria por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital de bienes o de dinero (artículo 99 CC).

Ante la inexistencia de disposiciones transitorias en la Ley 40/2007 que adaptaran el nuevo sistema jurídico de acceso a la pensión de viudedad y ante las demandas de numerosos colectivos sociales, el legislador nuevamente ha corregido parcialmente la situación generada por la introducción del presupuesto de la pensión compensatoria en el acceso a la pensión de viudedad. Para ello, la LPGE para el año 2010 ha introducido una regulación retroactiva, donde se establece —disposición transitoria 18.^a LGSS— que en determinados supuestos de separación y divorcio anteriores a 1 de enero de 2008, como producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, no es necesaria la existencia previa de una pensión compensatoria para el acceso a la pensión de viudedad.

- La tercera quiebra al principio de igualdad se produciría por razón de sexo —de los varones frente a las mujeres—, ya que, al ser titulares de la pensión compensatoria en escasas ocasiones, sólo podrán acceder a la pensión de viudedad en contadas ocasiones. No hay que olvidar que la realidad social demuestra que la pensión compensatoria es una prestación básicamente femenina, al seguir siendo todavía el sector de la población que sufre en la mayoría de las ocasiones el desequilibrio económico tras la ruptura matrimonial. Se trataría de una discriminación indirecta por razón de sexo en los términos expresados en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres; de este modo, una norma aparentemente neutra —la que establece la obligatoriedad de la pensión compensatoria en el acceso a la pensión de viudedad— pone a personas de un sexo —masculino— en desventaja particular con respecto a personas del otro —femenino—.

La temprana STC 49/1982⁽³⁴⁾ precisaba que «La igualdad a que el artículo 14 se refiere, que es la igualdad jurídica o igualdad ante la Ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho

(33) PÉREZ ALONSO («La pensión compensatoria y la pensión de viudedad», AS, núm. 21, 2009, p. 4) califica el panorama de desolador y añade que supondrá «eliminar del mapa protector» a quienes no pactaron pensión compensatoria desconociendo que con ello perdían el derecho a la pensión de viudedad.

(34) RTC 1982, 49.

iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados» «y cuyas consecuencias no resulten desproporcionadas»(añade la STC 3/2007)⁽³⁵⁾.

En mi opinión, el cambio de criterio experimentado en la concepción de la pensión de viudedad —recuperación de su carácter de renta de sustitución y aplicación a aquellas situaciones en las que existiese una relación de dependencia económica— no es un argumento razonable que justifique tal diferenciación en el acceso a la pensión de viudedad, precisamente porque el presupuesto elegido —pensión compensatoria— desvirtúa, como ha podido comprobarse, la finalidad protectora, que persigue la pensión de viudedad. La pensión compensatoria ha pasado de tener un carácter meramente asistencial —reequilibradora de patrimonios— a una finalidad compensadora del sacrificio que para un cónyuge supone la relación matrimonial, por lo que hacer depender la pensión de viudedad de aquella va a suponer que la pensión de viudedad se determine en función de unas circunstancias concretas en cada caso —v. gr., rentas, propiedades, bienes y patrimonio del matrimonio disuelto y de la situación económica que atraviesa el ex cónyuge deudor— y no con relación a unos criterios comunes para todos los ciudadanos, desde unos umbrales de renta de subsistencia predeterminados e iguales. Para algún sector de la doctrina esta nueva regla dividirá a los perceptores de pensiones de viudedad en función de la riqueza de los separados o divorciados, lo que creará probablemente otro factor de discriminación en la regulación legal de la pensión de viudedad⁽³⁶⁾.

El cambio legislativo operado —con el establecimiento de la pensión compensatoria— no supone un reconocimiento claro de las situaciones de necesidad real. Si el legislador quiere limitar la pensión de viudedad a situaciones de verdadera necesidad, el parámetro de la pensión compensatoria no sirve en todos los supuestos, como ha podido comprobarse. Lo más recomendable sería un único criterio de acceso a la pensión de viudedad para todos los ciudadanos —cónyuges viudos y separados o divorciados— que pondere las necesidades reales con independencia de la situación familiar en la que se encuentre.

BIBLIOGRAFÍA

- CAMPUZANO TOMÉ, *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1994.
- DESDENTADO DAROCA, *La pensión de viudedad ante los retos del Derecho de Familia*, ed. Bomarzo, Albacete, 2009.
- EGEA FERNÁNDEZ, «Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. III, Madrid, 2003.
- GARCÍA RUBIO, «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil», *ADC*, 2003.

(35) *RTC* 2007,3.

(36) *Vid.* SERRANO ARGÜELLO, *op.cit.*, p. 2.

LASARTE ÁLVAREZ y VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Comentarios a los arts. 97-101 CC». En Lacruz Berdejo (cor.), *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil*, 1.ª ed., Madrid, 1982.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

MOLINS, «La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social», *AS*, núm. 6, 2008.

PÉREZ ALONSO, *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

— «La pensión compensatoria y la pensión de viudedad», *AS*, núm. 21, 2009.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La extinción del Derecho a la pensión compensatoria*, Granada, 2005.

SERRANO ARGÜELLO, «Pensión de viudedad para ex cónyuges víctimas de violencia de género, de la denegación judicial a la nueva regulación legal», *AS*, 2010.

Revista de

Derecho de Familia

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

No se vulnera ningún derecho fundamental por que la condena por delito de lesiones en el ámbito familiar lleve implícita «en todo caso» la pena accesoria de prohibición de aproximación a la víctima aunque sea en contra de la voluntad de la lesionada, disponiendo además el tribunal de un amplio margen temporal para imponer dicha pena.

Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 60/2010, de 7 de octubre

Ponente: **Excmo. Sr. D. Javier Delgado Barrio**

ANÁLISIS DEL CASO

El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria dictó Auto el 11 de mayo de 2005 en el que incoaba diligencias urgentes para el enjuiciamiento rápido de hechos que podían ser constitutivos de un delito de maltrato familiar.

El día 23 de mayo de 2005 el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia absolviendo al acusado del delito de violencia familiar habitual que le había sido imputado y condenándolo, como autor de un delito de lesiones en el ámbito familiar, previsto y penado en el artículo 153 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de un año de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante dos años y seis meses, prohibición de acercarse a la víctima o comunicar con ella de cualquier modo o acudir al domicilio y lugar de trabajo de la misma por tiempo de dos años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de la mitad de las costas procesales.

Interpuesto recurso de apelación por el condenado, las actuaciones fueron remitidas a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas y, señalado para votación y fallo el día 17 de octubre de 2005, la Sala, tras la deliberación, acordó, por providencia del posterior día 24, lo siguiente: «estando conclusos los autos para sentencia, la Sala se plantea de oficio la posibilidad de promover la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 57.2 del Código Penal por posible vulneración de los artículos 1.1 y 10.1 de la Constitución Española, en (*sic*) desarrollo de la personalidad, (artículo 10 de la CE) y a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE), así como los artículos 24.1 y 25.1 de la Constitución Española, por lo que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 35.2 LO 2/1979, del Tribunal Constitucional, se acuerda oír a las partes por diez días comunes e improrrogables para que puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia del planteamiento de la citada cuestión».

El Ministerio Fiscal presentó alegaciones sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad el día 11 de noviembre de 2005, considerando que no quedaba acreditada la existencia de dudas razonables suficientes para ello al no apreciarse apariencia alguna de contradicción entre el artículo 57.2 CP y el ordenamiento constitucional. La representa-

ción procesal del apelante presentó escrito de alegaciones el día 15 de noviembre de 2005, solicitando elevar los autos al Tribunal Constitucional para la resolución de la cuestión.

La Sala acordó plantear la cuestión de inconstitucionalidad por Auto de 23 de noviembre de 2005.

La cuestión de inconstitucionalidad fue desestimada por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

I. Base jurídica del auto promoviendo la cuestión de inconstitucionalidad

El Auto de cuestionamiento indica que la duda de inconstitucionalidad que plantea respecto del artículo 57.2 CP se refiere a la imposición obligatoria (la expresión «se impondrá, en todo caso») de la pena de prohibición de aproximación a la víctima (también denominada en el lenguaje forense pena de alejamiento) y la suspensión del derecho de visitas respecto de los hijos, sin atender a los presupuestos de gravedad y peligrosidad establecidos como criterios generales en el artículo 57.1 CP, prescindiendo de la solicitud o deseo de la víctima y demás familiares y con independencia de la existencia de una amenaza real o potencial a su integridad.

Sostiene el órgano judicial que «el alejamiento es una pena privativa de derechos que afecta a diversos derechos del condenado pero también de la víctima y en según que circunstancias a los hijos comunes». Afecta, a su parecer, a la libertad de elegir residencia y a circular por el territorio nacional (artículo 19.1 CE), así como al derecho a la intimidad familiar (artículo 18.1 CE), al derecho a contraer y convivir en matrimonio (artículo 32 CE) y, en este supuesto, al derecho al trabajo en la profesión elegida (artículo 35 CE). De otro lado, se resalta que, hasta la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, aquélla fue una sanción de aplicación discrecional, que dependía de un juicio de pronóstico sobre la reiteración delictiva que había de verificarse a partir de la gravedad del hecho y de la peligrosidad del autor. Sin embargo, la citada reforma legislativa habría llevado a que «una pena con finalidad preventiva especial, facultativa, que atiende exclusivamente a las necesidades de la víctima de manera exclusiva, se transforme cuando ésta y el

agresor tienen una determinada vinculación no sólo en los fenómenos de violencia familiar sino también en una pluralidad de delitos no violentos, en una pena preventiva general de aplicación obligatoria que se desentiende de la víctima, de las características del hecho, de la gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor».

Concretando las vulneraciones constitucionales atribuidas al artículo 57.2 CP, la Sala afirma que el precepto infringe el artículo 25.1 CE, que consagra el principio de personalidad de la pena. En relación con la víctima, y en algunos casos respecto de los hijos comunes, la aplicación de la medida de alejamiento en contra de su voluntad lesionaría el artículo 25.1 CE en tanto supone la imposición de una pena o medida de seguridad a quien no ha cometido ilícito penal alguno, sin que frente a ello pueda aducirse que la pena de alejamiento se impone al condenado y no a la víctima, habida cuenta de su inescindible bilateralidad, que hace imposible la efectividad del alejamiento sin afectar a la libre determinación de la víctima, por lo que el alejamiento se impone a ambos. Para la víctima, las consecuencias de la aplicación de esta pena significarían también, cuando se impone contra su voluntad y sin atender a las necesidades de tutela de su vida, integridad u otros bienes personales, un sacrificio de su libertad y de su capacidad de autodeterminación. Contra ello no cabe oponer, al parecer de la Sala, que toda pena privativa de libertad afecta a la vida familiar del condenado, pues lo hace de una manera indirecta y menos radical, permitiendo la relación dentro de los límites del régimen penitenciario. Sin embargo, la pena obligatoria de prohibición de aproximación supone una carga directa sobre el ofendido al obligarle a la separación y ruptura de la convivencia y por un plazo mayor que el de las penas privativas de libertad.

Asimismo, la imposición de esta pena en contra de la voluntad de la víctima conllevaría una flagrante indefensión contraria al artículo 24.1 CE, dado que se impone a ésta una medida que indefectiblemente la afecta sin haber sido oída y sin haber participado en el proceso. La indefensión se acrecentaría dado que, incluso en el caso de que la víctima expusiera una fundada opinión contraria, el Juez vendría obligado a imponerla.

De otra parte, la Sala considera que el artículo 57.2 CP vulnera el principio de proporcionalidad de las penas (artículo 25.1 CE en relación con el artículo 9 CE) porque la pena de alejamiento, en la forma en que se recoge en el precepto penal cuestionado, no identifica con nitidez suficiente qué bien jurídico trata de proteger, al aplicarse a una multiplicidad de delitos, no sólo a los de lesiones o maltratos habituales, sino también a los delitos contra el honor o contra el patrimonio, en los que no ha existido peligro para la indemnidad de la víctima. Además, se desentiende de la gravedad del hecho y de la peligrosidad del delincuente, pautas que, en cambio, sí se aplican cuando la víctima no tiene vinculación familiar con el condenado. La pena resultaría, al propio tiempo, innecesaria, de un lado, porque los fines de la misma se logran con las penas principales previstas para cada uno de los delitos y, de otro, porque el artículo 57.1 CP permite a los Tribunales aplicar la pena de alejamiento cuando lo estimen necesario para la protección de la víctima, incluso en contra de su parecer. Además, la pena controvertida, cuando se impone en contra de los deseos de la víctima, resultaría inidónea para los fines pretendidos porque el alejamiento sólo adquiere sentido si se vincula a fines preventivo-especiales y cautelares de protección de aquélla y disminución del riesgo de reiteración delictiva. Junto a ello, la imposición de la pena «en todo caso» impide la formulación de un imprescindible juicio individualizado de proporcionalidad que corresponde al Juez.

En el Auto de cuestionamiento se conecta el principio de proporcionalidad de las penas con el artículo 9 CE, al afirmar que el «legislador, al igual que el resto de los poderes públicos, sin excepción, está sujeto a la Constitución, como enuncia con rotundidad su artículo 9.1,

cuyo apartado tercero proclama la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, incluida la arbitrariedad en la actividad legislativa», recordando así mismo que una ley es arbitraria «cuando “careciera de toda explicación racional”, cuando es producto no del “arbitrio legítimo” sino del “capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales”» (con cita de diversas resoluciones de este Tribunal).

Aprécia asimismo la Sala que la pena de alejamiento, en el sentido y con el alcance establecidos en el precepto cuestionado, tiene una incidencia directa en el derecho a la intimidad familiar (artículo 18.1 CE) que, como consecuencia y derivado del derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículos 1.1 y 10.1 CE), supone una manifestación de la autodeterminación personal que no puede ser invadida por los poderes públicos salvo en los supuestos estrictamente necesarios para la preservación de otros valores superiores, que en este caso no concurren, pues en el recurso de apelación en el marco del cual se formula esta cuestión no se habría demostrado que el alejamiento fuera preciso para la protección de los derechos de la mujer y de los hijos comunes sino que, antes al contrario, la efectividad de tal pena pondría en grave riesgo la convivencia familiar. Entiende la Sala, además, que esta conclusión no sólo se ve apoyada por la doctrina constitucional (se refiere a este respecto a las SSTC 53/1985, de 11 de abril; y 202/1999, de 8 de noviembre), sino también por la vertida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en interpretación del artículo 8 CEDH (con cita de la Sentencia de 28 de septiembre de 2004, recaída en el asunto Sabou y Pircalab c. Rumanía).

Por todo lo expuesto, entiende el órgano judicial que el precepto, concretamente en su expresión «se acordará, en todo caso», podría infringir los artículos de la Constitución Española indicados.

II. Alegaciones del Abogado del Estado para la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad

El Abogado del Estado se personó en el presente proceso en nombre del Gobierno, solicitando en

su escrito de alegaciones, registrado el día 28 de marzo de 2006, la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

Tras señalar que en el Auto de cuestionamiento se mencionan, sin especial desarrollo, varios preceptos constitucionales, observa el Abogado del Estado que de las consideraciones críticas acerca de la imposición obligatoria de la pena de alejamiento, sin dejar margen al arbitrio judicial, no se desprende ninguna consecuencia específica de inconstitucionalidad, puesto que realmente las penas de imposición potestativa son excepcionales en el marco de la legislación penal y, sobre todo, las objeciones de fondo aducidas son independientes del grado de vinculación del juzgador a la hora de su imposición. Subraya asimismo que toda pena es siempre limitativa de una libertad que se tendría de no existir aquella; la aflicción consiste en eso y resulta innecesario insistir en esta especie de argumentación tautológica. La expresión «penas privativas de libertad» —continúa el escrito de alegaciones— se ha acuñado por el uso para designar ciertos tipos de penas pero, en rigor, es difícil encontrar alguna que no pueda reconducirse a una restricción más o menos intensa de la libertad personal.

Por lo que se refiere a la invocación de los artículos 24 y 25 CE, que se reputan infringidos por considerar que el alejamiento impone al condenado y a la víctima la recíproca prohibición de acercarse, el Abogado del Estado niega que ello sea realmente así: el Auto parte de la premisa de que la pena tiene como objetivo la tutela de un interés puramente personal de la víctima, lo que le lleva a situar, incorrectamente, la pena en el ámbito del poder dispositivo de aquella. Pero la oposición de la víctima como mecanismo excluyente de la pena colocaría a este tipo de infracciones en la esfera de los delitos denominados privados, perseguibles sólo a instancia de parte, puesto que, aunque seguirían siendo perseguibles de oficio, la víctima tendría una suerte de derecho de veto para la imposición de las penas. Tal posibilidad habría de basarse en una consideración específica que no aparece en el Auto, esto es, que el delito agota sus efectos en la persona directamente ofendida, sin trascendencia razonable alguna en la sociedad.

Sin embargo, es obvio que el delito de lesiones no ha merecido ese tratamiento de delito perseguible a instancia de parte, y menos aún lo hace en la actualidad, de modo que con la imposición de la pena no sólo se protegería a la persona agredida por una estimación de riesgos apreciada por el legislador, sino también a la propia sociedad frente a la reiteración de este tipo de ofensas contra una misma víctima. Y el resto de objeciones que se hacen al precepto cuestionado desde la óptica del artículo 25 CE parten de la mentada configuración de estos delitos como perseguibles a instancia de parte, de ahí el reproche de la falta de proporcionalidad que se atribuye a la pena, que se califica de manera desvirtuada de innecesaria e inidónea para sus propios fines contra los deseos de la víctima. En fin, las objeciones son puras estimaciones críticas que se basan en una percepción de los fines de la norma cuestionada como conectados a la exclusiva protección de la concreta persona perjudicada y, en consecuencia, supeditados a los actos dispositivos de la misma.

Respecto del artículo 18.1 CE en relación con los artículos 1.1 y 10.1 CE, reitera el Abogado del Estado que la pena de alejamiento no restringe la libertad de la víctima ni interesa en medida alguna al mandato del artículo 10.1 CE, ni a ningún otro precepto. En cuanto al artículo 18.1 CE, cuya eventual lesión aprecia el órgano judicial por afectar la pena de alejamiento a la intimidad familiar en el sentido que cabe inferir de los tratados internacionales suscritos por España, que prohíben la injerencia arbitraria de los poderes públicos, advierte el Abogado del Estado que la Audiencia parte de que la pena atañe no sólo al autor del hecho, sino también a la víctima, lo que permite analizar los efectos que la imposición de una pena puede ocasionar sobre terceros y, en especial, sobre la persona ofendida por la acción delictiva. El Auto parece rechazar, como inconstitucional, toda posible proyección, por indirecta que sea, de una pena sobre terceras personas distintas al condenado. Pero para el Abogado del Estado este argumento no es asumible en términos generales, ni guarda relación con el indiscutido principio de personalidad de las penas, porque conduciría a la inconstitucionalidad de la pena de prisión, incuestionablemente más grave que la de alejamiento. Si las penas

hubieran de calibrarse en su aplicación por una ponderación de sus consecuencias extraprocesales negativas para terceras personas, habría que excluir incluso las multas con el fin de evitar el impacto de su exacción sobre el patrimonio de los acreedores o sobre las expectativas de los herederos del sancionado, que, de admitirse la tesis formulada en el Auto, vendrían a convertirse en destinatarios de la propia sanción. Toda pena, en fin, puede ocasionar un efecto sobre terceros, tanto más sensible cuanto más próxima sea su relación o afectos con el condenado, y no será difícil, en la mayor parte de los casos, traer a colación algún principio constitucional (relaciones familiares, libre desarrollo de la personalidad entre ellos) en apoyo de la inaplicación de las penas.

Con base en todo lo expuesto, el Abogado del Estado interesa que se desestime la cuestión de inconstitucionalidad promovida.

III. Alegaciones del Fiscal General del Estado solicitando la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad

El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones el día 10 de abril de 2006, indicando que la presente cuestión presenta analogía con otras que, sobre la misma materia, han sido tramitadas por el Pleno del Tribunal. De modo particular, en las cuestiones núms. 3916-2005 y 8820-2005, promovidas por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid, se aduce que el artículo 57.2 CP vulnera los artículos 1.1, 10.1, 18.1, 24.1 y 25.1 CE, siendo estos mismos artículos los que aparecen en la providencia de traslado a las partes de la presente cuestión. Por ello, en razón de la economía procesal, el Fiscal General del Estado se remite a los argumentos allí expuestos sobre la inconstitucionalidad de la norma y la acumulación de procesos, interesando, por último, que por el Pleno de este Tribunal se dicte Sentencia desestimando esta cuestión de inconstitucionalidad.

En los escritos de alegaciones a los que se efectúa la citada remisión, el Fiscal General del Estado subraya, respecto de la fundamentación de la inconstitucionalidad del precepto que se apoya en la imposición obligatoria del alejamiento y, por tanto, desligada de la voluntad de

la víctima, que tal efecto es inherente al sistema penal en que las penas no se imponen en función de la opinión de la víctima de los delitos, sino de la responsabilidad de sus autores. En este sentido, el Fiscal General del Estado aduce que toda pena afecta en mayor o menor medida al círculo de allegados del condenado sin que por ello pueda entenderse que se impide el desarrollo de la personalidad de los familiares. Para que la pena obstaculizara el desarrollo de la personalidad habría de recaer directamente sobre la persona afectada y venir referida a una actuación anti-jurídica o irregular del poder, nunca a una medida impuesta por una norma penal habilitante. E igual reflexión puede hacerse, según el Fiscal General del Estado, respecto de la dignidad que, como atributo genérico de la persona, no tiene por qué resultar directamente afectada por la imposición de una pena al individuo que ha perpetrado un acto de violencia o coacción sobre su persona y que ha sido condenado tras un juicio justo. El Derecho penal faculta al Estado, en el ejercicio del *ius puniendi*, para la descripción de los delitos y la imposición de penas o medidas de seguridad por los ilícitos que tipifica, de modo que en un sistema parlamentario y democrático difícilmente puede hablarse de injerencia del poder público en la dignidad o intimidad de las personas por la fijación de una pena a un hecho delictivo.

En lo atinente a la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), el Fiscal General del Estado niega que pueda hablarse de incongruencia por el hecho de que la pena se imponga contra la voluntad de la víctima cuando la pena ha sido solicitada por el Fiscal, ni tampoco de indefensión habida cuenta de las posibilidades de intervención en el proceso de las partes afectadas y su plenitud para realizar actos de alegación y defensa.

Por lo que se refiere al principio de legalidad, el Fiscal General del Estado acepta que el artículo 25.1 CE proscriba que las penas se impongan a una persona que no ha cometido el delito; sin embargo, con recto criterio técnico no podría afirmarse que la pena cuestionada se imponga también a la víctima, ya que ésta no vulnera con su conducta, en sí misma considerada, ningún precepto penal por su aproximación

a su agresor, salvo interpretaciones contrarias al espíritu de la norma por parte del juzgador.

IV. Razonamientos jurídicos del Tribunal Constitucional para desestimar la cuestión de inconstitucionalidad

La presente cuestión plantea, por tanto, el problema relativo a los presupuestos de constitucionalidad de las leyes penales, en el que habremos de adentrarnos —conviene advertirlo ya en este momento— con una especial cautela debido al amplio margen de libertad de configuración de delitos y penas que corresponde al legislador democrático a la hora de la plasmación normativa de la política criminal.

1. Con carácter previo al examen del fondo de la cuestión, procede analizar la concurrencia de las exigencias impuestas por el artículo 35 LOTC, toda vez que, como este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones, «no existe ningún óbice para realizar un pronunciamiento de inadmisión de una cuestión de inconstitucionalidad en la fase de resolución de la misma, esto es, mediante Sentencia, dado que la tramitación del artículo 37.1 LOTC no tiene carácter preclusivo y cabe apreciar en Sentencia la ausencia de los requisitos, tanto procesales como de fundamentación, requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (por todas, SSTC 224/2006, de 6 de julio, FJ 4; 166/2007, de 4 de julio, FJ 5; y 59/2008, de 14 de mayo, FJ 2)» (STC 179/2009, de 21 de julio, FJ 2).

No ofreciendo dudas la aplicabilidad de la norma legal al caso ni la corrección del juicio de relevancia formulado por el órgano judicial, la única cuestión a analizar es la relativa al cumplimiento por el órgano judicial del trámite de audiencia previsto en el artículo 35.2 LOTC y que, de acuerdo con nuestra doctrina, sirve a dos finalidades esenciales: de un lado, «poner a disposición del Juez un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura» de este proceso constitucional, «y, de otro, facilitar el examen por parte de este Tribunal acerca de la viabilidad de la cuestión misma y el alcance del problema constitucional en ella planteado» (STC 139/2008, de

28 de octubre, FJ 4). Por este motivo no cabe que el Auto de planteamiento de la cuestión introduzca «elementos nuevos que los sujetos interesados en el proceso no hayan podido previamente conocer ni, por ello, apreciar o impugnar su relevancia para el planteamiento de la cuestión, privándose así al órgano judicial de la opinión de aquéllos y no facilitándoles su reflexión sobre los mismos, pues ello es susceptible de desvirtuar el trámite de audiencia del artículo 35.2 LOTC» (STC 166/2007, de 4 de julio, FJ 6).

En este caso, la providencia que abrió el precitado trámite hace mención del precepto penal controvertido y de las normas de la Constitución que sustentan la cuestión. Ahora bien, la relación de disposiciones constitucionales enumeradas no coincide con el catálogo que se introduce en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad: en la providencia se citan los artículos 1.1, 10.1, 18.1, 24.1 y 25.1 CE, mientras que en el posterior Auto son los artículos 1.1, 10.1, 18.1, 19.1, 24.1, 25.1, 32 y 35 CE los que fundamentan el razonamiento del órgano judicial. Ha de esclarecerse, pues, si y en qué medida le es dado a este Tribunal analizar el fondo de la cuestión suscitada respecto de los artículos 19.1, 32 y 35 CE, puesto que la falta de referencia a un determinado precepto constitucional en la providencia de apertura del trámite de audiencia y su designación *ex novo* en el Auto de planteamiento únicamente origina la infracción de los requisitos procesales del artículo 35.2 LOTC en la medida en que se haya imposibilitado a las partes conocer el contenido de la cuestión para su apreciación e impugnación, en su caso. Consecuencia de todo ello es, en los términos de la STC 120/2000, de 10 de mayo, que «no es exigible a la providencia que inicia el trámite de audiencia la mención específica de los preceptos constitucionales que se estime puedan resultar infringidos, siempre que esta indeterminación sea sólo relativa, en el sentido de que las partes hayan podido “conocer el planteamiento de inconstitucionalidad realizado por el Juez y, atendidas las circunstancias del caso, situarlo en sus exactos términos constitucionales y oponerse a él” (SSTC 42/1990, FJ 1)» (FJ 2).

Es esto lo que ocurre con la alegada vulneración del derecho consagrado en el artículo

19.1 CE, toda vez que, pese a la ausencia de cita formal en la providencia del órgano judicial, el hecho de que se planteara a las partes la inconstitucionalidad, por posible lesión de la libertad de los sujetos concernidos, de un precepto que contempla la imposición como pena de la prohibición de aproximarse a determinados lugares, es suficiente para permitir a aquéllas localizar el planteamiento de inconstitucionalidad realizado por el juez en el contexto del derecho a elegir la residencia y a circular libremente por el territorio nacional (artículo 19.1 CE), quedando, así, satisfecha la función institucional del trámite de audiencia regulado en el artículo 35.2 CE.

Por el contrario, la providencia de 24 de octubre de 2005 no sólo no realiza alusión expresa a los derechos reconocidos en los artículos 32 y 35 CE, sino que tampoco incluye manifestación alguna de la que inferir que la cuestión planteada a las partes pudiera extenderse a esos derechos, de manera que la omisión del órgano judicial impidió a éstas conocer las condiciones en que se produjo la duda judicial de constitucionalidad del precepto en relación con los artículos 32 y 35 CE y ubicar la cuestión en sus exactos términos constitucionales, por lo que estos dos preceptos deben ser excluidos en el análisis de la pretendida inconstitucionalidad de la norma legal cuestionada.

2. Una vez comprobada la concurrencia de los presupuestos del artículo 35 LOTC, conviene ahora delimitar con precisión el objeto exacto de la cuestión que se somete a nuestro enjuiciamiento, así como las vulneraciones constitucionales aducidas:

a) Por un lado, la duda sobre la constitucionalidad del artículo 57.2 CP formulada en el Auto de planteamiento se refiere a la imposición obligatoria —la expresión «en todo caso»— de la pena de prohibición de aproximación a la víctima —también denominada en el lenguaje forense «pena de alejamiento»— y de suspensión del régimen de visitas respecto de los hijos comunes menores, sin atender a los presupuestos de gravedad y peligrosidad establecidos como criterio general en el artículo 57.1 CP, prescindiendo de la solicitud o deseo de la víctima y demás familiares, y con independencia de la existencia de una amenaza real o potencial a su integridad. El

precepto cuestionado, tras la modificación introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, habría convertido una pena de aplicación potestativa, cuya imposición se hacía depender de un juicio de pronóstico sobre la reiteración delictiva efectuado a partir de la gravedad del hecho o de la peligrosidad del autor, en una pena de imposición forzosa, puesto que obliga al Juez o Tribunal a acordarla «en todo caso» si la condena lo es por alguno de los delitos mencionados en el artículo 57.1 CP y el sujeto pasivo del mismo es una de las personas descritas en el artículo 57.2 CP, con abstracción, pues, de la mayor o menor entidad de los hechos o del peligro que represente el delincuente y, además, sin tener en consideración la voluntad de los afectados.

A pesar de que el núcleo de la duda de inconstitucionalidad se refiere al inciso «en todo caso», la impugnación ha de entenderse referida al precepto en su conjunto, puesto que el artículo 57.2 CP establece una regla particular para determinados supuestos en la que la especialidad se limita a configurar como obligatorio lo que el artículo 57.1 CP contempla como facultativo, de tal modo que si el inciso controvertido se declarase inconstitucional el artículo 57.2 CP quedaría privado de contenido por entero.

b) Por otro lado, la duda de constitucionalidad del artículo 57.2 CP descansa sobre las cuatro alegaciones siguientes. En primer lugar, la Sala estima que el precepto cuestionado infringe el principio de personalidad de las penas (artículo 25.1 CE). La imposición del alejamiento en contra de la voluntad de la víctima supondría la aplicación de una pena a quien no ha cometido ilícito penal alguno, puesto que, dada su inescindible bilateralidad, se haría imposible la efectividad del alejamiento sin afectar a la libre determinación de la víctima.

En segundo término, la imposición forzosa de la pena de alejamiento lesionaría el derecho de la víctima a no padecer indefensión (artículo 24.1 CE), puesto que se le impondría una medida que indefectiblemente le afecta sin haber sido oída, sin haber participado en el proceso, e, incluso, con independencia de su eventual participación, ya que el órgano judicial estaría obligado a aplicarla por encima de las razones que la víctima hubiera podido exponer.

En tercer lugar, la Sala aduce que el artículo 57.2 CP vulnera el principio de proporcionalidad de las penas (artículo 25.1 CE en relación con el artículo 9.3 CE). La pena de alejamiento, en la forma en que es regulada en el artículo 57.2 CP, sería innecesaria puesto que las funciones de esta pena serían las que justifican la imposición de las penas principales previstas para cada uno de los distintos delitos y, además, el artículo 57.1 CP permite ya a los Tribunales aplicar la pena si lo consideran conveniente para proteger a la víctima, incluso contra su propia opinión, en atención a la gravedad del hecho y al pronóstico de reincidencia; sería, además, inidónea porque la prohibición de acercamiento sólo tendría sentido si se vincula a fines preventivo-especiales y cautelares de protección, por lo que su aplicación automática, al margen del peligro y de la necesidad de proteger a la víctima, le privaría de explicación racional y la convertiría en arbitraria; y también sería, finalmente, desproporcionada en cuanto su imposición forzosa impediría al juez ejercer su función básica de determinar y adecuar la pena a las condiciones del hecho castigado y a la efectiva protección de la víctima. Todo ello haría, en fin, del artículo 57.2 CP una norma penal desproporcionada y, por tanto, arbitraria (artículo 25.1 CE en relación con el artículo 9.3 CE).

Finalmente, el precepto cuestionado afectaría a la libertad de elegir residencia y circular libremente por el territorio nacional (artículo 19.1 CE), produciendo también una vulneración del artículo 18.1, en relación con los artículos 10 y 1.1 CE, ya que la imposición obligatoria del alejamiento tendría una directa incidencia en el derecho a la intimidad familiar que, como consecuencia y derivado del derecho al desarrollo de la personalidad, supone una manifestación de la autodeterminación personal que no puede ser invadida por los poderes públicos salvo en los supuestos estrictamente necesarios para la preservación de otros valores superiores, siendo así que en este caso el precepto impone el alejamiento sin tener en cuenta ni el tipo de delito, ni su gravedad, ni su influencia en las relaciones de convivencia, ni la peligrosidad del condenado y sin posibilidad de ponderar la opinión de la víctima y el juicio que le merezca al Tribunal sentenciador.

3. La Sala imputa al artículo 57.2 CP, en primer lugar, la infracción del principio de personalidad de la pena (artículo 25.1 CE), al imponerse a la víctima una sanción penal sin haber cometido hecho punible alguno.

El principio de personalidad de las penas, que forma parte del de legalidad penal y se encuentra, por tanto, comprendido en el derecho reconocido en el artículo 25.1 CE, «implica que sólo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos [SSTC 131/1987, de 20 de julio, FJ 6; 219/1988, de 22 de noviembre, FJ 3; 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 5; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4.b); 93/1996, de 28 de mayo, FJ 1, y 137/1997, de 21 de julio, FJ 5]» (STC 125/2001, de 4 de junio, FJ 6). Sin embargo, conforme a nuestra doctrina los postulados del artículo 25.1 CE únicamente resultan aplicables a aquellas medidas que sean auténtica manifestación del ejercicio del *ius puniendi*, siendo impropio su aplicación, «como resulta de las SSTC 73/1982, 69/1983 y 96/1988, a supuestos distintos o a actos, por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen un verdadero carácter sancionador» (STC 164/1995, de 8 de noviembre, FJ 4; 125/2001, de 4 de junio, FJ 6).

Procede partir aquí de la diferencia esencial entre los efectos propios —por directos e inmediatos— de la pena sobre los derechos cuya privación o restricción implica la medida en la que se concreta, de los efectos externos —que, por contraste con los anteriores, podrían calificarse como indirectos o mediatos— que esa misma medida pueda tener sobre otros derechos o intereses legítimos, tanto del responsable del hecho punible como de terceros, y que, por más que deban tomarse en consideración, según se comprobará posteriormente, en el análisis de la proporcionalidad de la norma cuestionada, no constituyen por sí mismos el objeto de una sanción en sentido estricto. En el caso que nos ocupa, el objeto de la pena de prohibición de aproximación prevista en el artículo 57.2 CP no restringe el derecho de la víctima sino del autor del delito o, dicho en otros términos, la pena de prohibición de aproximación no se impone a la

víctima sino exclusivamente al autor del hecho punible, siendo meridiana en este sentido la dicción del artículo 48.2 CP («La prohibición de aproximarse ... impide al penado...»). Cuestión diversa, como observa el Abogado del Estado, es que esta pena, como ocurre, por lo demás, con todas, pueda tener una repercusión negativa sobre terceros. Y si en algunas ocasiones es el patrimonio y por ello el nivel económico familiar el que puede resultar afectado, según ocurre, por ejemplo, con la pena de multa o la de inhabilitación, en otras ocasiones la consecuencia de la pena es la separación física y la ruptura de la convivencia cotidiana, tal y como sucede con la pena de prisión o, en fin, con la aquí debatida prohibición de aproximación. Esa separación física representa un efecto externo de la pena controvertida que podrá ser tanto más intenso cuanto más próximos sean el vínculo o los efectos de aquellas personas con el penado, y que se producirá, por cierto, con independencia de que su imposición tenga lugar en el marco del artículo 57.2 CP o sea fruto del margen de arbitrio que al juez reconoce el artículo 57.1 CP.

En definitiva, pese a la distinta naturaleza y entidad de la secuela que puede originar cada una de las penas contempladas en la legislación penal, no puede acogerse la alegación del órgano promotor de la cuestión, en el sentido de que en el caso concreto de la pena de alejamiento el efecto de la quiebra de la vida en común constituye, en sí mismo, una pena impuesta a la víctima en cuanto supone una carga directa sobre ella. Y ello por el esencial razonamiento de que la restricción de derechos que al ofendido puede irrogarle la ejecución de la prohibición de aproximación es, en todo caso, una consecuencia anudada al sentido propio de la pena impuesta al condenado, pero no es resultado de una manifestación del ejercicio del *ius puniendi* del Estado sobre el ofendido, puesto que, de un lado, no son sus derechos sino los del autor del delito los que resultan restringidos mediante la imposición de la pena de prohibición de aproximación *ex* artículo 57.2 CP, ni ésta se impone a la víctima, de otro, como una medida represiva que «castig[ue] una conducta realizada porque sea antijurídica», una propiedad esta que, en lo que ahora importa, ha destacado este Tribunal como específica de las sanciones, ni tampoco

cumplen, en fin, esos efectos sobre el ofendido ninguna de las finalidades retributivas y preventivas propias de éstas (SSTC 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2; 164/1995, de 8 de noviembre, FJ 4 y 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 3). Por estas razones ha de descartarse una posible infracción del principio de personalidad de la pena (artículo 25.1 CE).

4. Tampoco cabe apreciar que la imposición forzosa de la pena ocasione al ofendido la indefensión prohibida por el artículo 24.1 CE. Ante todo, es preciso observar que, al tener su origen en la posibilidad de que se le imponga una medida que le afecta sin haber sido oída y sin haber participado en el proceso, la supuesta vulneración constitucional se produciría también en el ámbito del artículo 57.1 CP, que contempla la posibilidad de imponer la misma pena accesoria.

Pero es que, además y sobre todo, no hay tal lesión: en el sistema procesal penal español, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos en los que existe un monopolio estatal del ejercicio de la acción penal, la víctima puede constituirse en parte en el proceso y, por consiguiente, puede ejercer los derechos asociados a esa situación jurídica, entre los que se encuentra el derecho a no padecer indefensión (artículo 24.1 CE) y a disfrutar de un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE). En los términos de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, la víctima tiene reservado un papel efectivo y adecuado en el sistema judicial penal (artículo 2.1) y garantizada la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba (artículo 3). En este orden de cosas, la norma cuestionada en absoluto restringe las facultades de las partes en general, y de la víctima en particular, para intervenir en el proceso y formular actos de alegación y de defensa de sus pretensiones, lo cual excluye la vulneración del derecho fundamental invocado. En definitiva, no es, sencillamente, cierto que la pena de alejamiento se imponga sin que el sistema garantice a la víctima el derecho a ser oída y a participar en el proceso.

Añade en este punto el órgano judicial que la indefensión de la víctima se ve acentuada porque, aunque su opinión contraria a la imposición de la

pena hubiera sido oída, el juez o tribunal vendría obligado, desatendiendo la misma, a imponer la prohibición de aproximación. Tal consideración, sin embargo, es de todo punto ajena a la indefensión constitucionalmente proscribida, que no se produce porque la voluntad contraria de la víctima no sea impositiva de la aplicación de la pena de alejamiento, pues como se acaba de notar, la víctima puede constituirse en parte y aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes, así como alegar lo que a su derecho convenga, sin que ello conlleve, claro está, la exigencia de que sus tesis sean asumidas necesariamente por el órgano judicial. El órgano promotor de la cuestión de inconstitucionalidad equipara indebidamente, por tanto, el derecho de la víctima a no padecer indefensión con un supuesto derecho a que la Ley acoja su criterio respecto del modo en que el Estado debe ejercer su poder punitivo.

5. Se aborda a continuación en el Auto de planteamiento, introduciendo así el núcleo central del razonamiento sobre la inconstitucionalidad del artículo 57.2 CP, la posible infracción del principio de proporcionalidad (artículo 25.1 CP en relación con el artículo 9 CE), en tanto la imposición obligatoria de la pena de prohibición de aproximación, en la forma en que es recogida en ese precepto, resultaría innecesaria, inidónea y desproporcionada. La Sala añade que la pena de alejamiento afecta a la libertad de elegir residencia y a circular libremente por el territorio nacional (artículo 19.1 CE), y que tiene, además, una directa incidencia en el derecho a la intimidad familiar que, como consecuencia y derivado del libre desarrollo de la personalidad, supone una manifestación de la autodeterminación personal que no puede ser invadida por los poderes públicos salvo en los supuestos estrictamente necesarios para la preservación de otros valores superiores (artículo 18.1 CE en relación con los artículos 1.1 y 10 CE, y artículo 8.1 CEDH). Aunque en el Auto de planteamiento estas alegaciones se formulan de manera separada, razones de orden sistemático aconsejan examinarlas junto a la relativa a la vulneración del principio de proporcionalidad.

6. El control de la proporcionalidad de las normas penales por este Tribunal debe partir nece-

sariamente de las dos consideraciones preliminares que se realizan a continuación:

a) La primera se refiere al alcance de nuestro enjuiciamiento, que, según hemos advertido ya al comienzo de nuestra fundamentación, resulta limitado por el reconocimiento «en esta sede de la “potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”, y que en esta configuración, que supone “un complejo juicio de oportunidad”, el legislador goza de un amplio margen de libertad. El juicio que procede en esta sede jurisdiccional “debe ser por ello muy cauteloso. Se limita a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho” (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23; también, SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6 y ss.; 161/1997, de 2 de octubre, FFJJ 9 y ss.; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4)» (STC 127/2009, de 26 de mayo, FJ 8).

En términos semejantes nos hemos pronunciado, más en concreto, a propósito del control de proporcionalidad realizado en el marco del principio de igualdad, que también «ha de ser de “contenido mínimo”, en atención de nuevo a la exclusiva potestad legislativa en la definición de los delitos y en la asignación de penas, y en convergencia con el baremo propio de la proporcionalidad de las penas (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12)», de manera que «sólo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable *ex* principio de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un “desequilibrio patente y excesivo o irrazonable ... a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa” (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23)» (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10).

Siendo ello así, en la perspectiva institucional propia de la delimitación de las funciones

respectivas del legislador penal y de este Tribunal Constitucional, debe precisarse a continuación, con otra perspectiva, que la propia Constitución, lejos de someter la acción del legislador a los mismos límites sustantivos con independencia del objeto sobre el que ésta se proyecte o del tipo de decisiones que incorpore, contempla límites más exigentes en el caso de las normas penales que en el de otras decisiones de aquél, debido, precisamente, al alcance de los efectos que de aquéllas se derivan, puesto que cuanto más intensa sea la restricción de los principios constitucionales y, en particular, de los derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional, tanto más exigentes son los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la medida que los genera. Nuestro enjuiciamiento debe, por tanto, partir simultáneamente de estos dos planteamientos: uno, de carácter sustantivo, que se refiere a la intensidad de los límites que la Constitución impone a la ley, y el otro, de naturaleza formal, que alude a la posición de este Tribunal a la hora de comprobar la satisfacción de aquéllos.

b) La segunda observación preliminar aludida se refiere al sentido y fundamento del control de la proporcionalidad de las normas penales. Un presupuesto lógico de la aplicación del principio de proporcionalidad es la identificación de los principios constitucionales que se ven limitados por obra de la medida impugnada y cuya constitucionalidad es objeto de controversia. Así lo hemos reiterado en nuestra doctrina, ya desde la STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3, en la que advertíamos que «el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales ... Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad» (en idéntico sentido, STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 22).

Este planteamiento es, por lo demás, coherente con la función institucional del principio de proporcionalidad que, como es conocido,

opera como presupuesto de constitucionalidad de las medidas que restringen principios constitucionales y, más concretamente, como límite de las normas y actos que limitan los derechos fundamentales, de ahí que sea en las disposiciones constitucionales que los reconocen donde debe encontrarse el fundamento normativo de este presupuesto de constitucionalidad de la ley. El de los derechos reconocidos en la Constitución es, en efecto, el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad: «[a]sí ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SSTC 62/1982, FJ 5; 66/1985, FJ 1; 19/1988, FJ 8; 85/1992, FJ 5; 50/1995, FJ 7)» (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3; 136/1999, de 20 de julio, FJ 22).

7. De lo anterior se deriva que la primera cuestión que debe ser analizada como presupuesto de la comprobación de la proporcionalidad de una medida, también cuando ésta constituye una norma penal, es la de cuáles son los principios o derechos constitucionales cuyo contenido se ve restringido como consecuencia de su adopción, puesto que, en caso de que no se produjera una restricción de esa naturaleza, carecería de sentido la exigencia de que la norma fuera proporcional.

a) De un lado, al limitarse, en el caso que nos ocupa, el objeto de la duda de constitucionalidad a la norma que prevé la imposición obligatoria de la pena de prohibición de aproximación en relación con determinados tipos penales de cuya constitucionalidad, en sí mismos considerados, no se hace cuestión, nuestro análisis habrá de dejar a un lado las posiciones jurídicas afectadas por las prohibiciones contenidas en las correspondientes normas de conducta, para centrarse exclusivamente en aquellas otras situaciones jurídicas sobre las que se proyecta la norma de sanción contenida en el artículo 57.2 CP. En efecto, cuando el objeto de nuestro enjuiciamiento es una norma que contempla la

amenaza de la privación o restricción de ciertos bienes, la supuesta «desproporción afectará al tratamiento del derecho cuyo ejercicio queda privado o restringido con la sanción» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 22).

Pues bien, al igual que en el caso de la pena de prisión, la que ahora nos ocupa es una pena que tiene por objeto la restricción de la libertad del penado, por más que no se refiera tanto a su manifestación de libertad deambulatoria (artículo 17 CE), que es la que resulta afectada por aquélla (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 22), como a la relativa a la libertad de residencia y circulación por el territorio nacional (artículo 19.1 CE). A la misma conclusión hemos llegado en relación con la medida cautelar que se concreta en la obligación de residir en un lugar determinado (STC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 5). En efecto, el ámbito vital consistente en fijar libremente el lugar donde estar de manera transitoria o permanente resulta, si no radicalmente suprimido, sí parcialmente limitado como consecuencia de la imposición de la prohibición de aproximarse a la víctima, a cualquier lugar donde se encuentre, así como de acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, de manera que será la restricción de este derecho la que habrá de satisfacer las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad.

b) En conexión con tales libertades fundamentales, ha de señalarse que la imposición de la pena de alejamiento, al impedir al penado y a la víctima mantener o reiniciar la relación afectiva, familiar o de convivencia que les unía, también afecta negativamente a un principio cuya restricción ha de ser tenida en cuenta, en los términos que después indicaremos, en el control de constitucionalidad de la disposición impugnada. Se trata del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE), un principio que protege la configuración autónoma del propio plan de vida y que, por más que pueda someterse, como ocurre con otras normas de la Constitución, a límites o exclusiones a raíz de su ponderación con otras normas constitucionales, se proyecta sobre la decisión de continuar o no la relación afectiva o de convivencia que resulta impedida o entorpecida como consecuencia de

la prohibición de aproximación. Así lo hemos reconocido en nuestra STC 215/1994, de 14 de julio, FJ 4, respecto de la libertad de procreación, que constituye, al igual que la relativa a la decisión de continuar o no una relación afectiva o de convivencia, una manifestación del libre desarrollo de la personalidad naturalmente afectada como consecuencia de la imposición de la pena de prohibición de aproximación.

c) Por el contrario, y frente a lo aducido por la Sala en su Auto de planteamiento, en el que se alega la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el denominado «derecho a la vida familiar» [artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y, en la misma línea, artículo 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea en relación con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea], la pena de alejamiento no incide en el contenido del derecho a la intimidad familiar (artículo 18.1 CE). Según hemos precisado en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, este último precepto citado «regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia. Hemos entendido, en efecto, que el derecho a la intimidad personal del artículo 18 CE implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana” (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3). Y precisado que el derecho a la intimidad se extiende no sólo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE protegen. “No cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho —propio y no ajeno— a la intimidad, constitucionalmente protegido” (STC 231/1988)” (STC 197/1991, de 17

de octubre, FJ 3). En suma, el derecho reconocido en el artículo 18.1 CE atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5; STC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4)» (FJ 11).

La imposición de la pena de alejamiento afecta, pues, al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE) pero no a la intimidad familiar, porque lo que el derecho reconocido en el artículo 18.1 CE protege «es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres» (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2), y ello por más que en ocasiones estas dos posiciones jurídicas, la libertad para actuar en un determinado sentido y el derecho a resguardar ese ámbito vital de la acción y el conocimiento de los demás, puedan aparecer solapadas en caso de que una misma injerencia procedente del Estado o de terceros suponga una intromisión en el espacio protegido por ambas (así, en el asunto resuelto por la STC 151/1997, de 29 de septiembre).

Por lo demás, la distancia entre la doctrina expuesta y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 8.1 CEDH, que, tal y como afirma la Sala en el Auto de cuestionamiento, ha deducido de este precepto un «derecho a la vida familiar», debe relativizarse en gran medida. En efecto, en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, hemos señalado que «nuestra Constitución no reconoce un “derecho a la vida familiar” en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 8.1 CEDH» (FJ 11). Sin embargo, según se ha advertido ello en modo alguno supone que el espacio vital protegido por ese «derecho a la vida familiar» derivado de los artículos 8.1 CEDH y 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, y, en lo que aquí importa, la configuración autónoma de las relaciones afectivas, familiares y de convivencia, carezca de protección dentro de nuestro ordenamiento constitucional.

8. Como consecuencia del precepto impugnado sufren, por tanto, una restricción inmediata los derechos a elegir libremente el lugar de residencia y a circular por el territorio nacional (artículo 19.1 CE), pues son éstas las posiciones ju-

rídicas del autor sobre las que opera directamente la prohibición de aproximación o, si se prefiere, las que constituyen su objeto. Asimismo, y en conexión con los anteriores, la imposición de esta pena puede incidir de manera indirecta o mediata en el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE), ahora tanto del autor como de la víctima del delito, al restringir el espacio de autonomía respecto de la decisión de continuar o no la relación afectiva o de convivencia que este principio constitucional protege.

Sin embargo, de ello no se deriva sin más, como es obvio, la inconstitucionalidad de la norma penal impugnada, sino más bien su sujeción a un canon de control que, aunque no se agota en ellos (artículo 53.1 CE), comprende la satisfacción por parte de la medida que incorpora de los dos presupuestos de constitucionalidad que resultan controvertidos en este proceso constitucional: de un lado, el consistente en perseguir una finalidad constitucionalmente legítima, en los términos que se expondrán a continuación, y, de otro, el relativo al cumplimiento del principio de proporcionalidad, cuya verificación exige, conforme a nuestra doctrina (STC 66/1995, de 8 de mayo, FFJJ 4 y 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6 y ss.; 161/1997, de 2 de octubre, FFJJ 8 y ss.; y 136/1999, de 20 de julio, FJ 23), comprobar sucesivamente el cumplimiento de los tres requisitos siguientes. En primer lugar, la medida debe ser idónea o adecuada para la consecución de los fines que persigue, o, según afirmamos en la STC 136/1999, de 20 de julio, la pena ha de ser «instrumentalmente apta para dicha persecución» (FJ 23). En segundo lugar, la medida debe ser también necesaria, de tal manera que no resulte evidente la existencia de medidas menos restrictivas de los principios y derechos constitucionales que resultan limitados como consecuencia del artículo 57.2 CP «para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador» (*loc. cit.*). Y, finalmente, la medida debe ser proporcionada en sentido estricto, de modo que no concurra un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable» (*loc. cit.*) entre el alcance de la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, de otro.

9. Procede a continuación verificar si el artículo 57.2 CP satisface el primero de los dos presupuestos que integran el canon de control descrito, conforme al cual sólo cabe afirmar la proporcionalidad de una norma penal cuando ésta persiga la preservación de bienes o intereses constitucionalmente legítimos: «para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis “si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes” (STC 55/1996, FJ 7; en el mismo sentido, STC 111/1993, FJ 9)» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

El presupuesto del que parte la argumentación contenida en el Auto consiste en que «la prohibición de acercamiento sólo tiene sentido si se vincula a fines preventivo-especiales y cautelares de protección de la víctima y disminución del riesgo de reiteración delictiva». A partir de esta consideración, la Sala denuncia que el artículo 57.2 CP contempla la imposición del alejamiento «a los delitos contra el honor o contra el patrimonio, en los que no ha existido peligro para la indemnidad de la víctima», que «se desentiende de la gravedad del hecho y de la peligrosidad del delincuente», que resulta innecesaria porque el artículo 57.1 CP permitiría ya proteger a la víctima, y que es inidónea para la consecución de esa finalidad cuando se impone en contra de la voluntad de ésta.

Frente a ello, conviene aclarar que la identificación de la función de una medida adoptada por el legislador no es presupuesto sino resultado de la integración de su régimen jurídico, de tal manera que habrá que estar a la concreta disciplina jurídica a la que la ley ha sometido la prohibición de aproximación, en cada una de sus posibles modalidades, para determinar con precisión cuál sea su función institucional en cada

caso. Así, es claro que la prohibición de aproximación tiene una función de pura protección subjetiva de la víctima cuando se impone como medida cautelar (artículo 544 bis LECrim) o como medida de seguridad (artículo 96.3.9 CP), puesto que en estos casos la prohibición sólo puede acordarse motivadamente si el órgano judicial considera que el alejamiento «result[a] estrictamente necesario al fin de protección de la víctima» (artículo 544 bis LECrim), o si «del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pued[e] deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos» (artículo 95.1.2 CP). También prima la función de protección subjetiva de la víctima en el caso del alejamiento que se puede imponer como pena accesoria facultativa de conformidad con el artículo 57.1 CP, puesto que, en cuanto tal, no habrá de acordarse en todo caso sino «atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente».

Sin embargo, por más que su objeto sea idéntico, la finalidad de la prohibición de aproximación no puede considerarse inalterada cuando la ley la configura como pena accesoria y contempla su imposición «en todo caso». En particular, junto a la función asegurativo-cautelar que indudablemente tiene la pena cuestionada, y que no es exclusiva de ella sino predicable también del resto de las penas asociadas a estos tipos penales, la medida contenida en la disposición impugnada tiene como finalidad inmediata o directa la de proteger los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales en relación con los cuales se contempla la imposición obligatoria de la pena de alejamiento, una función esta que no sólo corresponde a la norma que prohíbe la realización de la conducta típica, sino también a la que prevé para tal caso la imposición de una determinada pena o de una concreta combinación de penas. Puede, aun, precisarse, desde la perspectiva constitucional que nos es propia, que aquella función asegurativo-cautelar de protección subjetiva de la víctima no deja de ser una manifestación de esta última, más general y que la comprende, puesto que las finalidades preventivas de la pena, en sus diversas modalidades, no representan objetivos distintos e independientes, sino que constituyen los modos en

los que las normas penales cumplen su finalidad principal de protección de bienes jurídico-constitucionales.

A propósito de la vinculación de los fines del artículo 57.2 CP con los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales a los que se remite el artículo 57.1 CP, el órgano judicial denuncia que el precepto cuestionado «no identifica con suficiente nitidez el bien jurídico que trata de proteger dada la multiplicidad de delitos a los que se aplica, no sólo los delitos de lesiones o maltratos habituales, sino también a los delitos contra el honor, contra el patrimonio, en los que no ha existido peligro para indemnidad de la víctima». Dejando a un lado la afirmación, ciertamente discutible, de que los delitos contra el honor y contra el patrimonio no alteran la indemnidad de la víctima, conviene precisar que en nada afecta a su constitucionalidad el hecho de que el precepto contemple la imposición de una determinada pena accesoria en relación con una multiplicidad de delitos, a su vez definidos mediante las correspondientes disposiciones del Libro II del Código Penal que tipifican cada uno de ellos. Mientras que estas últimas contienen más elementos a partir de los cuales identificar el bien jurídico protegido por la norma de conducta —por más que en ocasiones puedan no ser suficientes—, la finalidad a la que sirven las normas que, como la aquí cuestionada, tienen un carácter horizontal o transversal ha de integrarse acudiendo a las disposiciones normativas a las que ellas mismas se remiten o en relación con las cuales deben interpretarse sistemáticamente. Así ocurre con el grueso de las disposiciones contenidas en el Título III del Libro I del Código penal, y, en particular, con los artículos 54 CP y ss., que regulan con carácter general las penas accesorias.

La finalidad inmediata perseguida por el legislador mediante el artículo 57.2 CP es, por tanto, la de proteger los bienes jurídico-constitucionales tutelados por los tipos penales a los que se refiere el artículo 57.1 CP —vida, integridad física, libertad, patrimonio, etc.— mediante la evitación de futuros ataques que no se individualizan ni sólo ni principalmente por el hecho de ser violentos —ya que no todos esos delitos lo son—, sino sobre todo por materializarse en el seno de las relaciones afectivas, de

convivencia, familiares o cuasi familiares definidas en el propio artículo 57.2 CP. Por su parte, la protección subjetiva de la víctima frente a la futura reiteración delictiva por el condenado, a la que indudablemente sirve la prohibición de aproximación, al igual —según se verá— que su contribución a las diversas manifestaciones de la función de prevención de la pena, no son sino los caminos a través de los cuales el precepto cuestionado persigue ese propósito de protección de aquellos bienes jurídicos. Asimismo, junto a esta finalidad directa o inmediata, la configuración que del alejamiento realiza el artículo 57.2 CP tiene también otras finalidades secundarias como la creación de un espacio de confianza capaz de generar libertad en el disfrute de las posiciones en las que se concretan esos bienes jurídicos, así como la de eliminar la venganza privada y, con ello, evitar futuras lesiones de esos u otros bienes jurídicos.

10. Una vez identificados los fines perseguidos por el legislador mediante la norma cuestionada, la siguiente cuestión a analizar es la de si esos fines son o no constitucionalmente legítimos desde el punto de vista de la aplicación del canon de control expuesto, ya que el sacrificio de libertad que genera el artículo 57.2 CP sólo será inconstitucional «si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes» (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 7).

A este respecto conviene precisar, con carácter preliminar, que en el Auto de planteamiento la Sala no cuestiona la licitud constitucional del fin que persigue la norma, sino más bien la proporcionalidad de esta última en cuanto medio para su consecución, y, especialmente, su adecuación al fin relativo a la protección de la víctima frente a la futura reiteración de la conducta punible por el autor. Pero es que, además, y sobre todo, difícilmente puede negarse que, considerados en abstracto, y por tanto con independencia de los términos en los que la medida ha sido configurada por el legislador, esos fines son legítimos en cuanto capaces de justificar la restricción de los derechos afecta-

dos mediante la norma en cuestión, puesto que su tutela no sólo no está constitucionalmente prohibida, sino que incluso responde a la tutela de posiciones jurídicas protegidas por derechos fundamentales como son los derechos a la vida, a la integridad física o a la libertad personal. Finalmente, la legitimidad constitucional del fin no sólo se aprecia considerando en abstracto los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales en relación con los cuales el artículo 57.2 CP contempla la imposición obligatoria de la pena de alejamiento, sino también a la luz de las concretas agresiones frente a las cuales la norma trata de protegerlos, que, según se ha señalado, se caracterizan por materializarse en el seno de las relaciones afectivas, de convivencia, familiares o cuasi familiares.

Debemos, pues, concluir que la norma cuestionada, por más que suponga una restricción de posiciones jurídicas constitucionalmente protegidas, sirve a la protección de fines constitucionalmente legítimos; otro problema distinto es el de la intensidad y los términos en los que se producen aquellos efectos, cuestión esta que corresponde analizar a continuación.

11. El otro elemento integrante del canon de control expuesto consiste, efectivamente, en el cumplimiento por parte de la norma penal del principio de proporcionalidad, en virtud del cual la medida que ésta incorpora debe ser adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto. Por lo que respecta a la exigencia de adecuación, que procede comprobar en primer lugar, de nuestra doctrina se deriva que la norma cuestionada ha de ser idónea o adecuada en punto a la satisfacción de la finalidad a la que pretendidamente sirve, o en los términos de la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23, «instrumentalmente apta para dicha persecución». El principio de adecuación reclama, por tanto, la existencia de una relación de congruencia objetiva entre el medio adoptado por el legislador y el fin que con él se persigue, entendiéndose que tal circunstancia se producirá si la medida que se deriva del precepto cuestionado puede contribuir positivamente a la realización del fin perseguido. Por el contrario, la medida habrá de reputarse inidónea o inadecuada si entorpece o, incluso, si resulta indiferente en punto a

la satisfacción de su finalidad. Finalmente, la necesaria consideración del espacio de libertad de configuración política que corresponde al legislador democrático obliga a precisar que para apreciar la adecuación del artículo 57.2 CP, desde la posición que corresponde a este Tribunal, es suficiente con que la disposición cuestionada contribuya en alguna medida a la realización del fin que persigue, de tal modo que sólo cabría declarar la inconstitucionalidad de aquélla en este estadio del control de proporcionalidad si resultara manifiesto que la imposición obligatoria de la pena de alejamiento entorpece o, cuando menos, es indiferente desde la perspectiva del cumplimiento de sus fines.

En su Auto de planteamiento niega la Sala que el artículo 57.2 CP satisfaga el presupuesto relativo a la adecuación de la medida que contiene: «el alejamiento forzoso en contra de los deseos de la víctima no es una pena idónea para los fines pretendidos. La prohibición de acercamiento sólo tiene sentido si se vincula a fines preventivo-especiales y cautelares de protección de la víctima y disminución del riesgo de reiteración delictiva. Ello exige —continúa el Auto— un juicio de pronóstico que los sustente, como dice el apartado primero del propio artículo 57 CP. La aplicación automática de la pena al margen del peligro y de la necesidad de proteger a la víctima carece de explicación racional. Como la pena tiene una consecuencia directa para la víctima, la ruptura de la convivencia, ya matrimonial, de pareja o familiar, contra su voluntad está inclinado (*sic*) indefectiblemente a incumplirla». La carencia de explicación racional de la medida conduciría, en fin, a que la medida no supere este primer elemento del test de proporcionalidad, así como a la violación del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE).

12. La duda de constitucionalidad formulada por la Sala en relación con la falta de adecuación del artículo 57.2 CP debe ser rechazada. Ante todo, si el origen de la supuesta falta de idoneidad del alejamiento forzoso radicara, como se alega, en que el precepto, al contemplar su imposición «en todo caso», permite su adopción «en contra de los deseos de la víctima», la alegación debería conducir a cuestionar

también la constitucionalidad del artículo 57.1 CP, puesto que este precepto también permite al órgano judicial, siempre que sea necesario desde la perspectiva de los dos criterios que en él se enuncian, imponer la pena de alejamiento incluso «en contra de los deseos de la víctima». Luego el problema no parece residir tanto en que la pena pueda imponerse en contra de la voluntad de aquélla, cuanto en que se pueda imponer en casos en los que la justificación de tal medida no resulte de la necesidad de protegerla frente a futuras reiteraciones del hecho punible, supuesto en el que, al parecer del órgano judicial, la imposición de la medida «carece de explicación racional», debiendo entonces reputarse inadecuada y arbitraria.

Sin embargo, esta argumentación tampoco puede acogerse porque descansa, según se ha razonado ya, en una precomprensión errónea de los fines a los que sirve el precepto cuestionado, que no son los propios de una medida cautelar, ni los de una medida de seguridad ni, en fin, tampoco los de una pena accesoria de imposición potestativa como la prevista en el artículo 57.1 CP. La adecuación de la pena accesoria de imposición obligatoria prevista en el artículo 57.2 CP ha de verificarse en relación con los fines que con ella persigue el legislador penal, de modo que su examen pasa por comprobar si la conminación penal que realiza el precepto es o no un medio adecuado para proteger los bienes jurídico-constitucionales tutelados por los tipos penales a los que se refiere el artículo 57.1 CP mediante la evitación de comportamientos futuros que los lesionen o pongan en peligro y que se caractericen por materializarse en el seno de las relaciones afectivas, de convivencia, familiares o cuasi familiares definidas en el propio artículo 57.2 CP.

En este orden de cosas, no parece discutible que la amenaza de la sanción prevista en el artículo 57.2 CP puede contribuir a influir en el comportamiento de sus destinatarios disuadiéndoles de realizar en el futuro las conductas desvaloradas por el legislador mediante los correspondientes tipos penales. La contribución positiva del precepto impugnado a la protección de esos bienes jurídicos se concreta, en cuanto norma de sanción, en su función preventiva de

futuras lesiones, la cual, a su vez, se articula a través de dos mecanismos.

Por un lado, la amenaza de la imposición de la pena accesoria de alejamiento, al igual que la pena principal, debe en principio considerarse eficaz en punto a la prevención general de futuras agresiones a esos bienes jurídicos, especialmente si se tiene en cuenta que el carácter preceptivo de aquélla contribuye a incrementar la certeza de la respuesta sancionadora. Sería, desde luego, posible que una pena de imposición obligatoria, en atención a los diversos factores que inciden en su función de motivación, no llegase a desplegar eficacia instrumental alguna desde esta perspectiva de la prevención general, pero lo cierto es que, ni éste parece ser el caso, ni en el Auto de planteamiento ha llegado la Sala a hacer cuestión de ello.

Por otro lado, la amenaza de la imposición de la pena de alejamiento cumple también una función de prevención especial, particularmente por lo que respecta a la reiteración delictiva contra la propia víctima. En efecto, incluso si atendiéramos de manera exclusiva, tal y como propone el Auto de planteamiento de esta cuestión, a la finalidad de protección subjetiva de la víctima frente a la futura reiteración del hecho delictivo por el autor, la duda de constitucionalidad formulada por el órgano judicial tampoco podría ser acogida porque resulta patente que la prohibición de aproximación, con la consiguiente separación física entre el autor y la víctima, puede contribuir razonablemente a la realización de ese fin.

Lo anterior conduce a desestimar la alegación relativa a la falta de idoneidad de la norma cuestionada, así como, por tanto, la de su supuesta arbitrariedad. Según hemos afirmado reiteradamente, «al enjuiciar un precepto legal al que se tacha de arbitrario, nuestro examen ha de centrarse en determinar si dicho precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien si, aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad» (STC 128/2009, de 1 de junio, FJ 3, entre otras muchas). En este caso, el órgano promotor de la cuestión no alega discriminación alguna generada por la norma,

sino únicamente la inexistencia de una explicación racional que la justifique, cuyo origen se encontraría en la supuesta falta de adecuación de la medida en punto a la protección de la víctima, de tal manera que, una vez descartada esta última, procede hacer lo propio con la supuesta arbitrariedad del artículo 57.2 CP.

Cuestión distinta es que, en atención a los concretos términos en los que la prohibición ha sido configurada por el legislador, el órgano judicial considere que el artículo 57.2 CP genera un sacrificio excesivo de libertad, pero ello no conduciría a la inadecuación o a la arbitrariedad de la medida sino, en su caso, a que ésta tuviera que reputarse innecesaria o desproporcionada.

13. Una vez comprobada la adecuación de la medida corresponde, por tanto, verificar la satisfacción del principio de necesidad. Según hemos afirmado reiteradamente, desde «la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, “a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador” (STC 55/1996, FJ 8)» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23). De ahí que con carácter general no baste para justificar la inconstitucionalidad de la norma penal en virtud del principio de necesidad con proponer diversas medidas alternativas a la que se deriva de la disposición impugnada. En efecto, «el juicio de necesidad que compete a este Tribunal es mucho más complejo y matizado. Como hemos dicho en otras ocasiones, el control del Tribunal Constitucional sobre “la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia ... tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido”; por ello, esta tacha de desproporción solamente será aplicable

cuando “las medidas alternativas [sean] palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada” (STC 161/1997, FJ 11)» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 28).

En el Auto de planteamiento de la cuestión se aduce que la pena prevista por el artículo 57.2 CP es «doblemente innecesaria»: lo sería, de un lado, porque «todos los fines y funciones de la pena, los de prevención general, positiva y negativa, los de prevención especial y los de retribución son los que justifican la imposición de las penas principales previstas para cada uno de los distintos delitos, por lo que la imposición de la pena accesoria es a tales efectos innecesaria»; y también lo sería, de otro, porque «el apartado primero del artículo 57 permite a los Tribunales aplicar la pena de alejamiento siempre que considere (*sic*) su conveniencia para proteger a la víctima, incluso, contra su propia opinión, cuando la gravedad del hecho y el pronóstico de reincidencia así lo aconseje».

Así las cosas, la medida alternativa propuesta en el Auto al examinar la necesidad de la contemplada en el artículo 57.2 CP es su pura y simple inexistencia: el régimen de sanciones que se derivaría de la desaparición del precepto impugnado quedaría integrado por las penas principales previstas para los delitos contemplados en el artículo 57.1 CP en las normas que regulan cada tipo penal y por la pena accesoria de alejamiento de imposición facultativa prevista en el artículo 57.1 CP. En el Auto de planteamiento cada una de estas dos respuestas sancionadoras —parece que, incluso, aisladamente consideradas— se reputa capaz de justificar el carácter innecesario del artículo 57.2 CP.

14. No se puede dudar de que la alternativa propuesta entraña una menor intensidad coactiva que la opción acogida por el legislador puesto que, como es obvio, el régimen sancionador descrito es menos restrictivo para los principios y derechos afectados por la pena de alejamiento que el que se deriva del artículo 57.2 CP. En efecto, frente a la imposición preceptiva de la pena principal y de la pena accesoria de prohibición de aproximación, en ausencia del precepto cuestionado la misma conducta merecería la imposición de la pena principal en todo caso, pero

la accesoria de alejamiento sólo se impondría facultativamente si, a juicio del órgano judicial, fuera necesario en el caso concreto atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente.

Sin embargo, según se ha adelantado, ello no es suficiente para concluir la inconstitucionalidad de la medida, puesto que, junto a la intensidad de la restricción, el control de necesidad requiere interrogarse, en segundo lugar, acerca del grado de eficacia de la medida alternativa en punto a la satisfacción del fin perseguido por la disposición impugnada, que debe ser al menos semejante al que se deriva de esta última. Sólo en tal caso la adopción de la medida menos restrictiva vendría constitucionalmente exigida por los principios constitucionales que resultan afectados. Pues bien, al tratarse en este caso de una norma que contempla la imposición preceptiva de una sanción accesoria y venir integrada la medida alternativa por su simple desaparición, la fundamentación desarrollada con anterioridad en relación con la adecuación o idoneidad de la medida impugnada permite llegar al tiempo a la conclusión de que el régimen sancionador que se derivaría de la inexistencia del artículo 57.2 CP no sería en ningún caso igualmente eficaz para la satisfacción de la finalidad perseguida que el contemplado por la disposición impugnada, puesto que con aquella medida alternativa simplemente desaparecería, sin resultar compensado por otras vías, el incremento de eficacia que se cifra en la contribución positiva de la imposición obligatoria de la pena de alejamiento a la tutela de los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales contemplados en el artículo 57.1 CP mediante la función de prevención de futuras lesiones. Por lo demás, al alegar que «todos los fines y funciones de la pena ... son los que justifican la imposición de las penas principales previstas para cada uno de los distintos delitos», la Sala olvida que el juicio de necesidad requiere comprobar el grado en el que cada una de las diversas medidas contribuyen a la consecución de esos fines y funciones.

En definitiva, por más que la medida alternativa planteada en el Auto de cuestionamiento genere efectivamente una menor restricción de los principios y derechos constitucionales

afectados como consecuencia de la norma penal impugnada, no puede considerarse razonablemente que despliegue un grado semejante de consecución del fin perseguido, razón por la cual ha de concluirse que la imposición preceptiva de la pena de alejamiento contemplada en el artículo 57.2 CE satisface las exigencias del principio de necesidad.

15. Más problemas plantea, sin duda, el cumplimiento del principio de proporcionalidad en sentido estricto, cuya comprobación exige, de acuerdo con nuestra doctrina, valorar recíprocamente el alcance de la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados por la norma penal, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, de otro. Y ello en el bien entendido de que no cualquier desproporción o falta de equilibrio habrá de ser, desde la perspectiva que nos ocupa, constitucionalmente relevante, sino que sólo lo será aquella en la que el exceso resulte verdaderamente manifiesto o evidente. Sólo en tal caso producirá la norma un «patente derroche inútil de coacción» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23, entre otras) y resultará la declaración de su inconstitucionalidad por nuestra parte respetuosa con el margen de libre configuración política que corresponde al legislador democrático.

A juicio de la Sala promotora de esta cuestión de inconstitucionalidad, la «imposición de la pena de alejamiento “en todo caso”, impide la formulación de un imprescindible juicio individualizado de proporcionalidad que corresponde al juez». En el Auto se recuerda que en nuestra STC 136/1999, de 20 de julio, afirmamos que el «coste inevitable en lo que a la determinación de la conducta típica se refiere, sin embargo, sólo resulta constitucionalmente admisible en la medida en que la mencionada apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación, por así decir, del marco punitivo, que haga a su vez posible la puesta a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas de colaboración con los grupos terroristas. De otro modo, y tal como pone también de manifiesto la legislación comparada, el apli-

cador del derecho se situaría ante la disyuntiva ya sea de incurrir en evidente desproporción, ya sea de dejar impunes conductas particularmente reprochables» (FJ 30). La Sala concluye su argumentación acerca de la desproporción en la que incurriría el precepto cuestionado afirmando que la «imposición forzosa del alejamiento impide al Juez su función básica de determinar y adecuar la pena a las condiciones del hecho castigado y a la efectiva protección a la víctima».

Tal y como ocurre, en general, con las normas penales, el artículo 57.2 CP genera unos efectos de intensidad considerable sobre los principios y derechos a los que antes se ha hecho referencia, que tienen su origen, particularmente, en la doble circunstancia consistente en que el precepto ordena la imposición de la pena convertida en todo caso y en que ésta se contempla en relación con un conjunto tan numeroso como heterogéneo de tipos penales. Sin embargo, de la comparación de la entidad de esos efectos con el grado de satisfacción de los fines que con él persigue el legislador penal no resulta un exceso o desequilibrio como el requerido para constatar su estricta desproporción; y menos aún cabe afirmar que este exceso sea una falta de proporcionalidad «evidente» o «manifiesta», de tal manera que debiéramos declarar la inconstitucionalidad del precepto cuestionado.

Esta conclusión que avanzamos es el resultado de los razonamientos que siguen.

16. En primer lugar, no es, sencillamente, cierto que la imposición forzosa del alejamiento impida al órgano judicial atender a las circunstancias del caso para graduar la intensidad de la respuesta penal. El artículo 57.2 CP interpretado en relación con los artículos 57.1 y 48.2 CP define, en los términos empleados por nuestra doctrina, un amplio marco punitivo que pone «a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas».

Por una parte, aunque el artículo 57.2 CP ordena la imposición de la pena «en todo caso», la duración de la prohibición puede ser concretada por el órgano judicial a partir de un intervalo temporal ciertamente extenso: en principio,

«el juez o tribunal acordará la pena accesoria por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave»; no obstante, al establecer esta regla «sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior», el límite inferior del margen temporal queda corregido en función de lo previsto en esta última disposición: «si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave». Todo ello conduce a que el órgano judicial disponga de un marco punitivo considerablemente extenso.

Por otra parte, en el caso de que la pena principal no fuera de prisión la duración de la pena accesoria tiene un límite máximo de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, y un límite mínimo de un mes en ambos casos, de conformidad con lo establecido en el artículo 40.3 CP en relación con el artículo 33.6 CP, lo que abre amplias posibilidades al juez o tribunal, a la hora de determinar la pena, para adecuar su concreta duración a las circunstancias y necesidades del caso.

Tanto en uno como en otro supuesto dispone, pues, el órgano judicial de un amplio margen de arbitrio respecto de la fijación de la duración de la pena accesoria. Además, la regla especial incorporada en el artículo 57.2 CP —la imposición, en todo caso, de esta pena accesoria en los supuestos contemplados en tal precepto— no excluye que el ejercicio de ese margen de arbitrio pueda realizarse atendiendo a las circunstancias consignadas en el artículo 57.1 CP: la gravedad de los hechos y el peligro que el delincuente represente, elemento este último en cuya valoración adquiere un papel relevante la percepción subjetiva que de ese peligro tenga la víctima, así como cuáles sean sus intenciones en relación con el mantenimiento o reanudación de la convivencia con el agresor y la reconciliación con el mismo.

17. En segundo lugar, la disposición impugnada ha de ser puesta en conexión con otros preceptos penales en relación con los cuales se

interpreta y aplica, que contribuyen a flexibilizar aún más los términos en los que el legislador ha configurado normativamente la posibilidad de que el órgano judicial acomode la intensidad de la respuesta sancionadora a las características del caso concreto.

De un lado, en un caso como el del proceso que ha dado lugar a la promoción de esta cuestión de inconstitucionalidad, a lo anterior se añade que el órgano judicial, en el momento de aplicación de la pena, puede tomar adicionalmente en consideración el artículo 153.4 CP, introducido por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral de la violencia de género, que entró en vigor el día 30 de junio de 2005, con anterioridad, por tanto, del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. El citado precepto dispone que el «Juez o Tribunal, razonándolo en la Sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrán poner la pena inferior en grado». Este precepto, al igual que las disposiciones semejantes previstas para los delitos de amenazas (artículo 171.6 CP) y coacciones (artículo 172.2 *in fine* CP), debe ser puesto en relación con el artículo 57.2 CP y, a su vez, con los artículos 70.2 y 71 CP, y afectaría también a la pena que ahora nos ocupa, que en función de tales circunstancias podría ver aún más reducido su límite mínimo en tanto disminuiría el de la pena principal, lo que amplía aún más las posibilidades de ajustar la pena a las circunstancias concretas concurrentes en el caso.

De otro lado, también en el momento de aplicación de la pena podrá el juez tomar en cuenta, como es obvio, las circunstancias atenuantes concurrentes en el caso, incluso las de análoga significación, que permitirán, haciendo el uso procedente de las reglas de aplicación de las penas (artículos 66 y ss. y, en particular, artículo 71 CP), adecuar la pena de alejamiento a las circunstancias concurrentes en el caso y, entre ellas, a las necesidades específicas de protección que tenga la víctima, lo que posibilitará cumplir los plurales fines de las penas que el legislador asigna a cada tipo delictivo, al mismo tiempo que se adecuan las finalidades precautorias-asegurativas a las necesidades realmente existentes en cada caso concreto.

En definitiva, el artículo 57.2 CP configura un régimen de sanciones lo suficientemente flexible como para que el juez o tribunal pueda graduar la intensidad de la respuesta sancionadora a la luz de las circunstancias del caso. La disposición cuestionada otorga al órgano judicial un margen de arbitrio que le permite valorar en el caso concreto las exigencias que se derivan de los fines a los que sirve la norma penal y de los principios y derechos que resultan afectados por ella. Un margen de arbitrio que, obvio es decirlo, no resulta incompatible con el carácter preceptivo de la pena de que se trate, ya sea ésta la accesoria contemplada en este precepto o la principal establecida en otras disposiciones penales. Al igual que ocurre, en efecto, con otras penas cuya imposición está contemplada con carácter preceptivo por el legislador penal, podría aquí decirse que, mientras que la norma penal permite al órgano judicial realizar una ponderación en el caso concreto respecto del *quantum* de la pena, la ponderación entre los principios constitucionales afectados en lo que respecta al *an* (sic) de la sanción habría sido ya realizada por el legislador penal. Y es que lo que demanda el órgano judicial no es una mayor flexibilidad en el marco punitivo diseñado por el artículo 57.2 CP, sino la pura y simple supresión del régimen de sanciones que se deriva del precepto impugnado.

18. Todavía en este orden de cosas, en el Auto de planteamiento sostiene la Sala que a la presente cuestión de inconstitucionalidad resulta de aplicación la doctrina vertida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 28 de septiembre de 2004, caso Sabou y Picarlab c. Rumanía, en la que se declaró contraria al artículo 8.1 CEDH una norma rumana en virtud de la cual la imposición de cualquier pena privativa de libertad habría de llevar aparejada como pena accesoria la suspensión automática de la patria potestad durante el período que durase la reclusión. Después de constatar que «la privación de la patria potestad del ... demandante constituye una injerencia en su derecho al respeto de su vida familiar», el Tribunal constata que en el Derecho rumano «la prohibición de ejercer la patria potestad se aplica automáticamente y de manera absoluta en concepto de pena accesoria a toda persona que cumple una pena de prisión,

sin ningún control por parte de los tribunales y sin que se tengan en cuenta el tipo de infracción y el interés de los menores. Por tanto, constituye más bien una reprobación moral cuya finalidad es el castigo del condenado y no una medida de protección del niño». En el caso de autos, en particular, observa la Sentencia que «la infracción por la que se condenó al demandante era totalmente ajena a las cuestiones vinculadas a la patria potestad y que en ningún momento se alegó una falta de cuidados o unos malos tratos por su parte hacia sus hijos» (§ 48). Teniendo en cuenta estas circunstancias, el Tribunal concluye que «no se ha demostrado que la privación en términos absolutos y por efecto de la Ley de la patria potestad del primer demandante respondiera a una exigencia primordial que afectara a los intereses de los niños y, en consecuencia, que persiguiese un fin legítimo, a saber la protección de la salud, de la moral o de la educación de los menores. En consecuencia, ha habido violación del artículo 8 del Convenio» (§ 49).

La doctrina expuesta no resulta de aplicación en este proceso constitucional. Dejando a un lado la circunstancia, ya advertida, de que, conforme a nuestra doctrina, del derecho a la «intimidad familiar» (artículo 18.1 CE) no se deriva la existencia de un derecho a la «vida familiar», es suficiente a este respecto con resaltar las diferencias que median entre el artículo 57.2 CP y la norma penal rumana sobre la que se pronuncia la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 28 de septiembre de 2004. Mientras que esta última contemplaba la imposición como pena accesoria de la privación de la patria potestad a partir del momento en el que se iniciara la ejecución de una pena de prisión y durante todo el período durante el que el autor permaneciera recluido, con independencia, pues, de cuál fuera la infracción penal cometida, así como de si los hijos resultaron o no ofendidos por ella, el alcance del artículo 48.2 CP, al que se remite el artículo 57.2 CP, y, por tanto, la intensidad de la restricción sobre los principios y derechos constitucionales que se deriva de este último, son mucho más limitados. En efecto, el artículo 57.2 CP dispone que la prohibición de aproximación se acordará en todo caso, pero esa prohibición puede tener efectos diversos sobre los hijos menores del autor.

Por un lado, si los hijos menores fueron los ofendidos, entonces la prohibición de aproximación se impondrá respecto de ellos y de los lugares a los que se refiere el artículo 48.2 CP, y llevará aparejada, según dispone ese precepto, la suspensión «del régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena». En este supuesto la pena se impone, efectivamente, «en todo caso», pero, a diferencia del asunto resuelto por la STEDH de 28 de septiembre de 2004, la infracción por la cual se habría condenado al progenitor no sería «totalmente ajena a las cuestiones vinculadas a la patria potestad», sino que habría tenido a los hijos, precisamente, como víctimas de uno de los delitos a los que se refiere el artículo 57.1 CP (homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, etc.).

Por otro lado, si el sujeto ofendido no fuera un hijo menor del autor del delito, la suspensión del régimen de visitas no se producirá en modo alguno de forma automática, sino sólo, de conformidad con el tenor del artículo 48.2 CP, si el juez o tribunal acordara extender a éste la prohibición de aproximación impuesta en relación con quien sí lo fuera —por ejemplo, el otro cónyuge titular de la custodia—, y en los términos en los que el órgano judicial así lo hiciera. El tenor literal del precepto es claro en cuanto a que la decisión corresponde al órgano judicial: «[l]a prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal».

En conclusión, lejos de sustentar la alegada falta de proporcionalidad de la regulación de la suspensión del régimen de visitas que se deriva del artículo 57.2 en relación con el artículo 48.2 CP, su comparación con el asunto resuelto por la STEDH de 28 de septiembre de 2004, caso Sabou y Picarlab c. Rumanía, subraya las diferencias que median entre ambos, poniendo de manifiesto, en particular, el margen otorgado al juez o tribunal y, por tanto, la menor intensidad de los efectos que se derivan del régimen al que se refiere la presente cuestión de inconstitucionalidad.

19. En cuarto lugar, es de advertir que la disposición cuestionada contempla la imposición de la pena de alejamiento en relación con un conjunto numeroso y diverso de delitos, que alcanza des-

de los que protegen bienes jurídicos tan íntimamente vinculados al núcleo de la dignidad humana como la vida, la integridad física y moral o la libertad, hasta los delitos contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico. Sin embargo, el alcance de la restricción de los principios y derechos afectados que de esta circunstancia se deriva ha de ser relativizado como consecuencia del artículo 268 CP, que atempera en gran medida el rigor punitivo del precepto impugnado al establecer una exención de responsabilidad criminal en relación con los delitos contra la propiedad y el orden socioeconómico, siempre que no concurra violencia o intimidación, cometidos entre los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos.

20. Si las consideraciones anteriores contribuyen a apreciar en sus justos términos el grado en que la norma penal cuestionada afecta negativamente a los principios y derechos sobre los que interviene, procede destacar ahora que el grado en que esa norma satisface las exigencias que se derivan de los principios constitucionales cuya protección constituye la finalidad de la medida que contiene resulta particularmente intenso. Y ello es así por dos motivos. De una parte, no puede dejar de resaltarse la extraordinaria relevancia constitucional de los bienes jurídicos que el legislador pretende proteger mediante la conminación penal que se deriva del artículo 57.2 CP, que remiten a posiciones jurídicas específicamente protegidas por disposiciones constitucionales expresas (artículo 15 CE, artículo 17 CE, artículo 18 CE, etc.). De otra parte, mediante este precepto el legislador pretende proteger esas posiciones jurídicas fundamentales frente a agresiones que razonablemente le merecen un especial desvalor, tanto porque, en la mayor parte de los supuestos contemplados en su presupuesto de hecho, se caracterizan por ser agresiones violentas, como por materializarse en el seno de relaciones afectivas, de convivencia o de tipo familiar o cuasi familiar.

La particular relevancia de los bienes jurídico-constitucionales aludidos, así como la cir-

cunstancia de que las agresiones descritas por el artículo 57.2 CP, en virtud del modo y el contexto en el que se producen, se hagan acreedoras de un mayor desvalor para el legislador penal determina que sea asimismo mayor la contribución de la medida que este precepto contiene a la protección de los fines que con ella se persiguen. De igual modo, estos dos factores permiten concluir que la especial intensidad de la restricción de los principios y derechos que resultan afectados negativamente por dicha medida se corresponde con el alcance, asimismo considerable, de las exigencias que se derivan de los principios a los que sirve.

21. Siendo ello así, finalmente, y teniendo en cuenta que el que nos ocupa es un juicio de estricta validez, nuestra decisión ha de ser la de desestimar la presente cuestión, puesto que, desde la posición institucional que le es propia a este Tribunal, para poder apreciar la inconstitucionalidad de las decisiones del legislador que expresan el resultado de juicios de ponderación entre principios constitucionales es preciso que las razones derivadas de aquellos a los que éste haya otorgado menor peso sean de una tal intensidad que resulten capaces de desplazar no sólo a las que se derivan de los principios opuestos, sino también a las exigencias procedentes de los principios de democracia y pluralismo político, especialmente intensas en relación con la formulación normativa de la política criminal. Esas exigencias conducen, según hemos señalado ya, a que sólo quepa declarar la inconstitucionalidad, por su desproporción, de la ley penal cuando el exceso o desequilibrio imputado a la medida que incorpore resulte verdaderamente manifiesto o evidente. En otras palabras, mientras que cualquier desajuste entre las dos variables objeto de recíproca valoración en este estadio de control puede dar lugar a un reproche al legislador desde el punto de vista de la legitimidad externa u oportunidad de la medida adoptada, para que esa desproporción adquiera relevancia constitucional ha de tratarse de un exceso verdaderamente patente y manifiesto.

No le es dado, en fin, a este Tribunal ir más allá en su labor de enjuiciamiento sin invadir el margen de libre configuración de delitos y penas que corresponde al legislador democrático, tal y como ya hemos indicado.

TRIBUNAL SUPREMO

PENSIÓN COMPENSATORIA

Se considera ajustado al criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo fijar una pensión compensatoria temporal de dos años cuando el matrimonio duró ocho años, la esposa tiene menos de cuarenta años y tiene experiencia profesional como peluquera inmediatamente anterior a contraer el matrimonio.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de abril de 2010

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Natalia interpuso demanda de separación contra D. Carlos Francisco.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Torrelavega dictó Sentencia de 21 de febrero de 2005 declarando la separación y adoptando las siguientes medidas definitivas: «a) que los cónyuges podrán vivir separados, cesando la presunción de convivencia conyugal; b) que quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de ellos hubiera otorgado al otro; c) que, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica; d) que cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en los Registros de la Propiedad y Mercantil de esta Resolución; e) que se atribuye el uso de la vivienda familiar sita en Torrelavega al demandado, y f) que el demandado deberá abonar a la actora una pensión compensatoria de 300 euros mensuales, pagadera por meses anticipados, actualizable anualmente con arreglo al IPC oficialmente publicado, que deberá ser ingresada dentro de los primeros días de cada mes en la cuenta corriente que se le designe. Todas estas medidas podrán ser modificadas cuando se produzca una variación sustancial de las circunstancias. Cada parte abonará sus costas».

En grado de apelación la Sec. 4.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria dictó Sentencia el 5 de septiembre de 2005, estimando el recurso y condenando a D. Carlos Francisco a pagar a D.ª Natalia la cantidad de 300 euros al mes en concepto de pensión compensatoria, actualizable conforme al incremento del IPC durante los dos años siguientes a la separación y a ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que se facilite al efecto.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Sentencia de Primera Instancia razonó que en cuanto a la pensión compensatoria «debe acordarse, puesto que es evidente que la crisis matrimonial produce una situación de desequilibrio económico en la que resulta perjudicada la solicitante; porque, ciertamente, en la actualidad se encuentra residiendo en Valladolid, en una casa de acogida, y carece de empleo, mientras que el demandado es titular de una empresa de transportes, cuyos ingresos exactos no han quedado probados, ya que no se considera suficiente a este respecto la declaración del IRP aportada a los autos, porque al formularse de forma unilateral por el obligado tributario no ofrece garantías de veracidad, pero que por lo que manifestó en prueba de interrogatorio deben ser elevados, tomando en consideración los salarios mensuales netos que paga a los conductores de sus vehículos, 2. 253,79 euros, pues resulta poco creíble que sus beneficios mensuales sean inferiores a los salarios de sus empleados.

Pues bien, valorando que la convivencia ha durado aproximadamente 8 años, lo que evidencia que no se trató de un matrimonio contraído fraudulentamente por la actora, como se sostiene en la contestación a la demanda, que durante el mismo apenas ha trabajado en otra cosa que no fuesen las tareas domésticas, puesto que según lo manifestado por el demandado en prueba de interrogatorio los trabajos que realizó por cuenta ajena o propia fueron de corta duración y de escaso rendimiento económico, e incluso ruinosos, que dichas tareas habrán sido livianas al no tener el matrimonio descendencia, que tiene fundadas expectativas de conseguir un trabajo por cuenta ajena cuando termine el curso de formación profesional a que se ha hecho referencia con anterioridad, y que no puede tomarse en consideración que se hubiera llevado 24.000 euros depositados en una cuenta bancaria al producirse la crisis matrimonial, al ser cuestión a resolver en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, se considera que la cantidad solicitada de 1.000 euros mensuales es desproporcionada, y que 300 euros mensuales son suficientes para compensar el desequilibrio económico que la separación le produce.

En cuanto a la fijación de un límite temporal a la pensión no procede, porque si bien es cierto que existe una corriente jurisprudencial que sostiene que es posible, dicha Jurisprudencia dice que ello no ha de erigirse en un criterio general, habiendo, por el contrario, de proyectarse de modo selectivo y excepcional, ante coyunturas tales como la corta duración del matrimonio, o juventud del beneficiario, o expectativas ciertas de éste de incorporarse, en un plazo más o menos prudencial, al mercado de trabajo, en condiciones económicas de, al menos, cierta aproximación a aquéllas de las que disfruta el obligado al pago de la pensión, coyunturas que en el caso que nos ocupa no concurren, porque el matrimonio no ha tenido una duración breve, ni la esposa es tan joven, ni es probable que el empleo al que acceda tenga una retribución elevada; y porque también debe tenerse en cuenta que a dicha corriente jurisprudencial cabe formularle las siguientes objeciones: a) no está previsto expresamente en el Código Civil que la pensión compensatoria se pueda limitar temporalmente; b) no es tampoco la ratio de las normas que regulan la pensión compensatoria; c) la no temporalidad de la pensión no excluye que sea un derecho relativo, puesto que para su concesión y fijación de la cuantía se han de tener las circunstancias previstas en el artículo 97 del Código Civil; d) las circunstancias previstas en dicho artículo sirven para conceder la pensión compensatoria y fijar su cuantía, pero no para limitarla temporalmente; e) la no temporalidad no excluye la relatividad de este derecho, que se deduce, además, por ser un derecho que se puede modificar y se extingue cuando se alteran las circunstancias que han propiciado la concesión de la pensión compensatoria y su cuantía (artículo 100 del Código Civil); f) cabe la sustitución de la pensión compensatoria por una prestación única (artículo 99 del Código Civil); g) la limitación temporal de la pensión impide que, una vez concluido el plazo fijado, no pueda concederse nuevamente una pensión aun siendo las circunstancias las mismas que sirvieron de base para conceder la pensión compensatoria; h) la limitación temporal puede dar lugar a situaciones de clara desprotección para el cónyuge cuya

economía ha empeorado como consecuencia de la separación judicial o del divorcio; i) cualquier fórmula de “reactualización” de la pensión compensatoria que se ha extinguido por haber expirado el plazo supone ir más allá de la ley; j) las cuantías que se conceden son casi siempre insuficientes para vivir dignamente, por lo que el cónyuge desfavorecido económicamente, sobre todo cuando se es aún joven, se ve obligado a mejorar su situación lo que propiciará, en su caso, la modificación o la extinción de la pensión compensatoria».

La sentencia de la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación; debemos condenar y condenamos a D. Carlos Francisco a pagar a D.^a Natalia la cantidad de 300 euros al mes en concepto de pensión compensatoria, actualizable conforme al incremento del IPC durante los dos años siguientes a la separación y a ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que se facilite al efecto. Esta sentencia justifica la modificación del pronunciamiento sobre la pensión compensatoria y en atención a las circunstancias objetivas que concurren en este caso parece oportuno no establecer una periodicidad indefinida o sin término a la pensión compensatoria. El recurrente solicita subsidiariamente que se limite temporalmente la pensión compensatoria a uno o dos años. Entiende este Tribunal que esta pretensión puede ser estimada para este caso concreto: «Es cierto que esta Audiencia Provincial ha venido estableciendo como regla el imponer siempre la pensión compensatoria por tiempo indefinido, al ser perfectamente posible que se revise esta decisión ante un cambio esencial sobrevenido de las circunstancias que motivaron su fijación. Sin embargo, no es menos cierto que por el tiempo de duración de la convivencia matrimonial, la edad de la esposa y las posibilidades reales de conseguir la homologación de un título que le permitiría acreditar cierta cualificación profesional, hacen que se pueda estimar el que se establezca una pensión compensatoria sometida a término final. Dos años, tal y como se solicita en la alegación primera del recurso, parece un tiempo más que razonable para que la esposa finalice el curso de formación profesional que se encuentra realizando y las prácticas correspondientes pudiendo, de este modo, materializarse

las expectativas fundadas de encontrar un empleo. Esta posición viene, además, avalada por la doctrina sentada, por primera vez, por nuestro Tribunal Supremo en la reciente Sentencia de 10 de febrero de 2005. En esta sentencia el Alto Tribunal ratifica la posibilidad de fijar una duración limitada para la pensión compensatoria establecida en procesos matrimoniales de separación y divorcio. Como en el presente supuesto concurren factores que hacen que sea apreciable la posibilidad de la esposa de “desenvolverse autónomamente” se considera que debe establecerse una pensión temporal por dos años, tiempo suficiente para realizar el “reciclaje o volver —reinserción— al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio)”».

El escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D.^a Natalia, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, por existencia de interés casacional en la modalidad de oposición a Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, se formula el siguiente motivo de casación. El motivo se fundamenta, en síntesis, en lo siguiente: Los factores tenidos en cuenta por la Audiencia para decretar el carácter temporal de la pensión difieren de los tomados en consideración por la doctrina jurisprudencial (SSTS de 10 de febrero y 25 de abril de 2005), no existiendo similitud de supuestos de hecho. El interés casacional que se manifiesta se fundamenta en la divergencia y valoración de los factores que han de concurrir para conceder la pensión y fijarla con carácter temporal.

El Tribunal Supremo condiciona su fijación con carácter temporal a que sea posible cumplir con certidumbre la función reequilibradora. En el caso de la actora, las circunstancias concurrentes, edad de 39 años, matrimonio de 9 años de duración, dedicación a la familia sin realizar ningún trabajo retribuido, su falta de estudios (el bachiller cursado en Cuba no le ha sido homologado) descartan que la pensión durante dos años pueda cumplir dicha función reequilibradora, tratándose de hechos diferentes de los contemplados en la STS de 28 de abril de 2005, en donde la perceptora tenía 37 años de edad, era Diplomada en Técnicas de Comunicación, su matrimonio era de corta duración (tres años). La

pensión no depende de un estado de necesidad sino que para su concesión basta la acreditación de un empeoramiento en la situación económica en relación con la que se disfrutaba durante el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge. Natalia, además de encontrarse en estado de necesidad, ha sufrido dicho empeoramiento, pues los ingresos del marido le permitían tener una buena calidad de vida, colaborando con el esposo en la gestión de los negocios del mismo, mientras que en la actualidad sólo percibe 300 euros asignados como pensión, cuando el esposo tiene un alto volumen de trabajo. Este desequilibrio sólo puede compensarse con una pensión no limitada temporalmente *ab initio* [desde un inicio], que permita el reciclaje y la preparación necesaria para obtener una vida autónoma.

La posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias ha sido admitida en diversas SSTs (entre las más recientes, dos de 17 de octubre de 2008, RC núm. 531/2005 y 2650/2003, y otra de 21 de noviembre de 2008, RC núm. 411/2004) que reiteran la doctrina favorable a la temporalidad fijada por las sentencias de 10 de febrero y 28 de abril de 2005 —a las que hace alusión para acreditar el interés casacional—. Posteriormente la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha dado una nueva redacción al artículo 97 CC estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única.

Según esta doctrina, el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan sólo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de compensar el desequilibrio que le es consustancial. Esta función obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente aquéllas, entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC, que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio. Para formular este juicio prospectivo el órgano judicial ha de

actuar con prudencia y ponderación. Las SSTs de 9 de octubre de 2008, RC núm. 516/2005, y 17 de octubre de 2008, RC núm. 531/2005 declaran que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, habrán de ser respetadas en casación siempre que sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad. Sólo es posible la revisión en el recurso de casación cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

La aplicación de esta doctrina comporta que haya que desestimar este motivo y con él, el recurso, toda vez que la decisión de la Audiencia Provincial de fijar un límite de dos años a la pensión compensatoria no resulta una decisión gratuita, arbitraria o carente de la más mínima lógica, sino que se muestra como el resultado de un juicio prospectivo sobre la posibilidad real que tiene la actora de superar en un corto espacio de tiempo la inicial situación desfavorable respecto a la de su marido que a aquélla le generó la ruptura, sustentado en los factores mencionados en el artículo 97 CC y construido con criterios de prudencia y ponderación. La Audiencia Provincial toma en especial consideración que el matrimonio tuvo una duración aproximada de ocho años (lo que no excluye la existencia de desequilibrio pero sí permite limitar su importancia) y, en cuanto a las condiciones subjetivas de la esposa, valora junto a su juventud (menos de cuarenta años al producirse el cese de la convivencia) la experiencia profesional inmediatamente anterior a contraer matrimonio y el hecho de que llevase un tiempo cursando estudios para obtener un título que permitiera acreditar su cualificación profesional y acceder al mercado laboral. Todos estos factores permiten a la Audiencia Provincial formar la convicción, con alto grado de certeza, de que el plazo de dos años va a ser suficiente para que la actora obtenga un empleo que le permita gozar de medios propios para

obrar autónomamente, de modo que la función de compensación del equilibrio consustancial a la pensión compensatoria se agote transcurrido dicho plazo. En la medida que la decisión de la Audiencia Provincial se encuentra suficiente-

mente razonada, y que su actuación se ajusta a los parámetros de prudencia y ponderación a los que se ha hecho referencia, sus conclusiones han de ser respetadas en casación y, en su virtud, el recurso debe ser desestimado.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

No se revoca la donación ya que la causa de revocación recogida en el artículo 648.2 del CC debe interpretarse como el hecho de descubrir el delito o personarse en el procedimiento para que el donante sea castigado y conseguir más pena que la pedida por el Ministerio Fiscal, y en el caso litigioso se declaró la nulidad de la acusación formulada por la demandada.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 13 de mayo de 2010

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

ANÁLISIS DEL CASO

Los cónyuges D. Sergio y D.ª Victoria habían celebrado con su hija dos contratos: uno de cesión de bienes a cambio de alimentos y otro de compraventa, en fechas 26 de septiembre de 1990 y 8 noviembre 1991, respectivamente.

Los esposos se habían separado en 1999. El marido falleció de muerte violenta el 22 de octubre de 2000, bajo testamento otorgado en 1998, en el que nombraba heredera universal a su hija D.ª Estela, demandada en este pleito.

Como consecuencia de la muerte violenta de D. Sergio, se instruyeron diligencias penales. Se formuló escrito por el Ministerio Fiscal interesando la condena de la hoy recurrente por un delito de asesinato con alevosía, así como por otro delito de tenencia ilícita de armas; la demandada y donataria D.ª Estela formuló escrito de acusación contra su madre por supuesto delito de asesinato. El auto de la Audiencia Provincial de Burgos, Sec. 1.ª, de 5 de noviembre de 2004, confirmó el dictado por el Juzgado por falta de legitimidad de la Sra. Estela para sostener la acción penal contra su madre y, en cambio, se sostuvo el ejercicio de la acción civil en dicho procedimiento penal.

Una vez dictada la sentencia ahora recurrida, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en Burgos, dictó Sentencia en 22 de octubre de 2007, confirmando la dictada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, en la que se condenó a D.ª Victoria por un delito de asesinato y otro de tenencia ilícita de armas a 15 años y 1 año de prisión e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio, así como al pago a D.ª Estela de 180.000 en concepto de indemnización por los perjuicios sufridos por la muerte de su padre.

D.ª Victoria demandó a su hija D.ª Estela y pidió que se declararan nulos los contratos a que se ha hecho referencia, por ser simulados y que se declararan revocadas las donaciones disimuladas por causa de ingratitud. D.ª Estela se opuso.

El Juzgado núm. 6 de Burgos dictó Sentencia el 6 de mayo de 2005 estimando la demanda en su totalidad: a) Consideró probado que los contratos de cesión de un inmueble por una contraprestación alimenticia, de 1990, y la puesta a nombre de la hija del otro inmueble constituían contratos de donación, porque, además, la demandada así lo había reconocido en la declaración efectuada en el procedimiento penal, y b) habiendo la demandada/donataria formulado acusación contra la actora por supuesto delito de asesinato, independientemente de que la Audiencia Provincial mantuviese sólo la participación de la donataria como acusadora civil, ello no impide los efectos del artículo 648.2 CC, «como causa de revocación de las donaciones, a instancia de la donante, la causa de ingratitud, pues siendo un delito público, ejerciendo de oficio la acusación pública el Ministerio Fiscal, ninguna necesidad había de personarse en la causa ejerciendo la acusación particular [...]». Por ello, se declaró la nulidad relativa de los negocios que escondían las donaciones y se estimó su revocación.

En grado de apelación la Sec. 3.ª de la AP de Burgos dictó Sentencia el 24 de octubre de 2005, estimó el recurso y revocó la sentencia apelada. El argumento fundamental de la sentencia se funda en el hecho de que el auto de la Sec. 1.ª de la misma Audiencia Provincial, de 5 de noviembre de 2004, dictado tras la interposición de la demanda civil, había declarado la nulidad de la personación de la demandada como acusación particular en las diligencias penales seguidas contra su madre, permitiéndole continuar en el proceso como actora civil. Los argumentos de la sentencia son básicamente dos: a) el primero consiste en que habiéndose declarado la nulidad de la personación, desaparece la causa de ingratitud del artículo 648.2 CC porque «en la demanda se asocia la ingratitud a la formulación del escrito de acusación con fecha 12 de julio de 2002, y no a cualquier otro acto realizado por la demandada [...]. Pero si el único acto concreto de imputación en el que se funda la acción revocatoria es la formulación del escrito de acusación particular, parece que toda causa de revocación desaparece cuando se declara la nulidad de esa acusación»; b) «La circunstancia de que se permita a la demandada continuar como parte actora civil en el juicio seguido por el asesinato de su padre no parece que integre la imputación a que se refiere el artículo 648 [...]. Por otro porque el propio artículo 648 hace excepción a que el delito se haya cometido contra el mismo donatario, y esa plena libertad que tiene el donatario para acusar por un delito cometido contra él mismo es algo muy parecido a lo que sucede cuando el donatario ejercita la acción civil por unos daños y perjuicios causados al propio donatario».

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo denuncia la infracción cometida por la sentencia recurrida por interpretación indebida del artículo 64.2 CC. Argumenta la recurrente que si «la imputación» a que se refiere el artículo 648.2 CC es sinónimo del ejercicio con arreglo a derecho de la acción penal, ha de entrañar por su propia naturaleza la persecución de los delitos por el donatario, bien como que-

rellante, bien como acusador particular. En los delitos perseguibles de oficio, el ejercicio de la acción penal se halla impedido a los parientes más próximos y confiada la acción al Ministerio Fiscal. El escrito de acusación contra la madre funda la imputación a que se refiere el artículo 648.2 CC, que constituye causa de revocación. Dicha imputación ha existido, ha sido insistente

y perseverante y sigue sosteniéndose en el momento en que se ejerce la acción civil contra la madre. La donataria ha ejercido la acción penal aunque no estuviera legitimada para ello.

El motivo se desestima.

El artículo 648.2.º CC considera que constituye causa para que el donante pueda revocar la donación que el donatario le impute alguno de los delitos que dan lugar a procedimiento de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad. Esta disposición recoge una de las antiguas causas de ingratitud admitidas por la doctrina anterior al Código Civil francés que bajo la denominación injurias atroces consideró que eran causas de revocación de las donaciones aquellos hechos realizados por el donatario que tienden a destruir la reputación del donante; se añadía que «incluso en los casos en que la imputación fuera verdadera» debía tenerse en cuenta esta causa para revocar la donación, porque «aunque la maledicencia sea en sí misma algo malo y constituya pecado contra la caridad revelar las faltas de otro si no hay un justo motivo para hacerlo y aunque la maledicencia adquiera un mayor grado de malicia cuando se ataca a una persona a la que se debe especial reconocimiento, sin embargo, el que culpablemente haya dado lugar a la maledicencia no puede reclamar, ni pretender que se deshaga el entuerto». Sin embargo, el Código Civil francés de 1804, en su artículo 955, sólo admitió la revocación por ingratitud en los casos siguientes: a) atentado del donatario contra la vida del donante; b) que el donatario sea culpable de sevicias, delitos o injurias graves contra el donante, y c) que le niegue los alimentos. No aparece la causa tal como la recogió el Código español.

En el Proyecto de Código Civil de 1851 se recogía como causa de revocación que «el donatario imputare al donador alguno de los delitos que dan lugar al procedimiento de oficio, aunque lo pruebe, a menos que el delito se hubiere cometido contra el propio donatario, su mujer, o hijos constituidos bajo su autoridad». De ahí pasó al Código Civil vigente, contando, al parecer, con los precedentes de los artículos 1488 del Código portugués, 1081 del Código italia-

no de 1865 y 2764 del Código mejicano, en las versiones vigentes en 1889. Este artículo fue interpretado por la doctrina posterior con grandes dificultades.

Esta causa de revocación se ha mantenido en el Código Civil, cuya redacción original no se ha modificado, a pesar de que ordenamientos más modernos la tratan de una forma más abierta. Así el artículo 531-15.1.d) del Código Civil de Cataluña dice que son causas de ingratitud «los actos penalmente condenables que el donatario o donataria efectúe contra la persona o los bienes del donante, de los hijos, del cónyuge o del otro miembro de la unión estable de pareja y también, en general, los que representen una conducta en relación a las mismas personas no aceptada socialmente», con lo que nos encontramos ante una cláusula más abierta, pero a la vez más restringida. A su vez, el artículo IV.H.-4:201 del Draft of Common Frame of Reference (DCFR) dice que el contrato de donación puede ser revocado si el donatario es culpable de ingratitud grave (*gross ingratitude*) por haber cometido de forma intencional un daño grave (*serious wrong*) contra el donante.

Por tanto, el problema que plantea el presente recurso consiste en la interpretación que debe darse al término imputare en el artículo 648.2.º CC, que parece recoger sus precedentes, aunque constituye un caso aislado en el derecho comparado.

La doctrina española ha formulado diversas interpretaciones en torno al problema que nos ocupa en este recurso: así, algunos autores entienden que basta la simple imputación; para otros, es necesaria la denuncia, pero esta tesis olvida que el artículo 261.2 LECrim establece que no están obligados a denunciar «Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del delincuente y sus colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive». Finalmente, otra parte de la doctrina considera que la expresión imputare consiste en la persecución judicial efectuada por el donatario al donante y por ello, lo que genera ingratitud es la persecución del delito, no su simple imputación o denuncia.

El requisito que se exige en el artículo 648.2.º CC es que el donatario impute un delito

al donante. Ésta es la cuestión que debe ser objeto de interpretación, porque hay que entender que la expresión *imputare* debe interpretarse como el hecho de descubrir el delito o personarse en el procedimiento para que el donante sea castigado y conseguir más pena que la pedida por el Ministerio Fiscal. En todos estos casos, el donatario está persiguiendo el delito cometido por el donante.

Esto anterior implica que hayamos de pronunciarnos sobre la relevancia de la declaración de nulidad de la acusación particular ejercida por la hija. La sentencia recurrida entiende que «[...] si se declara la nulidad de la acusación formulada por la demandada porque a esta le alcanza la falta de legitimación que se deriva del artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ello es tanto como decir que desaparece la causa de ingratitud del artículo 648.2 que consiste precisamente en la formulación de su acusación que se ha declarado nula» y cita en su apoyo una STS de la Sala 2.ª, de fecha 12 de junio de 1993, y ligándose la ingratitud a la formulación del escrito de acusación particular, deja de existir la

causa de ingratitud cuando se declara la nulidad de esta acusación.

Lleva razón la sentencia recurrida, porque no puede entenderse que se haya producido una imputación de delito cuando se ha declarado la nulidad de la personación de la donataria, en virtud de lo dispuesto en el artículo 103 LE-Crim. De este modo, debe considerarse que la expresión «*imputare*» significa sólo persecución judicial por medio de una acción de la que sea titular la persona donataria y como en este caso, la hija donataria no podía ejercer la acción penal contra la donante, mal le podía imputar un delito, por carecer de legitimidad para hacerlo.

A una conclusión semejante lleva la interpretación restrictiva que debe hacerse de las causas de ingratitud, en cuanto permiten privar de efecto a un contrato válido y eficaz. Además de la poca claridad del artículo 648.2 CC, porque de lo que en realidad parte es de imputaciones de delitos cometidos por el donante contra el donatario, no contra terceros, interpretación a la que se llega de la integración de todos los incisos del segundo párrafo.

Nulidad del contrato de arrendamiento por tiempo superior a seis años realizado respecto a un bien perteneciente a la comunidad posganancial y concertado, una vez fallecida la madre, por una de las hijas que era curadora de su padre, al no constar el consentimiento del resto de los miembros de la comunidad hereditaria.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de junio de 2010

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Martín estaba casado con D.ª Diana. De este matrimonio nacieron seis hijos. D.ª Diana falleció el 14 de octubre de 1980, habiendo otorgado testamento, que no es relevante para el presente litigio.

D. Martín compró para la sociedad de gananciales en el año 1968 un piso en el PASEO000, en Madrid, que es el objeto del actual litigio.

En el año 1978, D. Martín fue declarado pródigo; su hija D.ª África fue nombrada curadora y tras sucesivas remociones y la aplicación de la Ley 13/1983, fue nombrado curador D. Romeo, a quien se encomendó la administración del patrimonio del declarado pródigo. El auto de 16 de abril de 1984, que resolvía la acomodación de la tutela a la nueva Ley 13/1983, de 24 de octubre, declaró que en la sentencia sobre prodigalidad, «[...] se priva

al pródigo de la administración de sus bienes que realizará el tutor. Por el contrario, los actos de disposición competen al Sr. Martín con autorización del Consejo de Familia que hoy habrá de ser sustituida por la autorización judicial, al suprimirse el organismo citado y haberse de seguir las tutelas actuales de los pródigos por las normas de la curatela». De este modo, D. Martín no podía administrar sus bienes, pero sí disponer de ellos con autorización judicial.

El 1 de marzo de 1990, la curadora D.^a África en concepto de tal y como arrendadora, otorgó un contrato de arrendamiento con su hermana D.^a Luisa del piso ganancial situado en PASEO000. Figuraban los siguientes pactos: a) se establecía un plazo de duración del contrato de 15 años, con posibilidad de prórroga; b) se autorizaba el subarrendamiento, que no podía exceder del plazo pactado para el contrato; c) se pactó una renta de 80.000 pesetas (480,81 euros) durante el primer año y de 110.000 pesetas (661,11 euros) a partir del segundo año. La arrendataria tomó posesión del piso en febrero de 1993, por existir un procedimiento de desahucio contra el anterior arrendatario.

D. Martín falleció el 28 de agosto de 1994. A su fallecimiento no se había aún partido la herencia de su esposa, ni liquidado la sociedad de gananciales.

D.^a Delia, actuando por sí y como administradora judicial y en beneficio de la comunidad de bienes dejados al fallecimiento de sus padres D.^a Melisa y D. Martín, demandó a D.^a Luisa, a su esposo D. José María y a D.^a África, como curadora de su padre, arrendador del piso objeto del litigio. En su demanda pidió que se declarara la nulidad del contrato de arrendamiento celebrado en 1990, la obligación de desalojar dicho piso y la de satisfacer los frutos civiles por la ocupación de la vivienda; subsidiariamente pidió que se declarara la nulidad de las cláusulas 3, 5, 6, 7 y 8 del referido contrato, con la obligación de pagar la suma correspondiente en concepto de frutos civiles. Se opusieron los demandados.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Madrid dictó Sentencia el 27 de marzo de 2003 estimando la demanda. Los argumentos utilizados son los siguientes: a) consideró que la sentencia de incapacitación no especificaba los actos para los que el curador necesitaba la autorización judicial, por lo que debía aplicarse lo dispuesto en el artículo 271 CC, que la exige para que el tutor pueda ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años; b) el citado contrato de arrendamiento tenía un plazo de 15 años prorrogables, por lo que excedía de un acto de mera administración, de modo que ni el curador ni el pródigo podían concertarlo sin autorización judicial, lo que comportaba la nulidad de dicho contrato; c) además, el Sr. Martín no era el propietario único del piso, ya que al ser un bien ganancial, existía una comunidad con los herederos de la madre, propietarios de la otra mitad. La conclusión a que llega el Juzgado de Primera Instancia es que «un contrato sin consentimiento y sin facultad de disposición determina la nulidad del mismo (STS 26 de abril de 1986) con la obligación del artículo 1303 CC que obliga a restituir la cosa objeto del contrato con sus frutos, determinándose estos frutos civiles en ejecución de sentencia, computándose desde febrero de 1993 hasta la fecha de su desalojo deduciéndose la cantidad que ya se haya satisfecho y con aplicación del interés legal anual, al no quedar probado en autos de modo satisfactorio las cantidades que por este concepto hayan de pagar los demandados».

Durante la tramitación de la apelación, falleció D. José María, habiendo seguido el procedimiento sus hijos y herederos D. Borja y D.^a María Luisa. En su recurso de apelación,

los demandados alegaron que se había practicado la partición de la herencia de sus padres y que habían correspondido los derechos correspondientes al piso objeto del contrato de arrendamiento a D.^a Luisa y a su hermana África, codemandada en este pleito.

En grado de apelación, la Sec. 14.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 24 de junio de 2005, estimando parcialmente el recurso. Los argumentos en relación al presente recurso de casación son los siguientes: a) de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 293 CC, «el acto era válido con la simple concurrencia de la curadora, sin necesidad de la intervención judicial, y que para su impugnación, dentro del plazo de caducidad de 4 años, sólo estaban legitimados el propio pródigo y el curador»; b) sin embargo, al tratarse de una comunidad posganancial y hereditaria con los herederos de la madre y el padre, se rige por las normas de la comunidad ordinaria y por ello, la falta del consentimiento de los comuneros produce la nulidad de dicho contrato; d) «debemos mantener la condena impuesta por frutos civiles en la sentencia apelada, pues se ha disfrutado de un bien hereditario, con exclusión de los restantes herederos, pagando un precio sensiblemente inferior al medio del mercado, sin que podamos aceptar que el pretendido carácter de buena fe de la ocupación pueda diluir estos principios, pues no podemos olvidar que se estuvo ocupando la finca en virtud de un contrato nulo, lo que debía ser perfectamente conocido por los demandados, y porque el artículo 1063 CC no supedita la aplicación de sus efectos a la existencia de mala fe del poseedor, salvo en lo que respecta a los daños ocasionados en los bienes hereditarios antes de la partición». En resumen, la sentencia se pronuncia sobre los tres siguientes temas: a) El piso ha sido adjudicado a las demandadas, una de las cuales era la ocupante por el contrato de arrendamiento discutido; b) el contrato de arrendamiento era nulo por falta de poder de disposición del otorgante al pertenecer en parte a la comunidad hereditaria formada a la muerte de la esposa, y c) se deben los frutos civiles a la comunidad hereditaria.

Los herederos de D. José María y D.^a África y D.^a Luisa interpusieron recursos de casación, siendo estimado el primero de ellos que excluyó de la condena a D. José María por no haber sido parte en el contrato de arrendamiento.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso de D.^a África y D.^a Luisa

El Primer motivo denuncia la infracción de los artículos 394, 398, 399, 1261, 1301, 1322 y 1377 CC, en cuanto la sentencia considera nulo el contrato de arrendamiento, por entender precisa la concurrencia de todos los coherederos al no haber sido aún disuelta la comunidad hereditaria ni los gananciales. Pretende aplicar el artículo 1322 CC que sanciona con la anulabilidad los actos efectuados a instancia de uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro. Dice que se mantiene la comunidad posganancial con sus propias características, por lo que habrá de aplicarse la normativa de la disposición de los bienes gananciales a la disposición de los bienes que integran

la comunidad posganancial, lo que según las recurrentes ha sido ratificado por la STS de 28 mayo 2004. Añade que si el heredero puede enajenar su parte, también podrá arrendar el bien, incluso con el carácter de acto de disposición que le atribuye la actora.

El motivo no se admite. Las recurrentes pretenden convencer a la Sala de que una vez disuelta la comunidad de gananciales, pero aún no liquidada, la relación entre los comuneros o entre ellos y los herederos del que ha fallecido sigue manteniendo la misma naturaleza que la comunidad originaria y por ello deben aplicarse las mismas normas. Pero olvida la doctrina de esta Sala (SSTS de 19 junio 1998) que entiende que disuelta la sociedad de gananciales, la naturale-

za de las relaciones existentes entre los titulares es la de una comunidad que equivale al régimen de la comunidad hereditaria (STS de 11 mayo 2000) y, en consecuencia, no rigen los preceptos del Código Civil que permiten la disposición por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro vigente la sociedad de gananciales, es decir, el artículo 1322 CC, que consideran infringido, entre otros preceptos. La norma contenida en el artículo 1322 CC forma parte del régimen de las relaciones entre los cónyuges y no se aplica en las relaciones con terceros. Se aplicarán, por tanto, las reglas de la comunidad hereditaria y esta Sala ha sostenido de manera uniforme, que los actos de disposición sobre la cosa común deben contar con la voluntad de todos los comuneros, so pena de nulidad (así, entre otras, las SSTS de 25 septiembre 1995, 17 febrero 2000).

Por tanto, la conclusión de la sentencia recurrida resulta absolutamente acorde con la jurisprudencia de esta Sala, a lo que debe añadirse que debe considerarse como acto de disposición el arrendamiento de larga duración como el que nos ocupa. Por todo ello, debe declararse correcta la solución dada en la sentencia ahora recurrida al declarar la nulidad del contrato de arrendamiento celebrado por el titular de una mitad en su cualidad de bien ganancial y algunos de los herederos del otro cónyuge fallecido, sin que hayan concurrido los demás al otorgamiento del contrato.

El segundo motivo señala la infracción de los artículos 434, 435, 440, 450, 451, 1303, 1304 y 1306 CC, en relación con los artículos 1063 y 1069 CC sobre la condena al abono de los frutos civiles. La sentencia de la Audiencia Provincial condena al abono de los frutos civiles en virtud de lo establecido en el artículo 1063 CC, cuando se trata de un precepto aplicable a la partición hereditaria y no fuera de ella. Además, la regla *iura novit curia*, no permite efectuar una condena en base a argumentos jurídicos no utilizados por la demandante. El artículo 1063 CC no se aplica en un caso en que un arrendatario posea de buena fe los bienes hereditarios y paga rentas por ellos. Añade que la arrendataria no tiene ninguna responsabilidad en la actuación de la curadora y del pródigo, que es poseedora de buena fe, pues ha confiado en la validez del

contrato, de modo que la posesión sería siempre de buena fe hasta que una sentencia declarara la nulidad del contrato y por ello es incorrecta la aplicación del artículo 1303 CC para imponer el pago de los frutos civiles por la ocupación de la vivienda.

El motivo se desestima. Aparte de la evidente razón desestimatoria formal debido al planteamiento del motivo, puesto que se citan una serie de preceptos infringidos relacionados con la posesión de buena fe, las reglas de liquidación de la situación producida por la declaración de nulidad del contrato, todo ello para confrontarlo con la regla de la comunidad hereditaria contenida en el artículo 1063 CC, hay que señalar que las recurrentes hacen supuesto de la cuestión al insistir en la aplicación de las normas sobre la liquidación de la posesión de buena fe, cuando en la sentencia se ha declarado su mala fe.

Además, el artículo 1063 CC contiene una norma específica sobre los efectos de la partición hereditaria, de modo que, adjudicadas las cosas a dos de las herederas, ellas deben los beneficios de dichas cosas, que no se han hecho efectivos a la propia herencia, de modo que los frutos de los bienes percibidos se deben a la herencia en virtud de la máxima romana *fructus augent hereditatem*, es decir, los frutos pertenecen a la herencia, con independencia de la buena o la mala fe de los poseedores en este período y todo ello para evitar que un heredero se apropie de más bienes que otro (STS de 7 julio 1995). Siendo las rentas un fruto civil, corresponde cobrarlas a la herencia, por lo que se deben aquellos a los que han sido condenadas las herederas, con la compensación correspondiente por los que ya hubiesen hecho efectivos.

Para completar los argumentos en relación a lo planteado en el motivo del presente recurso debe añadirse que como señalan sentencias de esta Sala, «lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 451 por implicar una norma de carácter general, debe ceder ante la específica del artículo 1063, que es aplicable cualquiera que sea el título por el cual las demandadas disfrutaron de los bienes de la herencia [...]» (SSTS 30 octubre 1976 y 30 septiembre 1994).

En el tercer motivo se denuncia la infracción del artículo 1108 CC en cuanto a la conde-

na al abono de los intereses. Según las recurrentes, aunque la sentencia omite toda referencia al abono del interés legal, sigue manteniéndose por la referencia hecha a la sentencia de 1.ª instancia, que sí los impuso. Dicha condena infringe el artículo 1108 CC, puesto que los intereses sólo son exigibles cuando la deuda está exactamente fijada antes del proceso, pero cuando la cuantía debe fijarse judicialmente, los intereses sólo pueden reclamarse desde la sentencia.

El motivo se desestima. La Sentencia de 22 febrero 2010 recuerda la doctrina que se ha seguido en esta Sala: «En materia de intereses moratorios, esta Sala, especialmente a partir del Acuerdo de Pleno de 20 de diciembre de 2005, ha consolidado una nueva orientación en el sentido de mitigar el automatismo de la regla encarnada en el brocardo *in illiquidis non fit mora* sustituyéndola, con carácter general, por la del canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia o no de condenar al pago de los intereses y la concreción del *dies a quo* del devengo. Se toman como pautas para ponderar la racionalidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado y demás circunstancias propias del caso (SS., entre otras, 4 de junio de 2006; 9 de febrero, 14 de junio, 2 de julio, 8 y 16 de noviembre de 2007; 25 de marzo, 19 de mayo, 22 y 24 de julio, 11 de septiembre, 15 de octubre y 3 de noviembre de 2008; 10 y 25 de marzo, 6 de abril, 28 de mayo y 6 de julio de 2009). Se atiende, fundamentalmente, dicen las SS. de 20 de febrero y 24 de julio de 2008, y 25 de marzo y 16 de octubre de 2009, a la certeza de la deuda u obligación aunque se desconociera su cuantía».

En el presente procedimiento, se ha aplicado correctamente la regla que se denuncia infringida, de modo que las circunstancias de la presente reclamación y la posesión por parte de una de las herederas en exclusiva de un bien perteneciente a la herencia en virtud de un contrato que se ha declarado nulo por carecer el arrendador de poder de disposición, implican la corrección de la decisión relativa a la imposición de los intereses en el mismo sentido efectuado por la sentencia de 1.ª instancia, confirmada por la recurrida.

2. Recurso de D. Borja y D.ª María Luisa

El primer motivo de su recurso denuncia la infracción de los artículos 1303, 1304 y 1306 CC, así como artículos 434, 435, 440, 450, 451 y 453 CC y de las SSTs de 14 abril 1998, 12 diciembre 1994, 14 junio 1976, 20 octubre 1908, 18 marzo 1924, 12 marzo 1948 y 8 febrero 1963, en cuanto a la posesión y condena al abono de frutos civiles a los herederos de D. José María. Se condena a D. José María a pesar de no ser parte en el contrato. La razón es que se ha disfrutado de un bien hereditario, de modo que no se impone dicha condena por la declaración de nulidad del contrato, sino en virtud de lo dispuesto en el artículo 1063 CC. Los hechos no afectaban a D. José María y por ello se le demanda *ad cautelam*. Además, tampoco podría condenársele por la posesión de mala fe.

El motivo debe ser estimado. Debe recordarse la situación a que dio lugar el arrendamiento. D. José María no era parte del contrato de arrendamiento, sino un tercero respecto al contrato acordado entre su esposa y el padre de la misma. Según ha declarado esta Sala, el contrato de arrendamiento no constituye un bien ganancial. En efecto, la Sentencia de esta Sala de 3 abril 2009, seguida por la de 3 marzo 2010 señala que «el contrato de arrendamiento urbano se celebra entre dos personas, que adquieren la condición de arrendador y arrendatario, respectivamente, en la relación jurídica creada por el contrato. Los derechos y obligaciones que se generan con el contrato afectan exclusivamente a las partes y a sus herederos, tal como establece el artículo 1257 CC. Esto no significa que, como consecuencia de los fines protegidos por la legislación especial de arrendamientos urbanos, no pueda producirse la substitución de una de las partes del contrato por fallecimiento del titular, pero para ello se requiere que se cumplan los requisitos exigidos en la ley reguladora del arrendamiento y entre ellos, la comunicación al arrendador en la forma establecida en la ley, es decir, se debe aplicar el artículo 16 LAU, por remisión de lo prescrito en la DT segunda, LAU, B, que se denuncia como infringida en el primer motivo de esta sentencia». La Sentencia de 10 marzo 2010 añadía a estos argumentos que «[...] la concreción de la figura del arrendatario resulta

del propio contrato de arrendamiento, generador de derechos personales, independientemente de que la vivienda arrendada tenga como fin servir de domicilio conyugal o del régimen matrimonial que pueda existir entre los cónyuges, lo que resulta plenamente compatible con el régimen de subrogación existente en el antiguo artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964 así como en el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994 ».

En consecuencia, al no haber sido arrendatario el padre de los recurrentes, no se le puede aplicar el artículo 1063 CC, ya que quienes deben devolver las rentas a la comunidad son los herederos que estuvieron gozando en exclusiva del piso arrendado, en este caso, la arrendadora. Y ello porque la relación básica, el arrendamiento, debe regir las relaciones entre la comunidad hereditaria y los titulares del mismo, y en este caso, no existe ninguna relación jurídica entre el esposo de la arrendataria y sus herederos y la comunidad hereditaria. Como ya se ha señalado en el fundamento cuarto, las normas generales de la posesión ceden ante las reguladoras de la

comunidad hereditaria y sólo se aplicarán en los casos no previstos. Por ello no es errónea, sino absolutamente correcta la aplicación del artículo 1063 CC.

Los mismos razonamientos deben aplicarse para la estimación del motivo segundo de este recurso, que denuncia la infracción de las normas del Código Civil (artículo 1108) en cuanto a la condena al abono de intereses. Dicen que entienden que debe considerarse reproducido lo dicho en el anterior motivo, de modo que los herederos del Sr. José María no deben pagar intereses.

La estimación parcial de los motivos del recurso presentado por la representación procesal de los herederos de D. José María, D. Borja y D.ª María Luisa contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 14.ª, de 24 junio 2005 determina la estimación en parte de su recurso de casación. En consecuencia, se revoca en esta parte la sentencia recurrida y debe procederse a asumir la instancia y dictar sentencia, desestimando la demanda presentada contra D. José María, sustituido por sus herederos D. Borja y D.ª María Luisa.

VIVIENDA FAMILIAR

Validez de la cesión efectuada *inter vivos* de la posición de arrendatario de un inmueble efectuada por un padre en favor de su hija sin que el hecho de que posteriormente continúen ambos conviviendo en el inmueble afecte a aquélla, debiendo por tanto desestimarse la demanda de desahucio instada por el arrendador al no haberse notificado en forma el fallecimiento del padre.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de junio de 2010

Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela

ANÁLISIS DEL CASO

D. Alfonso promovió demanda de juicio ordinario de resolución de contrato de arrendamiento contra D.ª Adelaida, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: «se dicte en su día sentencia por la que se declare resuelto el contrato de arrendamiento de la vivienda sita en la calle000 de esta ciudad por falta de notificación al arrendador de la subrogación *mortis causa*, y se condene a la demandada a dejar libre la vivienda y a disposición del actor en el plazo que marca la

Ley con apercibimiento que de no hacerlo así se procederá a su lanzamiento, todo ello con expresa imposición de costas».

Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada para la contestación a la demanda, el Procurador D. David Elies Vivancos, en nombre y representación de D.^a Adelaida, se opuso a la misma, suplicando al Juzgado la desestimación de la demanda contra ella deducida.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de los de Barcelona dictó Sentencia el 18 de julio de 2006 estimando íntegramente la demanda.

En grado de apelación la Sec. 4.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó Sentencia el 25 de septiembre de 2007 estimando el recurso interpuesto por la demanda y revocando la sentencia del Juzgado desestimó la demanda.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

D. Alfonso, propietario de la vivienda, presentó demanda de resolución de contrato de arrendamiento de vivienda por falta de notificación al arrendador de la subrogación *mortis causa*, contra D.^a Adelaida. La demandada era hija de D. Salvador —arrendatario de la vivienda anterior y fallecido el 28 de noviembre de 2003— la cual continuaba en el uso y disfrute de la misma sin haber comunicado al arrendador el fallecimiento de su padre. En la demanda negaba que se hubiera producido una subrogación en la posición del arrendatario por parte de su hija, pese a constarle la existencia de un acta de subrogación de arrendamiento de fecha 8 de septiembre de 1993, por no cumplir tal negocio jurídico los requisitos necesarios a los efectos del artículo 24 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Terminaba, por tanto, solicitando que se declarase resuelto del contrato de arrendamiento por falta de notificación al arrendador de la subrogación *mortis causa*.

La demandada opuso que se había producido una cesión en el contrato de arrendamiento por subrogación de la demandada en el lugar de su padre, inicial arrendatario, mediante contrato suscrito el 9 de septiembre de 1993. Argumentaba que tal cesión cumplía todos los requisitos legales necesarios a los efectos del artículo 24 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Consideraba que

la notificación de la cesión al Administrador era válida, como persona encargada por la propiedad para cualesquiera negocios relacionados con el arrendamiento, máxime cuando, tras el fallecimiento del arrendatario, la Administración continuó girando recibos del cobro de la renta a nombre de «JULI MONFORT I SUBROGADA», lo cual implicaba una aceptación tácita de la subrogación. Por todo lo cual, solicitaba la desestimación de la demanda, al entender que, subrogada en la posición de su padre en el contrato por razón de un negocio jurídico *inter vivos*, no era necesaria la notificación del fallecimiento de aquél.

La sentencia de primera instancia partió de la premisa de que la cesión del arrendamiento efectuada en 1993 por el padre a la hija cumplía todos los requisitos de convivencia y notificación al arrendador para su efectividad. No obstante, reputaba característica esencial de la cesión la sustitución del arrendatario por el cesionario en el uso, goce y disfrute de la cosa arrendada, colocándose éste en el lugar del primero mediante una novación subjetiva y pasando a aquél la titularidad de los derechos y obligaciones del contrato frente al arrendador, resumiendo que «el efecto esencial o causa objetiva de la cesión o subrogación *inter vivos* a que se refiere el artículo 24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es la sustitución del arrendatario por el cesionario subrogado en el uso y disfrute de la vivienda arrendada con transmisión a éste de todos los derechos y obli-

gaciones propios de aquél, consumándose cuando se produce la efectiva sustitución». Por ello, el Juzgador *a quo* entendía que no se había producido una verdadera cesión, «faltando la causa objetiva que ampararía el acto o negocio jurídico comunicado a la arrendadora para encubrir o simular una transmisión de la titularidad arrendaticia meramente nominal incompatible con los fines y razón de ser de la figura establecida en el artículo 24 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y que no merece la protección dispensada por la norma», por lo que, no constando la notificación al arrendador por la hija del arrendatario del fallecimiento de éste, estimó la demanda y acordó el desahucio solicitado.

La Audiencia, si bien compartía los argumentos del Juzgador de primera instancia en lo relativo a la cesión arrendaticia en general, entendía que «la reacción de la propiedad fue la de aceptar la cesión en los términos en que se produjo, es decir, manteniéndose la convivencia del arrendatario cedente con su hija en la vivienda litigiosa (...) las circunstancias puestas de manifiesto muestran que la propiedad aceptó, tras la cesión notificada de forma clara y concluyente, que el cedente permaneciera en la vivienda arrendada, produciéndose efectivamente la cesión notificada», rechazando la demanda al entender que no le era exigible a la arrendataria la obligación de comunicar el fallecimiento del cedente. Por tanto, revocó la sentencia de primera instancia con desestimación de la demanda.

La parte actora/recurrente presentó escrito de interposición del recurso de casación basado en dos motivos, ambos al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el inciso primero del apartado 3 del mismo precepto: el primero, por infracción del artículo 114.5 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con los artículos 23.1, 24 y 25.2 del mismo cuerpo legal, por existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las SSTS de 6 de mayo de 1964, 5 de diciembre de 1964, 21 de marzo de 1962 y 17 de junio de 1964. Cita también varias sentencias de la Sec. 4.ª de la Audiencia Provincial de Bar-

celona que confirmarían la doctrina jurisprudencial contenida en las de esta Sala anteriormente citadas; y el segundo, por infracción de la doctrina de los actos propios contenida en el artículo 7.1 del Código Civil, por existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia de esta Sala contenida en las Sentencias de 10 de junio de 1994, 10 de julio de 1997, 19 de febrero de 2001, 12 de abril de 1993, 13 de abril de 1993 y 30 de octubre de 1995.

La cuestión a la que se contrae el primer motivo del recurso es la relativa a si la convivencia en el inmueble alquilado del cedente, inicial arrendatario, con la cesionaria de un contrato de arrendamiento, excluye la cesión o si, por el contrario, la convivencia en el citado inmueble no es sustancial, debiendo reputarse como perfeccionada la cesión con el mero cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 24 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y entender subsistente el contrato sólo respecto del cesionario. La Audiencia Provincial considera que la convivencia del cedente con el cesionario con conocimiento del arrendador no impide que la cesión se haya efectuado, al tratarse de una aceptación por el arrendador de las condiciones de la cesión impuestas por el arrendatario. Por el contrario, el recurrente sostiene que «la convivencia del arrendatario D. Salvador con su hija excluye totalmente que pueda hablarse de cesión al no darse los requisitos exigidos por la jurisprudencia», sin que aceptara el arrendador en modo alguno la cesión del contrato de arrendamiento.

La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 no prevé como necesario que el inicial arrendatario desaloje la vivienda arrendada en beneficio del cesionario para que la subrogación por negocio *inter vivos* tenga eficacia y la convivencia de cedente y cesionario en la vivienda objeto del contrato no desvirtúa la subrogación efectuada, puesto que el cesionario pasa a ocupar el lugar del cedente en su relación arrendaticia con el arrendador, debiendo asumir tanto el pago de la renta como el resto de obligaciones y derechos. La relación arrendaticia no sufre modificación objetiva, sólo subjetiva, debiendo entenderse que el conjunto de derechos y obligaciones

del arrendatario se transfiera al cesionario. Así lo tiene declarado esta Sala, por ejemplo, en su Sentencia de 5 de diciembre de 1964, una de las citadas por el recurrente («el contrato de cesión aplicado a arrendamientos urbanos implica transferencia por el arrendatario a un tercero del uso de la cosa operándose en su consecuencia novación subjetiva en el título del derecho con desaparición del cedente en la relación contractual, y sustitución por el cesionario con enlace directo en el arrendador en todos los derechos y obligaciones que del contrato de arrendamiento se deriven»). En el mismo sentido se pronuncian las de 4 de febrero de 1993, 19 de septiembre de 1998 y 7 de octubre de 2002.

Pudiera pensarse que la cesión así realizada, esto es, con convivencia de ambas partes en la vivienda arrendada, pudiera tener una finalidad fraudulenta para eludir las consecuencias de la Ley. Sin embargo, según lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, las consecuencias jurídicas de la cesión o subrogación *inter vivos* son equivalentes a las de la subrogación *mortis causa*, a la que, en este caso, también habría tenido derecho la demandada por razón del artículo 58.1 del mismo texto legal, con lo que no puede hablarse entonces de finalidad defraudatoria al convenir la primera cesión. La diferencia radicaría en el distinto momento en el que se produce la novación subjetiva, puesto que en la subrogación *inter vivos*, desde su realización, la posición del arrendatario se ve modificada, debiendo entenderse que los derechos y obligaciones derivados del contrato le corresponden al cesionario, mientras que en el caso de la subrogación *mortis causa* dicha novación se produce posteriormente al fallecimiento y tras la comunicación fehaciente al arrendador de que la misma se produce.

A mayor abundamiento, parece lógico que, en los casos de cesión de contrato de arrendamiento derivados de la aplicación del mencionado artículo 24 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, siendo familiares convivientes del cedente los posibles beneficiarios de tal subrogación *inter vivos*, se pueda producir una situación de convivencia temporal más o menos dilatada en el

tiempo entre el inicial arrendatario y el cesionario del contrato, como mera continuación de tal situación de convivencia familiar.

En resumen, no exigiéndose por la ley, para que exista cesión del contrato en el caso del arrendamiento de vivienda, el requisito de que el cedente deba abandonar la vivienda alquilada, y no siendo incompatible con la naturaleza jurídica de la cesión de contrato, tal como ha sido ésta interpretada por esta Sala, dicha convivencia, no puede entenderse que en este caso exista un verdadero interés casacional. Antes al contrario, la sentencia recurrida no infringe la jurisprudencia alegada por el recurrente puesto que, si bien entiende que se ha producido una cesión de contrato, también considera que la convivencia de cedente y cesionario en la vivienda arrendada constituye una particularidad aceptada por el arrendador que no impide la efectividad de la cesión, sin que esta última apreciación de hecho de la sentencia recurrida haya sido combatida por el recurrente por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal adecuada para ello.

Por tanto, el primer motivo debe ser desestimado.

En el motivo segundo (tercero del escrito de interposición), el recurrente considera que el Sr. Salvador «fue realizando actos inequívocos y concluyentes en su condición de arrendatario con posterioridad a la pretendida cesión del contrato de arrendamiento a favor de su hija; contestó los requerimientos efectuados, primero para regularizar la renta a través de su abogado, y luego contestó el requerimiento de negación de prórroga obligatoria del contrato remitido por el Letrado que suscribe, y en ambos casos se opuso como es de ver en dichas contestaciones (documento núm. 5 y documento núm. 15 de los acompañados junto al escrito de demanda), sin que en momento alguno, manifestara que había dejado de ser el arrendatario a favor de su hija, a pesar de existir oportunidad para ello». Argumenta que existiría interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia de esta Sala contenida en las Sentencias de 10 de junio de 1994, 10 de julio de 1997, 19 de febrero de 2001, 12 de abril de 1993, 13 de abril de 1993, y 30 de octubre de 1995, que consagran la doctrina de los actos propios.

El motivo se desestima porque lo que la parte recurrente pretende en realidad es revisar todo el pleito, interpretando la prueba documental en el sentido que le es más favorable a su tesis, obviando la valoración probatoria efectuada por la Sala de Apelación, que ya se ha indicado

que concluye que el arrendador consintió la cesión del contrato a la hija del primitivo arrendatario, y pretendiendo sustituir los argumentos de la sentencia recurrida por los suyos propios, como si el recurso de casación fuera una tercera instancia, lo que en modo alguno es.

CUESTIONES PROCESALES

Rescisión de la sentencia dictada en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales al haberse indicado como domicilio del demandado uno distinto al que tenía motivando que tuviese que ser emplazado por medio de edictos constando que los abogados de las partes estuvieron en conversaciones un tiempo antes de la presentación de la demanda.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de abril de 2010

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Maite demandó a D. Gaspar en un procedimiento sobre liquidación de la sociedad de gananciales. La sentencia de divorcio se había pronunciado en Alemania, donde ambos residían en aquel momento.

D. Gaspar fue declarado en rebeldía, después de haber sido citado por edictos al no encontrarse en Mieres, donde según la demandante había fijado su domicilio después de la jubilación. Al no ser hallado, se le citó por edictos. El juez de Primera Instancia núm. 5 de Gijón, dictó Sentencia en 22 de octubre de 2001, aprobó el inventario y atribuyó la vivienda a la esposa, abonándose en metálico una cantidad al demandado. La sentencia se publicó en el Boletín Oficial del Principado de Asturias, de 16 de enero de 2002.

El 28 de julio de 2006, D. Gaspar interpuso demanda contra D.ª Maite pidiendo asimismo la liquidación de la sociedad de gananciales. El 19 de diciembre de 2006 el demandante desistió, siendo admitido el desistimiento mediante auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Gijón.

D. Gaspar presentó escrito interponiendo demanda de revisión, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, y terminó suplicando: «... se dicte Sentencia en la que estimándose procedente la revisión solicitada, así se declare procediéndose a la rescisión de la sentencia impugnada; devolviéndose el depósito constituido por esta representación y se expida certificación del fallo así como se remitan los autos al Juzgado número cinco de Gijón», contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Gijón con fecha 22 de octubre de 2001, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: «FALLO: Estimando totalmente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. Tola García en nombre y representación de D.ª Maite, contra D. Gaspar, en situación de rebeldía procesal, procede declarar liquidada la sociedad legal de gananciales

formada por D. Gaspar y D.^a Maite, aprobando el inventario y las adjudicaciones expuestas en el fundamento segundo de la presente resolución, todo ello con imposición de las costas procesales al demandado».

Compareció D.^a Maite alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: «... se sirva dictar sentencia por la que se desestime la demanda de revisión de la sentencia, con pérdida de depósito e imposición de costas al demandante».

El Tribunal Supremo estimó el recurso de revisión y rescindió la sentencia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

D. Gaspar interpone la presente demanda de revisión en la que alega que, a los efectos de liquidar el régimen de gananciales, se habían venido realizando gestiones entre los abogados de D.^a Maite y de D. Gaspar incluso con posterioridad al año 2000. Que le constaba a D.^a Maite que el domicilio de D. Gaspar figuraba en Wetzlar, Alemania, donde se había dictado la sentencia de divorcio y que la demandante en el procedimiento de liquidación de los gananciales falseó intencionadamente el domicilio de notificaciones al objeto de evitar que D. Gaspar pudiera oponerse y defenderse frente a las peticiones ejercitadas.

En la contestación, D.^a Maite alega la caducidad de la acción ejercitada por haber transcurrido más de tres meses desde que el demandante tuvo conocimiento de la sentencia dictada en liquidación de la sociedad de gananciales, ya que desde el mes de julio en que presentó la demanda de la que desistió, conoció la inscripción en el registro de la propiedad en la que figuraba inscrita la sentencia por haber sido adjudicado el inmueble a D.^a Maite. Además, señala que no concurre la causa de revisión del artículo 510.4 LEC, toda vez que la conducta fraudulenta debe ser achacable a la persona que gana injustamente una sentencia y en este supuesto, D.^a Maite se limitó a comunicar al juzgado que D. Gaspar había cambiado de residencia y que desconocía su domicilio, por lo que el hecho de que se le hubiera citado por edictos debe ser imputado únicamente al juzgado y nunca a la demandada.

Antes de entrar a examinar el fondo de la demanda de revisión presentada en este procedi-

miento, debemos pronunciarnos sobre la excepción de caducidad, puesto que se ha afirmado en la contestación a la demanda que D. Gaspar conoció la sentencia meses antes de la presentación de la demanda.

Esta excepción se rechaza. A preguntas de la Sala, en el acto de la vista el letrado de la parte demandante ha declarado que se desistió del procedimiento para la liquidación de los gananciales, iniciado por el actual demandante de revisión, en 2006, cuando éste tuvo conocimiento de que ya se había dictado una sentencia anterior, formulándose la demanda de revisión antes de que hubiese transcurrido un mes desde dicho conocimiento, probado con el desistimiento. Si bien el letrado se confundió en relación a las fechas, lo declarado por dicho letrado en el acto de la vista oral coincide con los documentos presentados con la demanda y que se han resumido en el fundamento anterior. Además, consta en la certificación del Registro de la Propiedad aportada en el acto de la vista y admitida como prueba, que la petición de la nota informativa de dominio y cargas de la finca se realizó contemporáneamente con la presentación de la demanda de revisión, es decir, el día 16 de enero de 2007. De todo ello se deduce que ninguno de los plazos establecidos en el artículo 512 LEC había transcurrido cuando se interpuso la demanda de revisión, porque cuando D. Gaspar la presentó, no habían transcurrido tres meses desde que conoció la sentencia dictada en el procedimiento para la liquidación de los bienes gananciales, a la que atribuye la maquinación.

Entrando en el fondo del asunto, se debe examinar si concurrió o no la maquinación frau-

dulenta que produce la revisión, según establece el artículo 510.4 LEC.

La doctrina de esta Sala ha considerado que la maquinación fraudulenta que permite la revisión de la sentencia «[...] está representada por una concreta actuación maliciosa, que supone aprovechamiento astuto y deliberado de determinada situación, llevada a cabo por el litigante vencedor, mediante actos procesales voluntarios directos e inmediatos que ocasionaron grave irregularidad procesal, instaurando situación de indefensión (Sentencias de 5 de julio de 1994, 22 de mayo de 1996 y 19 de febrero de 1998)», como afirma la Sentencia de 15 octubre 2005. A su vez, la sentencia de 27 marzo 2008 señala que «La maquinación fraudulenta a que se refiere el artículo 510.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil como fundamento de la revisión precisa, como recuerda la sentencia de esta Sala de 14 julio 2006 «la prueba cumplida de hechos que, por sí mismos, evidencian que la sentencia ha sido ganada por medio de ardises o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurra un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial, pudiendo comprender bajo el término «maquinaciones fraudulentas» todas aquellas actividades de la actora que vayan dirigidas a dificultar u ocultar al demandado la iniciación del juicio, con objeto de obstaculizar su defensa, asegurando así el éxito de la demanda» y no cabe imputar en este caso al demandado de revisión una actuación en tal sentido [...]». Finalmente, la Sentencia de 3 marzo 2009 dice que esta Sala ha señalado «[...] con reiteración que la maquinación fraudulenta exige una irrefutable verificación de que se ha llegado al fallo por medio de argucias, artificios o ardises encaminados a impedir la defensa del adversario, de suerte que exista nexo causal suficiente entre el proceso malicioso y la resolución judicial y ha de resultar de hechos ajenos al pleito, pero no de los alegados y discutidos en él (SSTS de 5 de abril de 1989; 10 de mayo y 14 de junio de 2006, siendo también doctrina de esta Sala la de que si bien se reputa maquinación fraudulenta la ocultación maliciosa del domicilio del demandado, que da lugar a su emplazamiento por edictos, ello lo es cuando no sólo se acredita intención torticera de quien lo ocultó, sino

también cuando consta que tal indefensión se produjo por causa no imputable al demandado (SSTS 9 de mayo de 1989; 10 de mayo y 14 de junio 2006, entre otras)».

En este caso consta que la demandante decía lo siguiente respecto al domicilio del demandado: «ambas partes en este procedimiento, ya jubilados, han retornado a España.[...] D. Gaspar a la ciudad de Mieres, sin poder precisar más datos mi mandante ya que hace años que ni ella ni las hijas comunes tienen noticia directa del demandado». En realidad, en los documentos aportados con la demanda de revisión consta lo siguiente: a) que en 1998 se habían cruzado cartas entre los abogados de los esposos relativos a la liquidación de los bienes gananciales y el domicilio de D. Gaspar se encontraba en la ciudad alemana de Wetzlar, donde habían residido los cónyuges y donde se había pronunciado la sentencia de divorcio, y b) el certificado del Consulado general de España en Frankfurt acredita que D. Gaspar había residido desde 1968 hasta el 22 de febrero de 2001 en la ciudad de Wetzlar, fecha en que causó baja por traslado a España. De ahí se deduce que en el momento de la presentación de la demanda que da origen a este procedimiento de revisión, 9 enero 2001, D. Gaspar podía haber sido localizado en el lugar del antiguo domicilio de los cónyuges, en Alemania.

Si bien es cierto que el mero hecho de la citación por edictos no produce por sí misma un supuesto de indefensión, sí que tiene carácter subsidiario y el recurso a él hace necesario el previo agotamiento de las gestiones de averiguación del paradero por los medios normales para la práctica del llamamiento personal (SSTS de 6 mayo 2004 y 19 junio 2006). Se produjo en este caso un comportamiento fraudulento de la actora con la finalidad de dificultar que el demandado fuera hallado, cuya consecuencia fue la obstaculización de su defensa. La actora conocía el domicilio del demandado como lo demuestran los documentos a que antes se ha aludido y además, las hijas comunes conocían el domicilio de su padre, tanto en Alemania como en España. Por ello se ha producido la maquinación que permite la revisión de la sentencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 510.4 LEC.

Estimándose el recurso de revisión se rescinde la sentencia de divorcio al haber sido emplazado el demandado mediante edictos tras no ser localizado en el domicilio señalado por la parte actora.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de abril de 2010

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Ezequiel contrajo matrimonio civil con D.ª María Teresa en Caracas (Venezuela) el 29 de octubre de 1976, del que tuvieron tres hijos.

En abril de 2001 el esposo D. Ezequiel se marchó del domicilio familiar sito en la ciudad de Valencia del Estado de Carabobo de la República de Venezuela, Residencias Mofi, Urbanización DIRECCIÓN000, calle NÚM000, piso NÚM001 apartamento NÚM001-NÚM002.

En 2002, el esposo presentó demanda de divorcio ante los Juzgados de Familia de Madrid. Solicitaba que no se estableciese pensión compensatoria alguna a favor de la esposa y que se estableciese una pensión de alimentos para su hijo Carlos Miguel, menor de edad, de 100 euros.

En el escrito de demanda el esposo señaló como domicilio de la demandante el que había sido durante muchos años el domicilio conyugal de forma incorrecta, pues se consignaba la Avda. NÚM003, cuando en realidad era la calle NÚM000. En la fecha de la demanda de separación el hijo mayor convivía con su padre en la CALLE000 núm. NÚM004, NÚM001 NÚM005, de Madrid. En mayo de 2003 figura un depósito en la cuenta abierta a nombre de la esposa en el Banco Industrial de Venezuela con su nuevo domicilio en Maturín del Estado de Monaga (Venezuela), que la demandante afirma que obedece a una transferencia efectuada por el esposo con motivo del pago de 100 euros (200 000 bolívares) para el hijo menor del matrimonio.

La diligencia de emplazamiento en el domicilio facilitado por el esposo dio resultado negativo. El emplazamiento fue realizado mediante edictos y el juicio, seguido en rebeldía, concluyó por sentencia, notificada por edictos.

La sentencia declaró la disolución del matrimonio y no haber lugar a acordar, de momento, sobre las medidas paterno-filiales solicitadas.

Contra esta sentencia se interpone demanda de revisión fundada en el artículo 510.4 LEC por maquinación fraudulenta del demandante para impedir que llegase a la demanda el emplazamiento con el deliberado ánimo de provocar su indefensión.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de revisión y rescindió la sentencia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La ocultación del domicilio de la persona contra la que se dirige una acción judicial como motivo de revisión.

Esta Sala tiene declarado que los motivos de revisión deben ser interpretados con criterio restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inse-

guridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia (SSTS 27 de enero de 2009, PR núm. 24/2005, 3 de mayo de 2007, PR núm. 69/2005, 27 de marzo de 2007, PR núm. 7/2005). Este principio está sujeto a las matizaciones que imponen los supuestos resueltos en cada caso por la jurisprudencia.

Uno de los motivos de revisión contemplados en la LEC es la maquinación fraudulenta. Consiste en una actuación maliciosa que comporte aprovechamiento deliberado de determinada situación, llevada a cabo por el litigante vencedor, mediante actos procesales voluntarios que ocasionan una grave irregularidad procesal y originan indefensión (SSTS de 5 de julio de 1994, 22 de mayo de 1996 y 19 de febrero de 1998).

Una de las manifestaciones de la maquinación fraudulenta que permite la revisión de la sentencia es aquella en que incurre quien ejercita una acción judicial cuando oculta el domicilio de la persona contra la que estaba dirigida, alegando que lo desconoce para interesar que se le emplace por edictos y se sustancie el procedimiento en rebeldía (STS de 14 mayo 2003, 9 de mayo de 2007, PR núm. 4/2005, 6 de septiembre de 2007, PR núm. 56/2005). Esta causa de revisión ha sido relacionada por la jurisprudencia con el derecho a la tutela judicial efectiva y con el carácter subsidiario que, según la jurisprudencia constitucional, debe tener el emplazamiento o citación por edictos, de tal manera que sólo cabe acudir a él como última solución cuando no se conoce el domicilio de la persona que deba ser notificada o se ignora su paradero por haber mudado de habitación (artículos 269 y 1576 LEC).

Como consecuencia de ello se ha entendido que no cabe prescindir de la llamada a juicio en forma personal cuando existe una posibilidad directa o indirecta de localizar al interesado y hacerle llegar el contenido del acto de comunicación (STS 19 de febrero de 1998, PR núm. 497/1997). En consecuencia, el actor tiene la carga procesal de que se intente dicho acto en cuantos lugares existe base racional suficiente para estimar que pueda hallarse la persona contra la que se dirige la demanda y debe desplegar la diligencia adecuada en orden a adquirir el

conocimiento correspondiente, aunque no cabe exigirle una diligencia extraordinaria (STS de 3 de marzo de 2009, PR núm. 49/2005).

De no hacerlo así se entiende que el demandante ha incurrido en ocultación maliciosa constitutiva de la maquinación fraudulenta que puede dar lugar a la revisión de la sentencia (STS 16 de noviembre de 2000, procedimiento núm. 378/2000). En suma, la maquinación fraudulenta consistente en la ocultación maliciosa del domicilio del demandado concurre objetivamente no sólo cuando se acredita una intención torticera en quien lo ocultó, sino también cuando consta que tal ocultación, y la consiguiente indefensión del demandado, se produjo por causa imputable al demandante y no a aquél (SSTS 9 de mayo de 1989; 10 de mayo de 2006, 14 de junio 2006, 15 de marzo de 2007, PR núm. 8/2006).

La aplicación de la doctrina expuesta en el FJ anterior conduce a la procedencia de estimar la demanda por las siguientes razones:

Como ha quedado reseñado en el primer FD, esta Sala considera acreditado que de lo actuado se desprende que (i) en el escrito de demanda el esposo señaló como domicilio de la demandante el que había sido durante muchos años el domicilio conyugal de forma incorrecta, consignando un número y una calificación de la vía distinta de las que correspondían a la realidad, lo cual fue suficiente para inducir a error en la práctica de la diligencia de emplazamiento, la cual, de haberse practicado en el domicilio correcto, hubiera podido suministrar datos sobre el nuevo domicilio de la demandada. (ii) En la fecha de la demanda de separación el hijo mayor convivía con su padre en Madrid, de donde cabe inferir que por medio de los presumibles contactos con su madre podía obtenerse o al menos indagarse el nuevo domicilio. (iii) Consta, asimismo, que la demandante tenía una cuenta bancaria situada en la ciudad del nuevo domicilio en la que constaba éste, lo que da verosimilitud a su afirmación de que el esposo remitió una transferencia bancaria a dicha cuenta y permite corroborar la conclusión de que no podía serle desconocido que la esposa a quien demandaba había cambiado de domicilio y de que estaba en condiciones de averiguar éste.

En tal contexto, no puede aceptarse que existiese dificultad alguna para, si hubiera sido necesario, algunas averiguaciones previas que no requieren una diligencia extraordinaria, precisar con exactitud al Juzgado de Familia cuál era el punto en que podría ser hallada la persona contra quien se dirigía la demanda, a efectos de su emplazamiento o, al menos, para poner en conocimiento del Juzgado los datos que pudieran facilitar la averiguación de dicho domicilio.

En consecuencia, como esta Sala ha estimado en casos similares, no es posible llegar sino a la conclusión de que ha existido una ob-

jetiva ocultación en el proceso del domicilio de una persona imputable a quien accionó contra ella, con la consecuencia de que ésta no llegó a tener conocimiento del proceso y, por ello, no pudo intervenir en el mismo en defensa de sus intereses, si lo consideraba procedente, dada la presumible ineficacia del llamamiento por medio de edictos, el cual, por sus características, puede pasar inadvertido a la persona a quien se dirige.

Lo expuesto pone de manifiesto que se da el supuesto legal de maquinación fraudulenta, como informó el Ministerio Fiscal en el acto de la vista.

DISPOSICIÓN DE BIENES DE MENORES

Es nula la disposición de bienes gananciales efectuada por el padre tras el fallecimiento de la madre al no constar autorización judicial dado que los hijos eran menores de edad, no existiendo tampoco ningún acto de ratificación por parte de los hijos tras haber alcanzado la mayoría de edad.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de abril de 2010

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

ANÁLISIS DEL CASO

Los hermanos D.ª Flor y D. José María adquirieron por herencia de su madre un piso ganancial. La madre propietaria, D.ª Ángela, falleció el 29 diciembre 1985. La correspondiente partición tuvo lugar el 21 de septiembre de 1988, se inscribió la totalidad de la finca a nombre de ambos herederos, al haber renunciado su padre D. José María a su parte de los bienes gananciales, al legado de usufructo y a la cuota legal usufructuaria, adjudicándose los hijos por mitad el caudal hereditario.

El 13 junio 1986, D. José María, es decir, antes de las operaciones descritas en el apartado anterior, procedió a vender en nombre propio y de sus hijos menores de edad, en documento privado a D. Ezequiel y D.ª Delia el inmueble objeto del litigio. Los hijos herederos, ahora demandantes, eran menores de edad en aquel momento y no se había autorizado judicialmente la venta.

D.ª Flor y D. José María demandaron a D. Ezequiel, D.ª Delia, compradores, y D. José María, su padre y vendedor. Pidieron que se declarara la nulidad del citado contrato de compraventa por falta del poder de disposición del vendedor y que se declarara la obligación de los compradores de reintegrar el inmueble al patrimonio hereditario. D. José María no compareció en el procedimiento y fue declarado en rebeldía. Los compradores

contestaron a la demanda oponiendo la prescripción de la acción de acuerdo con el artículo 1301 CC, porque entendían que la venta se había convalidado por el transcurso de 4 años desde la mayoría de edad de los herederos, sin que se hubiera impugnado. Consideraron que concurría fraude en la renuncia efectuada por el padre codemandado y formularon reconvención pidiendo que se declarara que eran los legítimos propietarios porque, además, habían pagado el precio.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de Madrid dictó Sentencia el 18 de febrero de 2005 estimando en parte la demanda en base a los siguientes argumentos: a) la disposición efectuada por el padre sobre el inmueble recaía sobre un bien que pertenecía a la comunidad hereditaria hasta que no se llevara a cabo la liquidación de la comunidad y por ello era necesario el consentimiento de todos los titulares para la disposición; b) aplica la solución de la venta de cosa ajena, por lo que la validez es forzoso admitirla *inter partes*, de modo que se desestima la nulidad pretendida; c) estima la acción reivindicatoria ejercida en la demanda por haber procedido el padre a la venta antes de la liquidación de la herencia de la madre; d) respecto de la reconvención, dice que D. José María aceptó tácitamente la herencia de su esposa con la venta que realizó, por lo que la renuncia a los derechos hereditarios fue un acto nulo porque éstos habían sido ya enajenados.

En grado de apelación, la Sec. 18.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 3 de noviembre de 2005, estimó el recurso considerando que había prescrito la acción y admitiendo la excepción alegada por los demandados. Los argumentos son: a) La enajenación realizada por el padre en nombre y representación de sus hijos sin la preceptiva autorización judicial no es nula, sino que es anulable y susceptible de convalidación; b) Ha transcurrido con exceso el plazo de 4 años del artículo 1301 CC desde que los menores alcanzaron la mayoría de edad, por lo que la acción ha prescrito y se ha convalidado el contrato por el transcurso del tiempo.

D.^a Flor y D. José María interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que declaró: a) La nulidad del contrato de compraventa de la finca sita en ..., celebrado el 13 de junio de 1986 entre D. José María como vendedor y D. Ezequiel y D.^a Delia como compradora; b) Se condena a D. Ezequiel y D.^a Delia a devolver a los demandantes/recurrentes D.^a Flor y D. José María la finca reivindicada, con la devolución por parte de dichos recurrentes del precio pagado por los compradores en un plazo de seis meses, y c) Se desestima la demanda reconvencional interpuesta por D. Ezequiel y D.^a Delia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. La ineficacia de los actos realizados por el representante legal sin autorización judicial

Desde el momento de la entrada en vigor del Código Civil, se empezó a plantear la cuestión del tipo de ineficacia que afectaba a los actos realizados por el titular de la patria potestad sin la autorización judicial. De ello dan fe las

antiguas Sentencias de 29 abril 1904, que dice textualmente que «el padre carece de capacidad jurídica para perfeccionar ninguna venta de bienes inmuebles, mientras no haya obtenido la correspondiente autorización judicial»; la de 31 mayo 1912, que parece inclinarse más por la tesis de la anulabilidad y la de 8 junio 1917, que dice que «es nulo el contrato otorgado así por el padre (sin autorización judicial) por falta de

capacidad de éste, lo que no ocurre tratándose de una transacción».

La doctrina de esta Sala no se ha pronunciado de forma uniforme sobre los efectos del acto efectuado por el titular de la patria potestad sin autorización judicial. En realidad se han mantenido tres posturas, resolviendo la Sala, por regla general, a la vista del caso concreto.

1.º A favor de la nulidad radical se pronuncian las Sentencias de 29 abril 1904; 8 junio 1917; 21 junio 1943; 9 diciembre 1953; 25 junio 1959; 14 marzo 1983; 17 febrero 1995 y 21 enero 2000, entre otras. La fundamentación de estas sentencias se basa en dos tipos de argumentos: a) la disposición por el titular de la patria potestad sin autorización judicial es *per se* un acto inexistente, al faltarle uno de los requisitos; b) es un acto nulo por ser contrario a una norma imperativa, por lo que incurre en la sanción de nulidad del antiguo artículo 4, hoy artículo 6.3 CC (STS 28 mayo 1965, entre otras).

2.º Una modalidad de la anterior jurisprudencia declara la nulidad del contrato celebrado sin la autorización judicial por tratarse de un acto realizado con extralimitación de poder, por lo que se aplica el artículo 1259 CC (SSTS 9 diciembre 1953 y 21 mayo 1984). La Sentencia de 9 diciembre 1953 dice que en estos casos «[...] es manifiesta la carencia de facultad del padre o madre para vender, sin dicha autorización, los bienes inmuebles de sus hijos sujetos a potestad; y la venta que se celebre, sin haber obtenido aquélla, es nula, conforme a lo establecido por el artículo 1259 CC y sólo podrá convalidarse por los mismos menores al llegar a la mayor edad».

3.º Otra parte de la jurisprudencia de la Sala opta por la solución de la anulabilidad. Así, las Sentencias de 30 marzo 1987; 9 mayo 1994, 23 diciembre 1997 y 3 marzo 2006; esta última dice que «No se ha producido infracción porque del artículo 164, hoy 166, no se deriva la nulidad radical que preveía el artículo 4, hoy 6.3 CC. Tal como se ha dicho en el fundamento anterior, la actuación del representante legal sin la autorización judicial no implica que falte el consentimiento como se dice en este motivo del recurso, sino que se ha dado éste, es decir, la concurrencia de las declaraciones de volun-

tad de vendedor y comprador, aunque aquél actuaba en nombre y representación de sus hijos menores de edad, como titular de la patria potestad, sin la preceptiva autorización judicial. Pero sí hubo consentimiento contractual, presupuesto esencial del contrato conforme al artículo 1261.1.º del Código Civil aunque el de la parte vendedora adolecía de la falta de autorización judicial. Esta falta, como se ha dicho, no da lugar a la nulidad radical del contrato sino a que éste es anulable y si los contratantes representados (por representación legal) no han accionado interesando la anulación en el plazo de cuatro años que establece el artículo 1301 del Código Civil, se produce la confirmación por disposición de la Ley, llamada prescripción sanatoria, por el transcurso del plazo de caducidad lo que podría ejercitarse aquella acción de anulación».

A favor de la anulabilidad está también el artículo 154 del Código de Familia de Cataluña, que establece que los actos efectuados por el representante legal «son anulables si se han hecho sin la autorización judicial [...]».

2. El tipo de ineficacia de los actos del representante legal efectuados sin la correspondiente autorización

La falta de concreción del artículo 166 CC acerca del tipo de ineficacia que debe atribuirse a los actos realizados por el representante legal sin la autorización judicial exigida en el propio artículo, obliga a plantear cuál es el fin de protección que busca el ordenamiento jurídico cuando exige dicha autorización. En definitiva, se trata de integrar el artículo 166 CC, con lo que dispone el artículo 1259.1 CC, cuando dice que «ninguno puede contratar a nombre de otro [...] sin que tenga por la ley su representación legal». De donde surgen los siguientes argumentos favorables a la ineficacia del acto en el sentido que luego se explicará: a) el artículo 166 CC es una norma imperativa, que coincide con lo dispuesto en el artículo 1259 CC y a salvo la ratificación, su incumplimiento lleva a la aplicación del artículo 6.3 CC, es decir, la nulidad del acto; b) el fin de protección de la norma contenida en el artículo 166 CC es la salvaguardia del interés de los menores, que no pueden actuar por sí mis-

mos y que pueden encontrarse en situaciones de desprotección cuando alguien contrata en su nombre y obliga sus patrimonios sin el preceptivo control, ya que deberán asumir las correspondientes deudas; c) la actuación de los padres siempre debe tener como finalidad el interés del menor, tal como dispone el artículo 154.2 CC. La representación legal no es un derecho de los padres, sino de los hijos, que les permite exigir que se actúe en beneficio de sus intereses. A favor, la Convención de los derechos del niño, aunque no contemple directamente este supuesto; d) el propio artículo 1259 CC se añade a esta argumentación según la doctrina y alguna jurisprudencia, ya citada, porque va a permitir que el contrato pueda ser objeto de ratificación por el propio interesado cuando sea favorable a sus intereses.

De aquí que deba aplicarse lo dispuesto en el artículo 1259 CC, porque la autorización judicial para la realización del acto por el representante legal cuando la ley lo requiera tiene naturaleza imperativa en el Código Civil y no es un simple complemento del acto a realizar. De acuerdo con el artículo 166 CC, la representación de los padres como representantes legales, no alcanza los actos enumerados en el artículo 166 CC. Los actos de disposición deben tener causas de utilidad justificadas y se deben realizar previa autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. La autorización judicial no es un complemento de capacidad como ocurre en la emancipación o en la curatela, sino que es un elemento del acto de disposición, puesto que los padres solos no pueden efectuarlo. Y todo ello, para obtener la protección de los intereses del menor.

El acto realizado con falta de poder, es decir, sin los requisitos exigidos en el artículo 166 CC constituye un contrato o un negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva que se produzca la ratificación del afectado, que puede ser expresa o tácita. Por tanto, no se trata de un supuesto de nulidad absoluta, que no podría ser objeto de convalidación, sino de un contrato que aún no ha logrado su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial exigida legalmente, que deberá ser su-

plida por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1259.2 CC, de modo que no siendo ratificado, el acto será inexistente.

3. Resolución del caso objeto del recurso de casación

Éste es el supuesto planteado en este recurso de casación: efectivamente, el padre vendedor no pidió la autorización judicial para la venta de uno de los bienes que formaban la herencia de su esposa y que fueron adquiridos por sus hijos como herederos de la misma y cesionarios del padre que renunció a su favor su cuota de gananciales. No consta probado ningún acto de ratificación efectuado por los hijos desde el momento en que alcanzaron la mayoría de edad y es por todo ello que el contrato no reúne los requisitos antes explicitados, por lo que incurre en la sanción de nulidad.

Los argumentos expuestos determinan la estimación del recurso de casación presentado por la representación procesal de D.^a Flor y D. José María y la casación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 18.^a, de 3 noviembre 2005.

Habiéndose estimado este motivo, la Sala está excusada de examinar los restantes.

Anulada la sentencia recurrida que a su vez revocó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de los de Madrid, en fecha 18 febrero 2005, procede asumir la instancia y dictar sentencia, estimando la demanda presentada por los Sres. José María Flor frente a D. Ezequiel, D.^a Delia, compradores, y D. José María, su padre y vendedor. En consecuencia se declara la nulidad del contrato de compraventa otorgado entre los demandados por falta del poder de disposición del vendedor D. José María con la consiguiente obligación de los recurrentes de devolver el precio pagado por los compradores y se declara la obligación de los compradores de reintegrar el inmueble a los recurrentes.

No se ordena el pago de los intereses legales, porque han quedado compensados por el uso que los compradores recurridos han realizado de la vivienda durante el tiempo en que han estado poseyéndola.

ERROR JUDICIAL

No existió error judicial por haber suspendido el Juzgado de Familia la entrega de una indemnización a la parte demandante, fundándose la resolución judicial en que se había interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, ya que difícilmente puede causar un perjuicio materialmente antijurídico lo decidido cautelarmente por juez incompetente si su decisión coincide con la del tribunal que era competente.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de abril de 2010

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

ANÁLISIS DEL CASO

En el contexto de un largo conflicto entre D.^a Patricia, demandante de declaración de error judicial sucedida procesalmente tras su fallecimiento por una de sus hijas, y la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía sobre la patria potestad de los hijos de D.^a Patricia por su presunta situación de abandono y desamparo, la Sec. 6.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó Sentencia el 26 de diciembre de 2002 estimando el recurso de apelación interpuesto por D.^a Patricia contra Sentencia de 8 de septiembre de 1998 dictada por Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 (Familia) de Sevilla, declarando inexistente la situación legal de desamparo de sus hijos menores Rosalía e Iván, denegando su acogimiento preadoptivo, declarando la imposibilidad de ejecutar lo resuelto en forma específica y acordando que por el Juzgado se incoara incidente para determinar la indemnización sustitutoria correspondiente por la referida imposibilidad.

Promovido el correspondiente incidente por D.^a Patricia (actuaciones núm. 67/04) pidiendo una indemnización de 2.168.600 euros, el Magistrado-Juez titular del referido Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia el 28 de marzo de 2005 fijando la indemnización en 72.670 euros a cargo de la Junta de Andalucía, Consejería de Igualdad y Bienestar Social, Delegación Provincial de Sevilla.

Recurrida dicha sentencia en apelación por D.^a Patricia y por la Junta de Andalucía, se dictó auto el 30 de diciembre de 2005 por la Sec. 6.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla desestimando el recurso de la Junta de Andalucía, estimando parcialmente el de D.^a Patricia y fijando el importe de la indemnización en 1.400.000 euros, si bien, mediante auto de aclaración y rectificación de 14 de marzo de 2006 dictado por el mismo tribunal, la suma indemnizatoria quedó definitivamente fijada en 1.703.600 euros.

Para cumplir lo acordado, la Junta de Andalucía ingresó la referida suma de 1.703.600 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado el 2 de mayo de 2006, y el siguiente día 3 la representación procesal de D.^a Patricia pidió le fuera entregada dicha cantidad.

Mediante escrito remitido por fax al Juzgado el 12 de mayo de 2006 la Junta de Andalucía, alegando haber interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra el referido auto de apelación de 30 de diciembre de 2005 y haber solicitado del propio

Tribunal Constitucional la suspensión de la ejecución del mismo auto, interesó del Juzgado se le diera traslado de cualquier eventual petición de entrega de la suma indemnizatoria por D.^a Patricia para oponerse a ella en tanto el Tribunal Constitucional no se pronunciara sobre dicha suspensión.

Por providencia del mismo 12 de mayo de 2006 el Magistrado-Juez titular del Juzgado acordó dar traslado a la Junta de Andalucía y al Ministerio Fiscal, así como a la familia de acogida de los hijos de D.^a Patricia, de la petición de entrega del dinero para que pudieran alegar lo que estimaran conveniente.

Tanto el Ministerio Fiscal como la Junta de Andalucía se opusieron a que la suma consignada se entregara a D.^a Patricia antes de que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre la suspensión de la ejecución. En cambio, la representación procesal de D.^a Patricia recurrió en reposición la providencia de 12 de mayo de 2006 insistiendo en que se le entregara el dinero de forma inmediata, siendo impugnado su recurso por el Ministerio Fiscal y la Junta de Andalucía en línea con su ya manifestada oposición a la entrega del dinero por el riesgo de que se frustrara lo que en su día acordara el Tribunal Constitucional.

El 13 de junio de 2006 el Magistrado-Juez titular del Juzgado dictó auto desestimando el recurso de reposición de D.^a Patricia y confirmando íntegramente la providencia de 12 de mayo anterior. En sus fundamentos de derecho se razonaba que ciertamente la suspensión de la ejecución correspondía al propio Tribunal Constitucional según el artículo 56 de su Ley Orgánica; que sin embargo, y como había manifestado el Ministerio Fiscal, debía realizarse una interpretación que garantizase la indemnidad y efectividad de lo que decidiera el Tribunal Constitucional, «adoptando, por providencia, y mientras que el Alto Tribunal se pronuncia al respecto, las debidas cautelas a fin de que, en caso de entregar sin más la cantidad consignada, no se pueda despojar a la parte recurrente de Amparo de la posibilidad de resarcimiento tanto en el supuesto de estarse [entiéndase estimarse] la pretensión de Amparo, como en el caso de estimarse, con carácter previo, la propia suspensión cautelar interesada»; y que, en consecuencia, procedía, «a elección de la recurrente, o bien dilatar la entrega de la cantidad consignada hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la solicitud de suspensión cautelar de la ejecución y que sólo pende de dicha diligencia material de entrega (teniendo asegurada su percepción la ejecutante), o bien instarla con carácter inmediato previa presentación y aprobación de la CAUCIÓN que estime pertinente y que se repute suficiente y adecuada a fin de garantizar la restitución íntegra, es decir, a fin de evitar el perjuicio que haría perder al Amparo su finalidad (en el sentido que se indica en el artículo 56.1 de la LOTC), tanto si dicho amparo se estimara, como en el supuesto de que por el Tribunal Constitucional se acordara la suspensión de la ejecución, que a tenor del párrafo 2.º del artículo 56 de la LOTC puede pedirse en cualquier tiempo, antes de haberse pronunciado sentencia o decidirse el Amparo de otro modo».

Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de D.^a Patricia, la Sec. 2.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó auto, con fecha 27 de abril de 2007, estimando el recurso, revocando el auto apelado y ordenando la entrega inmediata a D.^a Patricia de la cantidad de 1.703.600 euros, todo ello por entender que el único órgano facultado para suspender la ejecución de una resolución judicial firme contra la que se hubiera interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional era, según el artículo 56 de su Ley Orgánica, el propio Tribunal Constitucional.

Una vez devueltas las actuaciones por el tribunal de apelación al Juzgado, el Magistrado-Juez titular de este último dictó providencia, con fecha 23 de mayo de 2007, disponiendo la ejecución inmediata de lo acordado por dicho tribunal y acordando, en consecuencia, que se expidiera mandamiento de devolución por la cantidad consignada en autos, el cual se entregaría al Procurador de D.^a Patricia.

Tras librarse el oportuno mandamiento de pago por importe de 1.703.600 pesetas y ser entregado al Procurador de D.^a Patricia, la Junta de Andalucía presentó en el Decanato de los Juzgados de Sevilla, el 28 de mayo, un escrito adjuntando el auto dictado por el Tribunal Constitucional el anterior día 7 y solicitando, con base en el mismo, que la cantidad consignada de 1.703.600 pesetas no se entregara a D.^a Patricia hasta que ésta prestara caución en cuantía suficiente para garantizar su eventual devolución o que, si ya se le hubiera entregado, se oficiara urgentemente a la entidad de crédito en que se hubiera depositado el dinero para que se impidiera disponer del mismo en tanto se prestara la caución ordenada por el Tribunal Constitucional.

El referido auto del Tribunal Constitucional de 7 de mayo de 2007, dictado en la pieza separada de suspensión del recurso de amparo núm. 1140/2006, declaraba en su parte dispositiva denegar la suspensión de la ejecución solicitada por la Junta de Andalucía, pero condicionando la entrega de la suma indemnizatoria a D.^a Patricia a la prestación «de la caución adecuada que determine el órgano judicial encargado de la ejecución, al objeto de preservar la finalidad del presente recurso de amparo en consonancia con lo señalado en el fundamento jurídico segundo de este Auto». En este fundamento jurídico se razona que la Junta de Andalucía ya había cumplido la resolución judicial firme al consignar la suma indemnizatoria, razón esta por la que en realidad lo pretendido por ella no era tanto suspender la ejecución como suspender la entrega del dinero a la actora, y que efectivamente procedía suspender esta última por existir el riesgo de que, si finalmente prosperaba el recurso de amparo, la Junta de Andalucía no pudiera obtener el reintegro del dinero, dado su elevado importe y la aparente modesta capacidad económica de la beneficiaria del mismo.

El 25 de mayo de 2006 el Magistrado-Juez titular del Juzgado dictó providencia acordando proceder conforme a lo ordenado por el Tribunal Constitucional y, en consecuencia, retener la cantidad depositada hasta que por D.^a Patricia se prestara aval bancario, caución o garantía suficiente de una hipotética devolución, sin perjuicio de que pudiera obtener la entrega inmediata de la cantidad indubitada fijada en primera instancia y que no había sido objeto de controversia en el recurso de amparo interpuesto por la Junta de Andalucía.

Tras ser bloqueada en la entidad Cajamadrid la cuenta en la que se había depositado el dinero a nombre de D.^a Patricia, salvo 210.000 euros de los que ya se había dispuesto, por providencia de 28 de mayo de 2007 se acordó transferirlo a la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado, «donde permanecerá hasta tanto el Tribunal Constitucional resuelva el recurso de amparo o se preste la caución o avales exigidos en relación a la suma que supere la cifra de 72.670 euros», y asimismo se acordó requerir al Letrado de D.^a Patricia para que pusiera a disposición del Juzgado la cantidad de 210.000 euros de la que se había dispuesto.

Por providencia de 13 de junio de 2007, tras pedir la Junta de Andalucía el reintegro de esos 210.000 euros a la cuenta de depósitos y consignaciones hasta que se prestara garantía suficiente, se acordó requerir a D.^a Patricia para que prestara caución, aval o garantía de

devolución en su caso de 137.330 euros, diferencia entre los 210.000 euros de los que ya se había dispuesto y los 72.670 euros indiscutidos, bajo apercibimiento de tener dicha parte que depositarlos en la cuenta de depósitos y consignaciones.

Interpuesto recurso de reposición y promovido simultáneamente incidente de nulidad por la representación procesal de D.^a Patricia contra esas y otras providencias, interesando en definitiva la inmediata devolución de 1.493.600 euros, el Magistrado-Juez titular del Juzgado dictó auto el 24 de julio de 2007 desestimando el recurso y ratificando las providencias impugnadas.

La representación procesal de D.^a Patricia interpuso recurso de apelación contra dicho auto y recurrió también en súplica el auto del Tribunal Constitucional, pero con fecha 21 de enero de 2008 este último dictó sentencia desestimando el recurso de amparo de la Junta de Andalucía y declarando precluido el trámite de dicho recurso de súplica por el dictado de la propia sentencia; con fecha 30 de abril siguiente la Sec. 2.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó auto decretando la terminación del referido recurso de apelación por carencia sobrevenida de objeto; y en fin, el 26 de mayo siguiente, una vez devueltas las actuaciones por el tribunal de apelación al Juzgado, se libró mandamiento de pago por la cantidad de 1.493.600 euros que fue entregado a la albacea contadora-partidora de D.^a Patricia, la cual había fallecido el 7 de diciembre de 2007.

D.^a Patricia —tras su fallecimiento fue sustituida por su hija— presentó demanda de declaración de error judicial, recabándose los informes del Juzgado de Familia, del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal, no siendo necesaria la práctica de pruebas.

El Tribunal Supremo desestimó la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Objeto de la demanda de error judicial

El error judicial cuya declaración se pretende mediante el presente procedimiento consiste en haberse suspendido por un Juzgado de Familia la entrega de una indemnización de 1.703.600 euros a la parte hoy y entonces también demandante, fundándose la resolución judicial tachada de errónea en que la parte contraria había interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y solicitado cautelarmente de este mismo Tribunal la suspensión cautelar de la entrega del dinero.

Como quiera que dicha resolución fue recurrida en apelación por la parte demandante y el tribunal correspondiente la revocó fundándose en que el único órgano competente para acordar la suspensión era el propio Tribunal Constitucional, la demanda rectora del presente procedimiento cifra el perjuicio causado a la demandante por la resolución tachada de errónea

en unos 70.000 euros, importe de los intereses legales devengados por aquella suma indemnizatoria desde que la demandante supo de su consignación por la parte obligada al pago hasta que la misma suma le fue definitivamente entregada tras estimarse su recurso de apelación.

2. Informe del Juez de Primera Instancia

El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla informó en el siguiente sentido:

1.º Los datos de hecho de la demanda se ajustaban a la realidad, pero la parte demandante silenciaba otros datos contrarios a la finalidad perseguida por ella.

2.º La suspensión cautelar de la ejecución hasta que se pronunciara el Tribunal Constitucional fue solicitada por el Letrado de la Junta de Andalucía, y se acordó porque, pese a recono-

cerse que la competencia para acordar esa suspensión correspondía al Tribunal Constitucional, también se tuvo en cuenta que podía frustrarse lo que éste decidiera si una suma tan importante como 1.703.600 euros se entregaba sin adoptar ninguna medida o caución que pudiera garantizar su reintegro en el caso de que el Tribunal Constitucional acordara la suspensión o acabara estimando el propio recurso de amparo de la Junta de Andalucía.

3.º) El auto de 13 de junio de 2006 se dictó previo informe favorable del Ministerio Fiscal y tras haberse acordado oír a las partes.

4.º) El Tribunal Constitucional, por auto de 7 de mayo de 2007, acordó, en consonancia con lo decidido por el auto judicial tachado de erróneo en la demanda, condicionar la ejecución de la pretensión indemnizatoria a la prestación de una garantía adecuada por su beneficiaria.

5.º) La resolución del Tribunal Constitucional fue conocida por el informante justamente después de haber entregado a D.ª Patricia la cantidad consignada en cumplimiento de lo acordado por la Audiencia Provincial, y como entonces la Junta de Andalucía interesó el reintegro de dicha cantidad a la cuenta de consignaciones, se accedió a su petición y se consiguió recuperar la referida cantidad salvo 210.000 euros de los que ya se había dispuesto.

6.º) Las decisiones judiciales en las que se exigía caución y garantía, condición impuesta por el Tribunal Constitucional, también fueron recurridas en apelación.

7.º) Con fecha 21 de enero de 2008 el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo de la Junta de Andalucía, pero el dinero consignado no se pudo entregar de inmediato a D.ª Patricia porque las actuaciones originales se encontraban en la Audiencia Provincial precisamente a causa de los referidos recursos de apelación.

8.º) La parte demandante omite en su demanda que finalmente desistió de su recurso de apelación, solicitando el archivo por carencia sobrevenida de objeto.

9.º) En consecuencia, no se puede calificar de error judicial lo acordado por un Juzgado de Primera Instancia y revocado luego en apela-

ción, y menos todavía si se tiene en cuenta que las resoluciones judiciales que acordaron mantener la consignación, condicionando la entrega de la cantidad consignada a una caución y garantía, acabaron quedando firmes y consentidas.

3. Informe del Abogado del Estado

El Abogado del Estado presentó escrito de contestación a la demanda pidiendo su desestimación, con imposición de costas a la parte demandante, porque el auto presuntamente erróneo había sido revocado en apelación, que era el remedio idóneo y ordinario para subsanar el error denunciado, y además, porque ese mismo auto no carecía de racionalidad ni era incardinable en el concepto de error judicial elaborado por la jurisprudencia.

4. Informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal contestó asimismo a la demanda pidiendo su desestimación porque el artículo 56 LOTC no tiene una interpretación unívoca y, además, lo finalmente acordado por el Tribunal Constitucional sobre la suspensión de la ejecución vino a coincidir con lo decidido por el auto del Juzgado.

5. Razonamiento jurídico del Tribunal Supremo para desestimar la demanda de error judicial

A la vista de los anteriores hechos, de los que la demanda no menciona los relativos a la decisión del Tribunal Constitucional en la pieza separada de suspensión cautelar, si bien el Magistrado-Juez titular del Juzgado los ha puesto especialmente de relieve en su preceptivo informe, constando debidamente además en las actuaciones, procede desestimar la pretensión de declaración de error judicial aquí examinada porque, teniendo este procedimiento un carácter no autónomo sino instrumental de una subsiguiente reclamación indemnizatoria contra el Estado (artículo 293.1 LOPJ), difícilmente puede causar un perjuicio materialmente antijurídico lo decidido cautelarmente por juez incompetente si su decisión coincide con la del juez cautelarmente competente, ya que entonces igual perjuicio sería predicable de lo acordado por este último pese a no reprochársele error alguno. De ahí que, fun-

dada única y exclusivamente la demanda aquí examinada en el error del titular del Juzgado de Primera Instancia consistente en haber acordado una suspensión cautelar que, según el artículo 56 LOTC, sólo podía acordar el Tribunal Constitucional, pero habiendo decidido este último prácticamente lo mismo que había decidido aquél, la demanda no pueda ser acogida, ya que en último extremo el perjuicio alegado por la actora, consistente en la privación de los intereses legales de la cantidad que según ella se le tenía que haber entregado, no sería materialmente antijurídico puesto que, conforme a lo acordado por el Tribunal Constitucional, la actora no podía en realidad disponer de dicha cantidad sin constituir garantía suficiente de devolverla si acababa siendo estimado el recurso de amparo de la Junta de Andalucía. En definitiva, lo sucedido fue que el Tribunal Constitucional demoró su respuesta a la petición de la Junta de suspensión cautelar de la entrega del dinero a la demandante, pero claro está que tal demora no puede ser determinante por sí sola de un error judicial imputable al Juzgado de Primera Instancia que ya había adelantado una repuesta similar a la del Tribunal Constitucional cuando la demandante le pidió la

entrega inmediata del dinero. Entender lo contrario sería tanto como afirmar que la demandante tenía un derecho a la entrega inmediata e incondicionada del dinero cuando resulta que el órgano al que ella misma considera exclusivamente competente para pronunciarse cautelarmente al respecto le negó ese mismo derecho en tanto no se resolviera el recurso de amparo interpuesto por la parte contraria.

A todo ello se une, además, que según el artículo 292.3 LOPJ la mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización, y sin embargo en la demanda se mantiene la existencia de error judicial en función únicamente de la revocación del auto del Juzgado de 13 de junio de 2006 por el de la Sec. 2.ª de la Audiencia de 27 de abril de 2007, siendo así que al interponerse la propia demanda, 31 de julio de 2007, el Tribunal Constitucional ya había dictado su auto de 7 de mayo supeditando la entrega de la suma indemnizatoria a la caución adecuada que determinara el órgano judicial encargado de la ejecución; es decir, cuando ya se había desvanecido cualquier atisbo de perjuicio materialmente antijurídico imputable al auto del Juzgado.

DERECHO AL HONOR

Se considera vulnerado el derecho a la imagen de una menor al publicar su fotografía en un periódico sin el consentimiento de sus progenitores, no siendo su inclusión accesoria, casual o accidental, ni su inclusión tiene carácter secundario o circunstancial.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2010

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández

ANÁLISIS DEL CASO

El día 6 de abril de 2004 se publicó en el diario referido una noticia en primera portada con el texto «Al Qaeda amenaza con convertir España en un infierno. Juramos por Alá que haremos fluir vuestra sangre como ríos», acompañada de una foto en la que salía una menor de edad señalando la puerta donde supuestamente se había descubierto a un grupo terrorista. El padre de la menor se puso en contacto con el mencionado periódico, manifestó su expresa prohibición a que se utilizara la imagen de su hija, pese a lo cual, en la edición del mismo periódico del día 18 de agosto de 2004 vuelve a publicarse pero con el rostro velado, pero totalmente identificable por los que hubiesen visto la primera, y muy especialmente para la propia menor.

D. Matías, representante legal de la menor de edad, D.^a Angélica, interpuso demanda de Juicio Ordinario sobre Tutela del Derecho al Honor, a la Intimidación y a la Propia Imagen, solicitando que se dictase sentencia por la que se condene a la demandada conforme a las peticiones que a continuación se relacionan, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada: 1.º Se condene al periódico *La Opinión de Granada*, a la difusión íntegra de la sentencia que recaiga en este procedimiento salvaguardando la identidad de la menor. 2.º Se condene al abono en concepto de indemnización a favor de la menor y que provisionalmente se fija en 30.000 euros, siendo esta cantidad susceptible de ulterior valoración definitiva. 3.º Se impida el uso de la fotografía obtenida de la menor en el medio periodístico en adelante».

La Opinión de Granada, S.L.U., contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia «en la que se desestimen íntegramente las pretensiones de la actora y se absuelva a la demandada de todas ellas, imponiendo en ambos supuestos las costas a la actora».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Granada dictó Sentencia el 26 de mayo de 2006 estimando íntegramente la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 5.^a de la Audiencia Provincial de Granada, dictó Sentencia el 18 de mayo de 2007 desestimando el recurso.

La Opinión de Granada, S.L. interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El objeto del proceso versa sobre la protección del derecho a la imagen de una menor, cuya fotografía fue publicada en un periódico sin consentimiento de sus progenitores y con circunstancias determinantes de un daño o perjuicio. La relación de hechos integrantes de la *causa petendi* se resume en que el día 6 de abril de 2004 se publicó en el diario referido una noticia en primera portada con el texto «Al Qaeda amenaza con convertir España en un infierno. Juramos por Alá que haremos fluir vuestra sangre como ríos», acompañada de una foto en la que salía su hija menor de edad Elia señalando la puerta donde supuestamente se había descubierto un grupo terrorista, habiendo sufrido la menor por dicho acontecimiento miedo y ansiedad ante posibles represalias. Y el día 18 de agosto de 2004 se produjo una segunda publicación de la misma fotografía.

La Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y rechaza la oposición con base en a) que en la primera de

las fotografías publicadas de la menor, ésta es plenamente reconocible, toda vez que la difuminación utilizada sobre sus ojos es mínima y no es suficiente para ocultar su identidad y rostro; b) porque la menor no aparece en la foto de una manera accidental sino que fue puesta en ese concreto sitio y se hace para señalar la puerta donde había sido detenido un presunto grupo terrorista; y, c) que el daño a la menor ha quedado plenamente acreditado, porque como consecuencia de la publicación se le produjeron sentimientos intensos de tristeza y ansiedad al percibir la generación de una amenaza para su propia vida.

Por su parte la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial señaló que «Como consecuencia de ello, dicha menor sufrió miedo y ansiedad ante una posible venganza por parte del grupo terrorista, lo que originó que tuviese que visitar a una psicóloga, D.^a Santiago, que emitió con fecha 17 de abril de 2006, un informe en cuyo apartado 5.º y bajo el epígrafe VALORA-

CIÓN, expone “Como resultado de la valoración efectuada, y por todo lo expuesto anteriormente, se concluye que la publicación en el diario *La Opinión* de las fotografías realizadas a Angélica en la que la menor aparece señalando la vivienda que supuestamente ocuparon terroristas de Al Qaeda responsables de los atentados del 11-M, no han sido unas vivencias en absoluto neutras para ella, sino que las ha vivido con una elevada carga emocional negativa, que se ha visto reflejada principalmente en la experimentación de sentimientos intensos de tristeza y ansiedad”».

En el único motivo del recurso se mezclan cuestiones diferentes, que incluso responden a infracciones legales distintas, y por ello debieron haber sido objeto de articulación en motivos autónomos. Sin embargo, como son perfectamente individualizables, procede darle respuesta mediante el examen en apartados independientes.

La primera cuestión suscitada hace referencia a la afirmación por la recurrente de la veracidad de la noticia y su relevancia pública, que determina su protección al amparo del artículo 20.1.d) de la CE sobre la libertad de información. El planteamiento se desestima porque la protección otorgada a la demandante se sitúa en el campo del derecho a la imagen y de un menor que convierten en irrelevante la alegación efectuada. El artículo 7.5 de la LO 1/1982 considera intromisión ilegítima la captación, reproducción o publicación por fotografía de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos. Y de conformidad con el artículo 4.3 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, constituye intromisión ilegítima la utilización de imágenes de los menores en los medios de comunicación que sea contraria a sus intereses. Todo ello se ratifica por la especial protección que a los menores dispensan la Norma Constitucional, la normativa internacional, la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala.

La segunda cuestión hace referencia a que la inclusión de la imagen de la menor de edad en la fotografía fue accidental. Se pretende la aplicación de la excepción a la existencia de intromisión ilegítima del artículo 8.2.c), al que se remite el 7.5, ambos de la LO 1/1982, y con arreglo al que «el derecho a la propia imagen no

impedirá la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria». El planteamiento se desestima porque, aparte de que en ningún caso se justificaría el daño a un menor por la hipotética posibilidad de que apareciera accidentalmente en la fotografía publicada, sin más justificación, en el caso, la inclusión de la menor no es accesoria, porque fue puesta en el lugar para integrar la noticia o información que se quería transmitir, sin que obste que no se haya tenido en cuenta ninguna circunstancia de la menor en concreto, y que hubiera podido ser cualquier otra, o incluso una persona mayor de edad. Como dice la resolución recurrida «la menor no aparece en la foto de una forma meramente casual o accesoria, sino que es preparada por el profesional o profesionales que redactan la noticia, colocándola ante la puerta sospechosa señalándola de una forma ostensible». En definitiva, la aparición de la menor no ha sido casual o accidental por pasar por el lugar, ni su inclusión tiene carácter secundario o circunstancial. Bien al contrario, fue elegida y colocada en el lugar por el fotógrafo, y tan es así la importancia de ello que el propio representante legal del periódico declaró en el acto de la vista del juicio celebrado en la primera instancia (como relata la Sentencia del Juzgado) que se puso a la menor para evitar el efecto de la llamada «foto muerta», es decir, el poner a una persona para dar vida a la foto, ya que sacar sólo la puerta de la casa hace que la fotografía quede muerta. Y a lo expuesto incluso procede añadir que no cabe descartar que la selección de un menor de edad obedeciese a la intención de reforzar el impacto del contenido de la información, sin reparar en el daño que se podía ocasionar a la persona utilizada a tal fin.

La tercera cuestión hace referencia a que se difuminó y distorsionó en la foto el rostro de la menor para evitar su reconocibilidad. La alegación se rechaza porque incurre en el vicio de hacer supuesto de la cuestión, al suponer una afirmación fáctica contraria a la que mantiene la resolución recurrida sin haberla desvirtuado por el cauce adecuado. Dice ésta que «no se publicó la foto difuminando absolutamente su rostro, de forma que fuera totalmente irreconocible, y la demandada se empecinó en la publicación de la

fotografía que, pese a estar en esta segunda ocasión difuminado el rostro, era totalmente identificable por la coincidencia con la publicación primera». Por otro lado, debe advertirse que la identificabilidad no se mide en relación con la reconocibilidad por un círculo mayor o menor de personas, bastando incluso que lo sea en el ámbito más íntimo familiar o de allegados.

La última cuestión hace referencia a la indemnización, que se considera excesiva porque no guarda relación con los parámetros que han de tenerse en cuenta, (artículo 9.3 LO 1/1982), y los cuales no se han ponderado en ninguna de las sentencias dictadas en las instancias. El motivo se desestima por las razones siguientes: Por un lado, porque una cosa es que con arreglo al artículo 9.3 LO 1/1982 la existencia del perjuicio se presuma siempre que se acredita la intromisión ilegítima (inciso primero del precepto) y que para valorar el daño moral se deba atender a las pautas, que no son *numerus clausus*, que in-

dica la norma legal (incisos segundo y tercero), y otra cosa es que se pueda fijar la indemnización atendiendo al daño físico o psíquico efectivamente causado. Y ello es lo sucedido en el caso, pues la sentencia recurrida claramente resalta en el fundamento quinto, apartado 4.º, que «se han producido en la menor daños psicológicos perfectamente valorados en la prueba pericial practicada y ratificada en el acto de la Vista». Por otro lado, en lo que atañe a la cuantificación indemnizatoria esta Sala tiene reiterado que es una función atribuida a los Tribunales que conocen en instancia —primera y segunda instancia—, y que no cabe verificar en casación salvo que sea arbitraria por desproporcionada, o manifiestamente irrazonable por carente de toda razón justificativa, lo que en el caso, no sólo no sucede, sino que incluso la suma de treinta mil euros establecida se revela moderada habida cuenta las circunstancias concurrentes y la afectación de temor y ansiedad producida a la menor.

DIVISIÓN DE COSA COMÚN

La disolución de la comunidad de bienes integrada por dos personas que anteriormente estuvieron unidas en matrimonio debe hacerse mediante la venta en pública subasta, dado que aunque las fincas sean divisibles, no resulta posible obligar a todos los comuneros a pechar con inciertos y costosos trámites administrativos.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de marzo de 2010

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Custodia presentó demanda de juicio ordinario contra D. Gervasio solicitando se dictara sentencia por la que se declarase: «1.º Haber lugar a la división de la comunidad y consiguiente extinción del condominio que ostentan mi mandante y el demandado sobre todos los bienes que han sido descritos en el hecho primero de esta demanda. 2.º Se acuerde en consecuencia la venta de las referidas fincas en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, y el producto obtenido en la misma se lo repartan los litigantes por iguales partes, sin perjuicio, en su caso, de la deducción de los gastos que hayan sido satisfechos justificadamente sobre las fincas. 3.º Y en consecuencia y en cualquier caso se condene al demandado a estar y pasar por estas declaraciones y a llevar a cabo las actuaciones necesarias para proceder a la división solicitada en la forma que se estime, con expresa imposición de las costas del procedimiento al demandado, aun cuando se allane a esta demanda».

D. Gervasio contestó a la demanda solicitando se dictara sentencia por la que «accediendo a la extinción del condominio de las partes respecto de los bienes que constituyen las Fincas Registrales NÚM000 y NÚM001 del Registro de la Propiedad núm. 2 de Paterina, se declare sin embargo no haber lugar a la venta en pública subasta de las citadas fincas, y en su lugar se acuerde proceder a la división física de las fincas: CON CARÁCTER PRINCIPAL, conforme a la Propuesta de División atendiendo a criterios de divisibilidad física que propone el Arquitecto Sr. Amadeo en el Apartado 5.º de su Informe —aportado como Documental núm. 13 de este Escrito—, adjudicando en cualquier caso la Parcela “A” resultante a mi mandante, con la indemnización económica para la actora que en tal caso prevé el Sr. Perito. CON CARÁCTER SUBSIDIARIO, conforme a cualquiera de las dos opciones que como Propuesta de División atendiendo a criterios de divisibilidad económica propone el Arquitecto D. Amadeo en el Apartado 4.º de su Informe, adjudicando en cualquier caso y siempre la Parcela “A” resultante a mi mandante, en este caso sin que proceda indemnización económica alguna. Y todo ello con expresa condena en las costas de este procedimiento a la actora, aun cuando la sentencia contemple una estimación parcial de la demanda, por haber estimado al amparo del artículo 394.2 de la LEC, temeridad en su actuación».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Quart de Poblet dictó Sentencia el 26 de julio de 2005 estimando la demanda declarando el derecho de las partes a la disolución de la comunidad y consiguiente extinción del condominio sobre las fincas de referencia en el antecedente de hecho primero, procediendo la venta en pública subasta de las mismas con reparto del precio obtenido entre los comuneros en proporción a las cuotas que sobre la finca ostenta. Haciendo expresa imposición de costas a la parte demandada.

En grado de apelación, la Sec. 11.ª, de la AP de Valencia dictó Sentencia el 6 de marzo de 2006 desestimando el recurso, confirmando la sentencia apelada e imponiendo al recurrente las costas de la apelación.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El presente recurso de casación versa sobre la extinción del condominio entre dos personas, casadas en su día en régimen de separación de bienes, sobre una superficie de tierra constitutiva de dos fincas registrales de una misma urbanización y pertenecientes por mitad a ambos condóminos, existiendo en una de las fincas registrales una vivienda terminada, habitable y habitada por uno de los condóminos y en la otra una vivienda en construcción de la que sólo está levantada la estructura.

La demanda fue interpuesta por la mujer contra el marido, tres años después de su separación de hecho, pidiendo la división de la

comunidad y consiguiente extinción del condominio mediante la venta de las fincas en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, y reparto del producto obtenido entre los litigantes por partes iguales, alegándose que la división física disminuiría considerablemente el valor de las fincas y que había sido imposible llegar a un acuerdo con el demandado. Éste, por su parte, contestó a la demanda aceptando la extinción del condominio pero oponiéndose a la venta en pública subasta porque en su opinión las fincas eran divisibles según el informe de arquitecto que aportaba, con base en el cual, sin formular reconvencción, proponía dos posi-

bilidades de división material o física, una principal con compensación económica a la actora y otra subsidiaria sin indemnización económica alguna, aunque siempre con la condición de que al demandado se le adjudicara la parcela en la que se encontraba la casa terminada y habitada por él junto con el hijo común de ambos litigantes.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda razonando que el demandado no había formulado reconvencción y por tanto no podían acogerse sus propuestas; que si bien las fincas no eran físicamente indivisibles ni quedarían inservibles si se dividieran, sí era necesaria, para evitar una pérdida considerable de su valor, agregarlas para proceder después a su segregación, «lo que alcanzaría un elevado coste, dependiendo además en su realización de las licencias del Ayuntamiento, y no resulta posible obligar a todos los comuneros a pechar con inciertos y costosos trámites administrativos»; que por tanto se daba una indivisibilidad jurídica por lo antieconómico de la división física, pues el demandado no había probado que cada porción resultante «supondría un beneficio tal para cada una de las partes divididas por la importante revaloración que experimentarían, que dejarían en mal lugar el principio de antieconomicidad»; y en fin, que no había prueba de que la vivienda habitada por el demandado fuera vivienda familiar y por tanto no era aplacible el artículo 1320 CC en cuanto a la necesidad de autorización judicial.

Interpuesto recurso de apelación por el demandado, el tribunal de segunda instancia lo desestimó y confirmó la sentencia apelada. Razones de su fallo son, en esencia, las siguientes: 1) Las propuestas del demandado no eran atendibles porque con arreglo al artículo 406 LEC tendría que haber formulado reconvencción al tener aquéllas una conexión directa con la demanda y ser necesaria la reconvencción para toda pretensión distinta de la mera absolución de la demanda; 2) tampoco había considerado el demandado que sus propuestas tuvieran el carácter de una reconvencción implícita a tramitar como tal, pues ni tan siquiera había interesado nulidad de actuaciones; 3) en consecuencia, la única cuestión litigiosa a examinar quedaba re-

ducida a si los inmuebles eran o no susceptibles de división; 4) como el objeto del condominio eran dos fincas jurídicamente independientes y no un patrimonio conjunto, debían considerarse indivisibles materialmente ante la dificultad intrínseca de su separación en dos partes iguales, pues en las fincas registrales se encontraban diferentes construcciones no homogéneas y la habitada por el demandado no podía dividirse; 5) prueba de ello es que el propio demandado, ante la dificultad de dividir materialmente las fincas en su consideración individual y por las construcciones existentes sobre las mismas, pretendía su unión para luego segregaras de forma distinta, «manteniendo en todo cada edificación entera dentro de uno u otro nuevo terreno, en función de su eventual aprovechamiento, para su división, a su vez, en parcelas»; 6) no se podía obligar a uno de los condóminos a unir en uno solo los dos terrenos diferentes para luego permitir dividirlos, «de manera incierta jurídicamente y a expensas de la realización de una serie de trámites hasta la consecución final del objetivo, como tampoco a percibir una indemnización como parte del minusvalor de la porción que se le pueda adjudicar»; 7) a falta de acuerdo entre los litigantes, que por demás podía alcanzarse en cualquier momento, lo procedente era, conforme al artículo 404 CC, la venta en pública subasta; 8) además, el demandado no tenía ningún título de atribución de la vivienda que le diera preferencia sobre la parcela en que ésta se encuentra, y «se desconoce la influencia última del impacto del planeamiento urbanístico cuando no existe un estudio específico al efecto, lo que puede influir tanto en lo que se refiere a la valoración de las fincas resultantes, a efectos de poder equiparar las mismas, como de la posibilidad de unir y segregar, y en su caso parcelar, las mismas»; 9) finalmente, excedía del principio *iura novit curia* el alcance de «los costes concretos de las actividades necesarias para la unión y segregación de fincas, que se calculan por primera vez en apelación por el recurrente en la suma de 9.095,88 euros, a cuyo efecto hubiera sido preciso la oportuna alegación y demostración mediante prueba adecuada».

Los dos únicos motivos admitidos del recurso pueden y deber estudiarse conjuntamente porque su objetivo común es que se acuerde la

división material o física del objeto del condominio conforme a las propuestas, una principal y otra subsidiaria, contenidas en la contestación a la demanda. Para ello uno de los motivos se funda en infracción del artículo 404 CC por no ser procedente acudir a la pública subasta cuando las fincas no resulten esencialmente indivisibles; y el otro se funda en infracción del artículo 40 CC en relación con los artículos 18.2 y 47 de la Constitución porque, partiendo de la divisibilidad de las fincas, el recurrente tendría «un plus o *prius* de atribución» respecto del lote en el que se encuentra la vivienda terminada en la que tiene su residencia habitual y por tanto su domicilio. Pues bien, ambos motivos han de ser necesariamente desestimados porque, firme el pronunciamiento de naturaleza procesal sobre la necesidad de reconvencción para pretensiones del demandado distintas de su absolucón de la demanda, el recurso de casación nunca podría alcanzar el objetivo pretendido, y en tal caso, admitida desde el primer momento por el demandado-recurrente la extinción del condominio, sustituir la venta por una división de la cosa común fundada pura y simplemente en no ser ésta esencialmente indivisible comportaría el riesgo de que a aquél no se le adjudicara la parte en que se encuentra la casa que habita y, entonces, se diera el contrasentido de ser la solución del pleito contraria a los intereses de ambas partes. Y es que el demandado, especialmente mediante el motivo fundado en infracción del artículo 40 CC en relación con los artículos 18.2 y 47 de la Constitución, persiste en el error, mantenido desde su contestación a la demanda hasta ahora, de arrogarse un derecho preferente frente al otro comunero, es decir la demandante, sobre la vivienda totalmente edificada y habitada por él junto con el hijo común de ambos litigantes, cuando en realidad carece de título de atribución alguno que le permita servirse de la cosa común con exclusión del otro condómino en contra de lo que disponen los artículos 394 y 398 CC y lo que declaran tanto las sentencias de esta Sala de 30 de noviembre de 1988 y 23 de marzo de 1991 como la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de junio de 1994 según la cual la cuota no atribuye un derecho exclusivo al uso de la vivienda, no habiendo mediado tampoco en este caso ninguna

resolución judicial de atribución de la vivienda que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala representada por la Sentencia de 3 de diciembre de 2008 (rec. 1463/2003) y las que en ella se citan, obligue a respetar el derecho de uso sobre la vivienda a pesar de la división.

En suma, no hay infracción alguna del artículo 40 CC porque la sentencia recurrida no niega que el recurrente tenga su domicilio en la vivienda de que se trata por ser el lugar de su residencia habitual; tampoco hay infracción del artículo 18.2 de la Constitución porque la acción de división de la cosa común ejercitada por un comunero contra otro nada tiene que ver con la inviolabilidad del domicilio frente a las injerencias de los poderes públicos; y en fin, menos aún la hay del artículo 47 de la Constitución, ya que el derecho a una vivienda digna puede hacerse valer frente a los poderes públicos pero no frente a un condómino que tiene sobre la vivienda en cuestión exactamente los mismos derechos que el demandado-recurrente, de suerte que, a falta de acuerdo, la mera tolerancia de la demandante para que aquél resida en la vivienda no constituye, como declara la Sentencia de 3 de febrero de 2005 (rec. 3544/1998), el título de atribución definitiva que en el recurso se pretende. Lejos de ello, la Sentencia de 14 de julio de 2003 (rec. 3490/1997) ya señaló la improcedencia de un proyecto de división que satisfacía los intereses particulares de los recurrentes «de seguir viviendo en la casa que habitan pero que ignora tanto el legítimo interés de los demandantes en una división igualitaria como el desmerecimiento económico que supondría la división»; la Sentencia de 25 de junio de 2008 (rec. 1111/2001) rechaza que por «consideraciones conceptualistas» quepa prolongar la situación beneficiosa del coheredero que ocupa la vivienda que constituye el principal bien de la herencia litigiosa; y en fin, la Sentencia de 14 de diciembre de 2007 (rec. 4648/2000) declara que la voluntad de uno de los partícipes no puede imponer, «en contra de los intereses comunes, una solución claramente perjudicial desde el punto de vista económico». Por su parte la Sentencia de 27 de diciembre de 1994 (rec. 3031/1991) rechazó que la subasta como medio de salir de una situación de indivisión fuera contraria a la Constitución por el hecho de que su artículo 33.3 impida que nadie

pueda ser privado de sus bienes sin procedimiento expropiatorio, y lo mismo declara la Sentencia de 17 de noviembre de 2003 (rec. 1646/1998), añadiendo, además, que si del proyecto de división del objeto del condominio resultan dos lotes no homogéneos por incluirse en uno de ellos la vivienda de mayor valor, lo procedente es «acordar la venta de la finca en su totalidad en pública subasta, conforme autoriza el artículo 404 del Código Civil».

De todo ello se deriva la falta de consistencia del otro motivo del recurso, fundado precisamente en infracción de dicho artículo 404 CC, pues aun cuando sean discutibles algunas consideraciones de la sentencia recurrida sobre la falta de un patrimonio conjunto por ser objeto del condominio dos fincas registrales diferentes, ya que por el contrario la sentencia de esta Sala de 2 de noviembre de 2009 (rec. 1833/05) declara que el objeto de la división es la finca real y no la registral, sí es indiscutible, de un lado, que los proyectos de división propuestos por el demandado-recurrente exigían una agrupación registral y posterior segregación de resultado incierto, al precisar en cualquier caso de las correspondien-

tes autorizaciones administrativas urbanísticas, comportando gastos excesivos que no cabe imponer a uno de los comuneros (SSTS 3 de febrero de 2005 en rec. 3544/1998 y 7 de julio de 2006 en rec. 3990/1999), y por ende, no garantizando la decisión judicial, por sí sola, la efectividad de la división proyectada (STS 30 de abril de 1999 en rec. 2165/2004); y de otro, que en definitiva, ante la falta de acuerdo entre los comuneros para dividir el objeto del condominio compensando económicamente a uno de ellos, la única solución posible es la venta, pues como señala la Sentencia de 3 de febrero de 2005, ya citada, «la divisibilidad de una comunidad no está en función del interés y apreciación subjetiva de una parte, que no puede pretender un criterio de divisibilidad que no conste dé respuesta de igualdad objetiva a las respectivas cuotas», de suerte que ante la falta de acuerdo de los interesados es ajustada a derecho la decisión judicial que ordena la división en pública subasta porque los tribunales no pueden imponer soluciones que requieren el acuerdo de las partes, razón esta última contenida también en las Sentencias de 7 de julio de 2006 (rec. 3990/1999) y 1 de abril de 2009 (rec. 1056/2004).

SUCESIONES

El testamento no produce efectos hasta la muerte del testador, de manera que, aunque el otorgante sea incapaz, su impugnación no puede tener lugar en vida del causante sino a partir de su muerte, por ser cuando adquiere eficacia aquél, además de que el tutor debe actuar en beneficio del tutelado y la acción de nulidad del testamento no beneficia en nada al pupilo en la medida que su eficacia se produce tras su muerte y en favor de los llamados a la herencia.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de marzo de 2010

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Valentín se hallaba afectado por una demencia progresiva degenerativa (Alzheimer). Fue incapacitado por Sentencia de 14 de septiembre de 1999 y se le nombró tutor por auto de 4 febrero 2000. El cargo recayó en su hermano D. Eulalio.

D. Valentín había otorgado testamento notarial el 18 de mayo de 1995.

D. Valentín había dispuesto que la demandada D.^a Nicolasa fuera cotitular, beneficiaria o autorizada de una serie de cuentas corrientes y fondos de inversión. D.^a Nicolasa falleció el 1 septiembre 2001, soltera y sin descendientes.

El tutor, D. Eulalio, ejerció dos acciones frente a D.^a Nicolasa, la Congregación del Santísimo Redentor y D. Jon. Pidió: a) que se declarara la nulidad del testamento otorgado el 18 de mayo de 1995 y de cualquier otro que D. Valentín hubiese otorgado en el período de incapacidad desde 1993, y b) que se declarara la inexistencia de consentimiento y voluntad por parte de D. Valentín en la apertura de contratos bancarios y depósitos financieros y de las extracciones efectuadas sin su consentimiento. La demandada D.^a Nicolasa opuso las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva y defecto procesal en el modo de proponer la demanda, además de oponerse a los pedimentos de la misma.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 Madrid dictó Sentencia el 17 de septiembre de 2001 estimando la demanda en parte. Rechazó todas las excepciones planteadas por la demandada y respecto al fondo del asunto, consideró probado que D. Valentín estaba incapacitado para testar el 18 de mayo de 1995 «a tenor del deterioro de sus facultades intelectivas, por lo que le impedía comprender la virtualidad de tal acto», lo que lleva al juzgador a declarar «nulo el testamento otorgado por Valentín el día 18 de mayo de 1995, no existiendo impedimento legal alguno para la obtención de tal pronunciamiento en vida del causante, padeciendo éste una enfermedad mental irreversible [...]». Respecto a la nulidad de los actos referidos a las oberturas de cuentas corrientes y disposición de activos financieros, la sentencia argumentaba que «la Sra. Nicolasa obtuvo la facultad de disponer o figurar como persona autorizada, respecto de los productos financieros [...] en las fechas en las que D. Valentín tenía deteriorada su capacidad intelectual y, por ende, carecía de la posibilidad de comprender sobre la trascendencia de los actos jurídicos que realizaba, tal como se ha expuesto», por lo que se declaraba su nulidad.

En Grado de apelación, la Sec. 9.^a bis de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia el 27 de mayo de 2004, confirmó la apelada. Respecto a la falta de legitimación activa del tutor, la sentencia considera que el motivo no es estimable porque «[...] se ha producido el fallecimiento del incapaz» y además, «ni está excluido de las facultades del tutor ni le está prohibida —artículos 269, 271 y 272 CC— ni la ahora recurrente formuló demanda reconventional respecto de que la actuación del tutor fuese en interés propio y no en defensa y beneficio del incapaz». Respecto a la falta de capacidad en el momento de otorgarse todos los negocios jurídicos patrimoniales, dice la sentencia recurrida que las pruebas llevan a la misma conclusión que la de instancia, es decir, que «carecía de la capacidad necesaria para realizar los actos que son objeto de pretensión de nulidad, criterio que se comparte con el juez *a quo*».

D.^a Nicolasa presenta recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, desestimándose el primero y estimándose el segundo acordando el Tribunal Supremo la desestimación en parte de la demanda presentada por la representación procesal de D. Eulalio y que no procede la nulidad del testamento otorgado por D. Eulalio de 18 de mayo de 1995. Se mantienen los otros pronunciamientos de la sentencia recurrida, excepto lo relativo a las costas.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso extraordinario por infracción procesal

El motivo primero se formula por infracción del artículo 218 LEC, por insuficiencia manifiesta de motivación respecto de las excepciones opuestas relativas a la falta de legitimación activa y pasiva. Señala que el tutor puede hacer una serie de actos, pero no aquello que el testador no puede hacer que es anular su propio testamento, discutiéndose aquí si el tutor está legitimado para pedir la declaración de ineficacia del testamento antes del fallecimiento del testador. Además, el testador falleció antes de dictarse la Sentencia de 1.^a Instancia y el tutor continuó el procedimiento en defensa de la dignidad y honor de su hermano, mientras que fallecido el tutelado en cuyo nombre se ejercitaron las acciones, debió de haberse producido la correspondiente sustitución por los sucesores.

El motivo se desestima. No puede estimarse este motivo del recurso extraordinario por infracción procesal porque la recurrente lo basa en la infracción del artículo 218 LEC claramente por falta de motivación, aunque no lo diga directamente y de la simple lectura de la sentencia recurrida se deduce que la motivación existe, es amplia y está argumentada y aunque es contraria al interés de la parte recurrente, ésta no es una razón para admitir el motivo, como es doctrina constante de la Sala. En realidad la recurrente esta planteando dos problemas: a) la falta de legitimación activa del tutor para impugnar el testamento de quien aun no ha fallecido, y b) la continuación del procedimiento como tutor después del fallecimiento del pupilo, pero todo ello al amparo de la falta de motivación. Estas cuestiones se repiten en el primero de los motivos de casación, por lo que se examinarán en aquella sede.

El segundo motivo denuncia la infracción de nuevo del artículo 218 LEC, en lo relativo a la apreciación y valoración de la prueba, así como a la carga de la misma. Se refiere a la prueba de la capacidad del testador en el momento de otorgar el testamento y considera que no se ha destruido la presunción de capacidad porque existen una serie de pruebas referidas a actos co-

etáneos y posteriores que indican que poseía el suficiente juicio para otorgar testamento.

El motivo se desestima. La recurrente equivoca la disposición que considera infringida, puesto que el artículo 218 no se refiere a la carga de la prueba, porque la norma reguladora es la contenida en el artículo 217 LEC. En segundo lugar, la recurrente está claramente incidiendo en las cuestiones de valoración de la prueba producida en el procedimiento, especialmente las pruebas testifical y pericial, que son de apreciación por parte del juzgador de acuerdo con las reglas de la sana crítica, según lo establecido en los artículos 348 LEC para la valoración de la prueba de peritos y 376, en relación a la prueba de testigos. No habiendo incurrido la sala sentenciadora en ninguna de las causas que permiten revisar la valoración de la prueba en casación, debe rechazarse también este motivo.

2. Recurso de casación

El primer motivo se formula al amparo del artículo 477.2.2.º LEC, por infringir la sentencia recurrida los artículos 657, 661 y 667 CC en relación con los artículos 988, 989 y 991 CC: dice que el tutor carece de acción para ejercitar la nulidad del testamento del sometido a tutela durante la vida de éste, ya que al ser el testamento un acto *mortis causa, ante mortem* carece de eficacia alguna para los llamados. Nadie puede reclamar la nulidad del testamento mientras carezca de eficacia. Además, el hecho de la muerte del testador acaecida después de haber quedado constituida la relación jurídico-procesal no puede fundamentar la desestimación de las excepciones alegadas con anterioridad a la producción del hecho de la muerte. Conociéndose dicha muerte y habiendo cesado la representación legal del tutor, según el artículo 275 CC, no se tomó ninguna medida para proceder a la sustitución procesal y, finalmente, el propio tutor, sucesor intestado, en lugar de comparecer como tal heredero, lo que sería congruente con su pretensión de nulidad del testamento del hermano incapacitado fallecido, decide no personarse en concepto de tal y declara la voluntad de actuar en representación del pupilo muerto, en defensa de su honor y dignidad.

El motivo se estima. Dos son las cuestiones que se plantean en el presente motivo del recurso de casación. La primera es la referida al propio procedimiento, continuado por el tutor en calidad de tal, lo que lleva a plantear la cuestión de la posible desaparición del objeto del proceso por el fallecimiento del tutelado. La segunda cuestión planteada en el primero de los motivos de casación viene referida a la legitimación para pedir la nulidad de un testamento por causa de incapacidad del testador cuando éste aún no ha fallecido. La primera de las cuestiones indirectamente planteadas por la recurrente debe resolverse de forma negativa, puesto que la acción planteada en la demanda sigue siendo fundamental para conocer si el tutor podía o no pedir la nulidad del testamento en vida del otorgante, lo que determina las acciones para su impugnación en el caso de que se niegue que la acción estaba bien ejercitada por el tutor.

Respecto a la cuestión de fondo, es decir lo relativo a si el tutor está legitimado para pedir la nulidad del testamento por incapacidad del otorgante antes de su fallecimiento, debe admitirse la tesis mantenida por la recurrente en su recurso de casación. Las razones se exponen a continuación:

1.º El testamento es un acto sin eficacia hasta que se produce la muerte del causante. Aunque éste fuese incapaz, no se puede impugnar un testamento que no tiene la condición de acto eficaz hasta que adquiere dicha eficacia, es decir, en el momento de la muerte del testador.

2.º El tutor debe actuar en beneficio del tutelado. La acción para pedir la nulidad del testamento no beneficia para nada los intereses del incapaz, porque el testamento no va a ser eficaz en vida y cuando fallece, va a beneficiar a los llamados en el testamento, pero no al incapaz y los interesados tienen legitimación para ejercer aquellas acciones que crean conveniente para pedir la nulidad de un testamento. Es por esta razón que la segunda acción emprendida por el tutor en relación a la nulidad de diversos actos de disposición entre vivos relativos a cuentas corrientes e inversiones ha sido estimada, porque dichos actos perjudicaban al propio incapaz, en cuyo nombre está legitimado el tutor para actuar.

3.º El propio testador no puede pedir la nulidad de un testamento por falta de capacidad o vicio de la voluntad, aunque tiene en su mano la revocación si es capaz. Si es incapaz, serán sus sucesores los que impugnarán el testamento caso de no haberlo revocado el testador. Por lo que no pudiendo el tutelado ejercer esta acción, tampoco estará legitimado el tutor.

4.º Además, el testamento de D. Valentín fue otorgado en un período en el que regía la presunción de capacidad del artículo 664 CC, de modo que la discusión sobre la nulidad o no del testamento no puede centrarse en una incapacidad declarada cuatro años después por medio de la declaración de incapacitación. Lo que debe demostrarse en una acción de nulidad por falta de capacidad es que el testador no estaba capacitado para otorgar el testamento en el momento en que lo hizo y ello no puede deducirse de una posterior incapacitación.

Esta doctrina fue formulada en la Sentencia de esta Sala de 7 de abril de 1903, ya que a estos efectos, una de 1886, contradictoria con la de 1903, no puede tomarse en consideración por ser anterior al Código Civil. La citada sentencia dice que las acciones presuponen siempre la violación de un derecho y por ello, «como las disposiciones testamentarias, por ser esencialmente revocables y estar ordenadas para después de la muerte del testador, no pueden producir efecto alguno hasta que el mismo testador fallezca, es obvio que durante la vida del que ordenó el testamento no puede persona alguna impugnar la eficacia de éste, mediante acción de carácter civil, ya que ningún perjuicio irroga ni puede irrogar al testador, mientras vive, la existencia de la disposición testamentaria que aquél puede derogar o ratificar sin contención de ninguna clase» y esta doctrina no se altera cuando el testador ha sido declarado incapaz «por haberle sobrevenido perturbación en sus facultades intelectuales», no pudiéndose «conceder al representante o tutor el incapacitado y con referencia a todos los actos ejecutados anteriormente por éste, acciones que el mismo por sí no hubiera podido ejecutar, pues ni la ley consiente esa especial modificación, ni existe fundamento legal alguno para atribuir al tutor mayores facultades que las que tendría el propio interesado».

Se desestima la demanda en la que se pedía por los hijos la nulidad de unas compraventas efectuadas en vida por su padre a favor de sus tíos al quedar acreditado que medió precio y que se entregó ante el Notario, no habiendo acreditado los hijos que las cantidades se volviesen a entregar por el vendedor a los compradores pues no consta el destino de la disposición bancaria efectuada posteriormente por el padre.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de mayo de 2010

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Indalecio vendió el 14 de abril de 2002 unas fincas en dos contratos de compraventa celebrados con cada uno de sus hermanos y sus respectivas esposas, todos ellos demandados en este pleito. Consta probada la entrega del precio en cada uno de los contratos celebrados.

Cinco días antes de su muerte y por medio de un mandatario verbal, D. Indalecio procedió a retirar de su cuenta corriente la cantidad de 200.000 euros, sin que conste el destino de este dinero a partir del momento en que se entregó al propio D. Indalecio.

D. Indalecio falleció el 18 de mayo de 2003 sin haber otorgado testamento; sus hijos D.ª Isidora, D. Urbano y D.ª Piedad fueron declarados herederos ab intestato.

Los hermanos D.ª Isidora, D. Urbano y D.ª Piedad interpusieron demanda de juicio ordinario contra sus tíos D. Valentín, y su esposa D.ª Alejandra, D. Jesús Manuel, y su esposa D.ª Elisa, solicitando: «1.º Se declare que las dos escrituras de compraventa de inmuebles relacionadas en el apartado fáctico 4 de esta demanda —documentos núms. 7 y 8— son sendos contratos de donación, por no haber mediado precio, y que son ineficaces como compraventa, y donaciones válidas sin perjuicio de que deban reducirse por inoficiosidad de resultar actos de disposición gratuitos efectuados a favor de terceros que excedan del tercio de libre disposición del que pudo haber dispuesto válidamente con carácter gratuito D. Indalecio. 2.º Se declare que la disposición de 200.000 euros detraídos de la cuenta de ahorro de la que era titular D. Indalecio en el Banco Santander Central Hispano S.A. el núm. NÚM000 el día 13 de mayo de 2003 es una donación efectuada a favor de los demandados D. Valentín y D. Jesús Manuel, y que es una donación válida sin perjuicio de que deba reducirse por inoficiosidad, de resultar un total de actos de disposición gratuitos efectuados a favor de terceros que excedan del tercio de libre disposición del que pudo haber dispuesto válidamente con carácter gratuito D. Indalecio. 3.º Se proceda a la declaración judicial de los bienes que componen la herencia de D. Indalecio, formulándose inventario y avalúo con citación de los donatarios demandados, y con inclusión de todos los bienes donados en forma directa o por venta simulada, estableciendo los mismos en la parte dispositiva de la sentencia —o en su defecto en ejecución, incluyendo todos los bienes referidos por esta parte en la presente demanda—. 4.º Que en función del montante total o valor total de la herencia de D. Indalecio, con inclusión de las donaciones que se deberán inventariar a efectos de calcular el caudal, y una vez fijado el valor de los inmuebles y de los vehículos por medio de prueba pericial en período probatorio, se establezca en sentencia o en ejecución

el valor total del caudal a computar y con ello el importe que a cada uno de los tres actores les corresponde percibir en concepto de legítima estricta y larga, a razón de un 22,222% del total del caudal que resulte, y una vez establecido el montante total del valor de las donaciones percibidas por los demandados, se reduzcan las mismas por inoficiosidad, de forma que los donatarios deban indemnizar a cada uno de los herederos en la diferencia entre el montante que cada heredero debe recibir en concepto de legítima corta y larga y el montante de donación que resulte inoficiosa en cuanto excede de un importe equivalente al tercio de libre disposición por encima del cual no es válido el acto dispositivo. Se solicita que estas indemnizaciones se fijen en sentencia a resultas de la tasación pericial de los bienes que se deberán inventariar, o, en su defecto, que se difiera su liquidación para ejecución de sentencia sobre estas bases, conforme autoriza el artículo 219, núm. 1, de la LEC. 5.º Que se condene a los demandados al abono de dichas cantidades más los intereses legales del artículo 576, núm. 1, de la LEC. 6.º Que se condene a los demandados a que entreguen y pongan a disposición de la parte actora el vehículo Volkswagen Bora matrícula PE-...-D, perteneciente al caudal hereditario, que han quedado descrito en el apartado fáctico sexto de esta demanda. 7.º Que se condene en todo caso a la parte demandada al pago de las costas judiciales causadas en la presente litis, con lo demás que proceda».

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de D. Valentín, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... dictar sentencia por la que con desestimación de la demanda, se declare no haber lugar a la misma, absolviendo a mi representado de las pretensiones contra él deducidas, con imposición de costas a la parte demandante».

La representación de D. Jesús Manuel, alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: «... en su día, dictar sentencia por la que, con desestimación de la demanda, se declare no haber lugar a la misma, absolviendo a mi representado de las pretensiones contra él deducidas, con imposición de costas a la parte demandante».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Aranda de Duero dictó Sentencia el 25 de noviembre de 2005 desestimando la demanda con los siguientes argumentos: a) en los casos de simulación es obligado deducirla por medio de la prueba de presunciones; b) aunque es evidente la relación de parentesco, «no se ha acreditado que el vendedor no fuera plenamente consciente de sus actos, aun cuando padeciera un cáncer, quedando patente su decidido propósito de vender las fincas a sus hermanos por un precio que no se ha acreditado como vil, pese a ser inferior al precio de mercado según el informe pericial»; c) hubo compraventa porque consta el consentimiento, el objeto «y no se ha acreditado la existencia de causa ilícita», porque «constando ante Notario la manifestación explícita de que el vendedor recibió el precio, incumbe a quien lo niegue probar los hechos que permitan destruir tal presunción de realidad», que no se ha producido; d) respecto de la donación de 200.000 euros, la parte demandante «no ha probado que esa suma de dinero la donase a sus hermanos».

En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Burgos dictó Sentencia el 3 de abril de 2006 estimando el recurso y la demanda. Los argumentos fueron los siguientes: a) el tribunal se inclina a considerar que se trata de una donación encubierta, porque «no se explica y difícilmente se entiende el interés de los demandados en comprar ni el propósito

de D. Indalecio en vender cuando este último no tenía ninguna necesidad económica con un patrimonio en fondos de inversión cerca a los 400.000 euros»; b) las fincas se vendieron por un precio cercano al real; c) la declaración de la compraventa como simulada es compatible con la entrega real de dinero del comprador al vendedor cuando lo único que se puede constatar es el acto formal y aparente de entrega y no un efectivo ingreso del dinero en el patrimonio del vendedor; d) los hermanos no tenían intereses reales en las localidades donde se encontraban las fincas rústicas vendidas; uno de ellos adquirió dos locales teniendo su residencia en Bilbao desde hacía años; el otro hermano, D. Valentín no podía suponerse interesado en la adquisición de una vivienda en Cabañes y del resto de las fincas rústicas cuando no ha hecho uso de ellas desde que las compró, y e) aunque el dinero desapareció de la herencia de su padre, «para que pueda condenarse a los demandados a reintegrar a los actores aquello que les falta para completar su legítima ha de probarse que fueron los demandados los que recibieron dicho dinero», puesto que de haber sido otros los beneficiarios, serían ellos quienes deberían haber sido demandados, aunque los demandados «tuvieron que ser conocedores de quién resultó beneficiario de los 200.000 euros y si no lo dicen puede presumirse que es porque lo recibieron ellos mismos». Además también puede presumirse por razones obvias de parentesco y por la cantidad de dinero de la que se trataba que la voluntad de D. Indalecio fue la de donar dicho dinero a sus hermanos en lugar de dejárselo a otras personas o instituciones.

D. Valentín y D. Jesús Manuel interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación siendo ambos estimados por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia desestimatoria de la demanda dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso extraordinario por infracción procesal

El primer motivo señala la infracción de las reglas relativas a la carga de la prueba, contenidas en el artículo 217 LEC, así como del artículo 218.2 LEC, en relación con el artículo 319 LEC. Aunque la sentencia declara la simulación de las compraventas, antes dice que se vendieron los bienes por un precio cercano al real y que el Notario constató la entrega efectiva del dinero fijado en las escrituras, por lo que el hecho del pago del precio está amparado por la fe pública notarial, siendo de aplicación lo establecido en el artículo 319.1 LEC. La sentencia se contradice cuando dice que los hermanos compradores efectuaron un considerable desembolso económico para adquirir unas fincas por un precio que se aproximaba al real para después afirmar que no consta un ingreso efectivo en el patrimonio del vendedor. Por tanto, si se sostiene que no hubo precio, los demandantes deberían haberlo probado.

El motivo se estima. De acuerdo con el artículo 217 LEC, la carga de la prueba de «la certeza de los hechos» de los que se desprenda el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, corresponde al actor. De acuerdo con ello, por tanto, hay que considerar que en este caso los demandantes no han llevado a cabo ninguna prueba que lleve al juzgador a la convicción de que se había producido una simulación, porque lo que se ha declarado probado en las sentencias recaídas en este procedimiento es que verdaderamente el precio se pagó en el momento del otorgamiento de la escritura pública de venta de los inmuebles a los hermanos por parte del causante. Si los demandantes quisieron decir que a pesar de haberse pagado dicho precio, éste volvió al propietario de las fincas vendidas, su padre y causante, en realidad no han conseguido probarlo. Esta prueba correspondía por tanto a los demandantes, según las reglas establecidas, al ser ellos quienes alegaban la simulación y al no haberse producido, debe

considerarse que no se ha aplicado correctamente el artículo 217 LEC, de acuerdo con lo que se ha considerado por la reciente jurisprudencia de esta Sala (ver, por todas, STS de 21 de mayo de 2009 y las sentencias en ella citadas).

El segundo motivo alega la infracción de las normas sobre carga de la prueba contenidas en el artículo 217 LEC, en relación con los artículos 385.2 y 386 LEC que regulan la prueba de las presunciones. Señalan los recurrentes que los indicios que determinan a la Sala a considerar que se produjo la simulación no pueden ser considerados como presunciones y en cualquier caso resultarían irrelevantes, dada la existencia de pruebas directas de la realidad de la compraventa, consistentes en los mismos contratos documentados en las respectivas escrituras notariales en las que consta el pago del precio bajo la fehaciencia notarial, porque las pruebas de presunciones pueden utilizarse cuando no existan pruebas directas, pero no cuando sí existan.

Finalmente, el tercer motivo denuncia la infracción de las normas relativas a la carga de la prueba contenidas en los artículos 217 y 218.2, en relación con los artículos 385 y 386 LEC. Se refieren los recurrentes a la donación de 200.000 euros; a pesar de que no se ha probado a quién fue a parar dicha cantidad, se considera que no puede presumirse que fueron los demandados quienes recibieron la cantidad de dinero. No se ha practicado prueba alguna para establecer el hecho base, sobre la seguridad en las habitaciones de hospital y se niega la parte recurrente a admitir que sean lugares poco seguros; por ello se afirma que se trata de meras suposiciones, con lo que se infringe la regulación legal de las presunciones, porque un hecho presunto se deduce de otro hecho presunto. Por ello se afirma en el recurso que la sentencia está aludiendo a suposiciones, intuiciones y conjeturas, y no a hechos-base reconocidos o declarados probados de los que puedan deducirse presunciones.

Ambos motivos se estiman. Se ha dicho que las presunciones son operaciones intelectuales que consisten en tener como cierto un hecho, denominado hecho presunto, a partir de la fijación formal de otro hecho denominado hecho base, que debe haber sido probado. Como afirma la Sentencia de 23 febrero 2010, «La elaboración

de las presunciones judiciales forma parte del procedimiento de valoración de la prueba y del conjunto de operaciones de carácter epistemológico y jurídico-institucional que deben llevarse a cabo para fijar los hechos en los que debe fundarse la decisión [...]», de modo que, según la Sentencia de 6 noviembre 2009, las presunciones judiciales admitidas como medio de prueba en el artículo 386 LEC deducen «a partir de un hecho admitido o probado, la certeza de otro hecho siempre que entre el primero y el segundo exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» y añade dicha sentencia que «sólo cuando sentada la realidad del hecho-base, el tribunal se aparta de tales reglas para llegar a conclusiones ilógicas en su proceso deductivo, puede entenderse que se ha vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) [...]». Por tanto, a pesar de que la valoración de la prueba corresponde al juzgador de instancia, esta Sala ha admitido la revisión en casación de las reglas del criterio humano recogidas antes en el artículo 1253 CC (STS 29 de septiembre de 2006), o del artículo 386 LEC, en cuyo caso, según la Sentencia de 16 marzo 2010, con cita de otras sentencias, «[...] lo que se somete al control casacional es, en definitiva, la sumisión a la lógica de la operación deductiva, quedando reservada a la instancia la opción discrecional entre los diversos resultados posibles» (asimismo, la STS de 28 junio 2002). En aplicación de la doctrina que se acaba de resumir, hay que examinar la lógica de las deducciones realizadas en la sentencia recurrida, en cuanto declara la simulación de diversos negocios jurídicos efectuados por el causante antes de morir.

1.º Respecto de las compraventas de diversas fincas propiedad del causante que vendió a sus hermanos los demandados y ahora recurrentes D. Valentín y D. Jesús Manuel, se ha probado y ha quedado admitido por la propia sentencia recurrida, que el precio se pagó efectivamente y que éste no era irrisorio o vil, dejando aparte que en el Código Civil no se exige que el precio sea justo; ciertamente, no parece lógico deducir que se simuló la compraventa por el hecho de ser hermanos los contratantes, lo que en otros casos sí se ha considerado como un elemento indiciario, pero unido al hecho de que no se había

probado el pago del precio, contrariamente a lo que ha ocurrido aquí. Además, no se puede afirmar que por ser parientes los contratantes, todo negocio jurídico que celebren entre ellos quede afectado por la sospecha de la simulación; tampoco el hecho de que alguno de los compradores no viviera en el lugar donde se encontraban los bienes vendidos, ni que desde la adquisición no se hubiesen personado en dichos lugares. Estas sospechas se han convertido en indicios de la simulación y la Audiencia ha deducido de una forma arbitraria, que dicha simulación se produjo, porque viene a entender que los compradores de alguna manera fueron beneficiados con la devolución de lo que habían pagado, conclusión que no tiene ningún fundamento en los hechos probados, que no permiten efectuar esta deducción sin alterar las reglas que antes se han explicado en relación a la prueba de presunciones.

2.º Lo mismo debe señalarse en relación con la deducción efectuada por la sentencia recurrida respecto a la presunta donación a los hermanos del causante de la cantidad de 200.000 euros. En este caso sólo se ha probado que a instancias del titular de los fondos, se retiró esta cantidad y que el empleado del banco se la entregó en el hospital unos días antes de su muerte. De estos hechos, la sentencia pasa a presumir que el causante entregó la cantidad citada a sus hermanos, pero aquí ni tan sólo resulta probado el hecho base. No se ha conseguido probar quién fue el verdadero destinatario de dicha cantidad, por lo que deducir que existió una donación a los hermanos recurrentes cuando ni tan sólo se ha probado el hecho-base constituye una conclusión arbitraria, porque las reglas del raciocinio no son lógicas y falta notoriamente el enlace preciso entre el hecho demostrado, la retirada de los fondos, y el que se trata de demostrar, la donación a los ahora recurrentes (STS de 7 febrero 2008).

2. Recurso de casación

Alegan los recurrentes la infracción de los artículos 1445, 1450 y 1500 CC. Señalan los recurrentes que la simulación afecta a la causa del contrato y la sentencia alude a motivos o intereses subjetivos que eventualmente pudieran haber tenido los contratantes, pero ello no afecta a la causa. La causa es obtener el precio por lo que la

demostración del pago resulta esencial para establecer o excluir la simulación, como se deduce de las Sentencias de 1 de octubre de 1990 y 17 de junio de 2000. En los dos contratos existió el precio que fue cercano al real, según se deduce de la prueba pericial y acepta la propia sentencia recurrida. A pesar de ello la sentencia declara que «no ha existido un verdadero ingreso efectivo en el patrimonio del deudor», cuando lo cierto es que el precio se pagó, según consta en la sentencia recurrida. Por ello, las compraventas litigiosas no fueron simuladas.

Este motivo se estima. Efectivamente, al no haberse probado la existencia de simulación, debe considerarse que los contratos otorgados por D. Indalecio como vendedor, con sus hermanos D. Valentín y D. Jesús Manuel, que actuaron como compradores juntamente con sus respectivas esposas, no son simulados, ya que no pueden considerarse como tales los indicios que llevan a la Sala a la conclusión contraria, sospechas que no pueden desvirtuar la prueba del pago efectivo del precio.

Por las mismas razones se debe estimar el tercer motivo, que denuncia la infracción de los artículos 636, 654 y 656, en relación con los artículos 806, 808, 819 y 820 CC. La estimación de los motivos debe llevar a concluir que los contratos de compraventa fueron reales y verdaderos y no donaciones, y lo mismo debe declararse respecto a la presunta donación de los 200.000 euros por parte de D. Indalecio a sus hermanos D. Jesús Manuel y D. Valentín, por lo que éstos no pueden ser condenados a abonar cantidad alguna a los actores.

La estimación de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de D. Valentín y D. Jesús Manuel contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sec. 3.ª, de 3 de abril de 2006, determina la del recurso y la casación de la sentencia recurrida y, al mismo tiempo, esta Sala debe dictar sentencia, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Final 16.ª LEC. En consecuencia, se repone la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Aranda de Duero, de 25 noviembre de 2005, que desestimó la demanda presentada por los hermanos D.ª Isidora, D. Urbano y D.ª Piedad.

Se declara la existencia de preterición no intencional y se anula la institución de heredero que contenía el testamento, debiendo dividirse la herencia en tres partes, una para la hija extramatrimonial y otras dos para cada una de las hijas matrimoniales, excluyéndose a la ex esposa dado que después de otorgarse el testamento se dictó sentencia de divorcio.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2010

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Delfina, interpuso demanda de juicio ordinario contra D.ª Emilia, D.ª Mercedes y D.ª María Ángeles y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que, estimando la demanda: a) Se declare que la actora ha sido preterida no intencionalmente en el testamento de su padre, anulando la institución de heredero en las personas de D.ª Emilia, D.ª Mercedes y D.ª María Ángeles y volviendo a abrir la sucesión del fallecido formando parte de la misma la actora como legitimaria del causante junto con las otras dos hijas D.ª Mercedes y D.ª María Ángeles y sólo subsidiariamente, se declare que su preterición fue intencional, con reducción de la institución de heredero de las demás herederas. b) Que se reconozca a la actora el derecho a percibir la legítima larga que le corresponde y con cargo a los bienes que integran el caudal hereditario; y sólo subsidiariamente, se le reconozca el derecho a percibir la legítima estricta o corta. c) Que se declare el derecho de la actora a percibir los frutos que hayan producido los bienes integrantes de la herencia, en proporción a su legítima, desde la fecha del fallecimiento del causante. d) Se declare la nulidad de la escritura particional de la herencia de D. Severiano, otorgada ante el Notario de Valencia, D. Diego Simó Sevilla, en fecha 14 de junio de 1999, protocolo núm. 1.496, así como del cuaderno particional unido. e) Se declare la nulidad de la inscripción de las fincas señaladas con los números NÚM000 y NÚM001 en el Hecho Séptimo que antecede, a favor de D.ª Mercedes y D.ª María Ángeles, en virtud de la escritura de partición de herencia otorgada ante el Notario de Valencia, D. Diego Simó Sevilla, en fecha 14 de junio de 1999, protocolo núm. 1.496, cancelando cuantos asientos registrales se hayan producido en los correspondientes registros en virtud de dicha partición de herencia y sus adjudicaciones, librando los correspondientes mandamientos a los Registros de la Propiedad de Valencia núm. 5 y núm. 10. f) Subsidiariamente a la petición de nulidad de la escritura particional y adjudicaciones interesada en el apartado d) que antecede, se declare rescindida por lesión la partición de la herencia referida de D. Severiano, concediendo a las demandadas la opción a verificar una nueva partición en ejecución de Sentencia o a indemnizar a la actora en la cantidad de 53, 158,59 euros, o la cantidad que se determine en ejecución de Sentencia si se declarare que su preterición fue no intencional o, subsidiariamente, en la cantidad de 17.719,53 euros o la cantidad que se determine en ejecución de Sentencia, si se declarare que su preterición fue intencional. g) Se condene en costas a las demandadas si se opusieren a la demanda.

D.ª Emilia, D.ª Mercedes y D.ª María Ángeles contestaron a la demanda y formularon demanda reconventional y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se estime la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, se

desestime totalmente la demanda respecto de la demandada D.^a Emilia, por ser legataria y no heredera, con imposición de las costas causadas a dicha demandada. En cuanto a las demandadas D.^a Mercedes y D.^a María Ángeles desestimar igualmente las pretensiones contenidas en la demanda, por no estar justificadas ninguna de dichas pretensiones, ni las cantidades que reclama de forma subsidiaria. Y dando lugar a la reconvencción, declarar que la actora sólo tiene derecho a la legítima estricta; es decir, a una novena parte de la herencia del fallecido D. Severiano. Teniendo solamente las herederas nombradas en el testamento la obligación de pagar por mitad a la actora preterida intencionalmente por el causante, la legítima estricta, y que estimamos en 13.627,73 euros, salvo error u omisión. Todo ello con imposición de las costas de este pleito a la demandante.

D.^a Delfina contestó a la demanda reconvenccional y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado se dicte sentencia por la que estimando la demanda y desestimando la demanda reconvenccional, se impongan las costas causadas a la parte demandada-reconveniente.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Valencia dictó Sentencia el 4 de noviembre de 2004 estimando la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 11.^a de la Audiencia Provincial de Valencia dictó Sentencia el 2 de junio de 2006 desestimando el recurso interpuesto por D.^a Emilia, D.^a Mercedes y D.^a María Ángeles.

D.^a Emilia, D.^a Mercedes y D.^a María Ángeles interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Tres son los conceptos jurídicos de los que se debe partir para fundamentar el fallo, en el presente caso: la interpretación del testamento, el concepto de preterición distinguiendo la intencional y la errónea y la partición y su nulidad.

La interpretación del testamento. La finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador (así, Sentencias de 24 de mayo de 2002, 21 de enero de 2003, 19 diciembre de 2006). Lo importante y, esencial en el presente caso, es conocer el momento en que se debe saber cuál es esta voluntad real. Y este momento es aquel en que declaró su voluntad, otorgando el testamento. Éste es revocable hasta el momento mismo de la muerte: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*, pero la revocación es precisa para conocer la voluntad real al tiempo de otorgarlo. El testamento se perfecciona en el momento de su otorgamiento, mediante la emisión de la declaración de voluntad no recepticia. Es un negocio jurídico unilateral y no recepti-

cio, por lo que su interpretación debe referirse al tiempo de su otorgamiento y no al tiempo de su muerte: así lo ha mantenido reiterada jurisprudencia, como las Sentencias de 29 de diciembre de 1997, 23 de enero de 2001 y 19 de diciembre de 2006.

La preterición intencional y errónea. Viene regulada por el artículo 814 del Código Civil, redactado por la Ley de 13 de mayo de 1981 que produjo un cambio sustancial en su regulación. En todo caso exige la omisión de todos o algunos legitimarios en el contenido patrimonial del testamento, sin haberles atribuido en el mismo o anteriormente ningún bien y que le sobrevivan. La intencional se produce cuando el testador sabía que existía el legitimario preterido, al tiempo de otorgar testamento y la no intencional o errónea, cuando el testador omitió la mención de legitimario hijo o descendiente ignorando su existencia, siempre al tiempo de otorgar testamento (así la distinguen las Sentencias de 30 de enero de 1995, 23 de enero de 2001 y 22 de junio de

2006). Los efectos son bien distintos: mientras en la intencional se rescinde la institución de heredero en la medida que sea precisa para satisfacer la legítima y si no basta, se rescinden los legados a prorrata, en la errónea de alguno de los hijos o descendientes, se anula la institución de heredero y si no basta, los legados. En todo caso, proclamada artículo 814 del Código Civil la preterición de un legitimario no perjudica la legítima, como dice el artículo 813.

La partición: Implica la división y adjudicación de los bienes que forman el patrimonio del causante a los coherederos y legatarios de parte alícuota, extinguiendo así la comunidad hereditaria. El artículo 1080 del Código Civil contempla el supuesto de que se haya practicado omitiendo a un coheredero, lo que ha lugar a la nulidad si se prueba mala fe en la que la han practicado. La mala fe significa que conocían la existencia del coheredero y, pese a ello, lo han obviado.

La omisión de un coheredero comprende también la de un legatario de parte alícuota (como dice la Sentencia de 12 de junio de 2006). Igualmente, el 1081 sanciona con la nulidad de partición hecha con un heredero aparente, lo que debe comprender, como en el caso anterior, al legitimario de parte alícuota, no ya por analogía, sino por interpretación extensiva, ya que en uno y otro caso lo decisivo no es su carácter, sino su cualidad de sujeto de la partición.

Las cuestiones fácticas son indiscutidas y, como tales no plantean más problemas que el de aplicar a las mismas las precisiones hechas en el fundamento anterior.

El testador, causante de la herencia que ahora se discute, D. Severiano, otorgó testamento el 9 de abril de 1990, cuyo contenido patrimonial es bien sencillo, en estos términos: «PRIMERO. Lega a su citada esposa la cuota viudal que por ley le corresponda. SEGUNDA. Instituye herederas por partes iguales a sus dos citadas hijas y por premoriencia nombra sustitutos a sus respectivos descendientes».

De la mencionada «citada esposa» se divorció antes de su muerte; es una de las codemandadas. Las otras dos codemandadas son «sus dos citadas hijas». La demandante, D.^a Delfina nació el 31 de enero de 1981; el 9 de abril de 1996 se practicó la prueba biológica de paterni-

dad y resultó ser aquel causante su padre extramatrimonial. Lo cual fue declarado por sentencia firme después de su muerte, que acaeció el 19 de febrero de 1999.

Tras su muerte, producida la apertura de sucesión, sus dos hijas y su madre —todas demandadas— conociendo la existencia de aquella hija extramatrimonial, practican la partición en la que se adjudican la herencia y la que fue esposa, que ya no lo es por razón de la disolución del matrimonio por divorcio, se adjudica la cuota viudal usufructuaria, como legítima del cónyuge viudo —que no lo es— verdadero legado de parte alícuota.

Formulada demanda por la hija extramatrimonial, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Valencia en Sentencia de 4 de noviembre de 2004, confirmada por la Audiencia Provincial en la de 2 de junio de 2006, objeto del presente recurso de casación, estimó la demanda y declaró que la actora había sido preterida no intencionalmente en el testamento de su padre, anulando la institución de heredero, volviéndose a abrir la sucesión del fallecido, padre de demandante y demandadas, con otros pronunciamientos, declarando asimismo la nulidad de la partición.

El motivo primero del recurso de casación se formula por infracción del artículo 675 del Código Civil, norma única sobre la interpretación del testamento. El motivo se desestima porque no se trata de un tema de interpretación, sino de preterición. Al tiempo de otorgar el testamento (año 1990) no constaba jurídicamente la existencia ni materialmente el conocimiento de la hija del causante y tan sólo años después (1996) el causante tuvo conocimiento cierto de su presencia, que se declaró en posterior sentencia firme (después del fallecimiento). Tal como dice la Sentencia de 22 de junio de 2006 (si bien en el caso, el hijo extramatrimonial nació después de otorgado el testamento y en el presente, fue conocido igualmente después). «En definitiva, al tiempo de otorgarse el testamento, momento al que debe referirse la interpretación del testamento, el testador no tenía ni podía tener conocimiento de la existencia de su hija extramatrimonial, pues la prueba biológica y la sentencia de filiación fueron posteriores. En consecuencia, la preterición no pudo ser intencional».

Lo mismo se desprende de la Sentencia de 23 de enero de 2001 en un caso en que el hijo extramatrimonial nació años después de otorgado el testamento en el que había instituido herederos a sus cinco hijos matrimoniales. Dice así: «Muy al contrario, según pacífica doctrina, en el caso de que los hijos hayan nacido después de otorgado el testamento la no intencionalidad de su preterición en el mismo queda demostrada *ex re ipsa*. Conclusión que todavía se impone con mayor fuerza cuando, como aquí sucede, el momento de la concepción del hijo preterido es asimismo posterior a aquel otorgamiento». Y para evitar toda duda, añade más adelante: «Como esta Sala tuvo ocasión de declarar en la ya lejana Sentencia de 1 de julio de 1969, la preterición ha de resultar exclusivamente del testamento, por ser éste la expresión más solemne de quien dispone de sus bienes para después de su muerte evitando formular hipótesis sobre la posible causa de la omisión del heredero, ya que la presunta voluntad del causante carece de toda eficacia si no aparece del propio testamento».

Lo cual hace que sea rechazado también el motivo segundo, que insiste en la infracción del artículo 675 del Código Civil, citando en su apoyo precisamente la Sentencia de 23 de enero de 2001 y otras varias, que no hacen sino abonar la idea de que el testamento debe ser interpretado conforme al momento en que fue otorgado y si en este tiempo se omitió a un legitimario que nació o fue conocido posteriormente, se da preterición errónea.

El motivo tercero también se desestima. El recurso de casación fue admitido en aplicación del artículo 477.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por auto de 26 de febrero de 2008. Lo fue, por tanto, por razón de la cuantía, no por interés casacional fundado en el número 3.º del mismo artículo. Y los criterios de recurribilidad son excluyentes entre sí. Por tanto, admitiéndose el recurso por razón de la cuantía, no cabe plantear un motivo por interés casacional. Además, en el motivo no se alega la norma infringida, como exige el artículo 477.1 de la misma ley, sino simplemente acumula una serie de sentencias, con lo que confunde la alegación de la recurribilidad que afecta a la admisión, con la motivación del recurso, que afecta a la resolución.

Además, la serie de sentencias no aporta novedad alguna a la reiterada doctrina jurisprudencial que ha sido expuesta, ya que no se plantea la preterición errónea, sin alegarse ni discutirse ésta (Sentencia de 9 de julio de 2002), ni tan siquiera la preterición (Sentencia de 6 de julio de 2004), o se plantea desde el principio tan sólo la intencional (Sentencia de 7 de octubre de 2004), o no consta el testamento del causante (Sentencia de 29 de octubre de 2004).

El motivo que se expresa como quinto, aunque no hay el cuarto, se opone a la nulidad de la partición y también se rechaza porque ésta es efectivamente nula. Son dos los extremos a que se refiere el motivo: el primero, a la intervención de la que fue esposa del causante, el segundo, a la omisión de la actora.

En cuanto a lo primero, al testador atribuyó como legado de parte alcuota, a su esposa, de aquel tiempo, la cuota viudal que por ley le corresponda y en el momento de hacer la partición, al estar disuelto su matrimonio por divorcio, por ley no le correspondía ninguna cuota. Que los coherederos quisieran hacerle alguna atribución, podrían hacerlo por cualquier título válido, pero no como legítima. Por tanto, su intervención en la partición, no como heredero sin serlo, como dice el artículo 1081, sino como sujeto de la partición, legatario de parte alcuota, hace nula la misma, pues, como se ha dicho anteriormente, el coheredero al que se refiere esta norma alcanza también al legatario.

En cuanto a lo segundo, las demandadas, al practicar la partición, tenían conocimiento (hecho probado e indiscutido) de la existencia de su hermana, coheredera, como ellas, de la herencia de su padre, por lo menos en cuanto a la legítima. El prescindir de la misma implica caer en la sanción de nulidad, que establece el artículo 1080 del Código Civil al concurrir mala fe en los sujetos de partición.

En consecuencia, se desestima el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida, como dice el artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual, a su vez, había confirmado la de primera instancia. Sin embargo, procede hacer una precisión ante la aparente contradicción del fallo, motivado por la propia redacción del suplico de la demanda. En el fallo

de la sentencia de primera instancia, ya firme, tras la declaración de haberse producido preterición errónea, anula la institución de heredero, lo que no significa otra cosa, a la vista del testamento, que se anula todo el contenido patrimonial de la disposición testamentaria y se procede a abrir la sucesión intestada, conforme al artículo 915.2.º del Código Civil: el testamento no contiene institución de heredero porque ha sido anulada. Por ello, las tres hermanas, demandante y demandadas, recibirán la herencia por tres partes iguales. Y así lo dice la sentencia, al añadir: «volviéndose a abrir la sucesión del fallecido». Lo que se contradice con la mención a la

legítima y la declaración del derecho a percibir la legítima larga que se hace en el propio fallo: si sólo percibiera ésta, quedaría vacante el tercio de libre disposición y sobre éste se abriría, a su vez, la sucesión intestada (ya que la institución de heredero hecha en el testamento, ha sido anulada), lo que llevaría al absurdo y a la misma conclusión. En definitiva, la herencia del causante se divide en tres partes, correspondiendo cada una a cada una de las tres hermanas.

En lo demás, derecho a percibir los frutos y la nulidad de la partición, se mantiene lo declarado en la instancia.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

PENSIÓN ALIMENTICIA

No se considera desproporcionada la pensión alimenticia de 1.300 euros al mes para la hija, habida cuenta del alto nivel de vida de la familia pues aquella viene cursando sus estudios de forma regular en el extranjero y el padre, abogado de prestigio, no ha aportado, a excepción de la declaración del IRPF, ninguna documentación acreditativa del montante real de sus ingresos.

STJ de Cataluña, Sentencia de 31 de mayo de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors

El Tribunal, como consecuencia de lo aducido por la propia parte recurrente, que expresa, al fundamentar el único motivo de casación, «que el presente recurso se encuentra inextricablemente ligado al triunfo del recurso extraordinario por infracción procesal...», estima preciso exponer, en primer término, cual antes se ha indicado y frente a la insistencia de aquella, que la sentencia impugnada en modo alguno ha infringido la normativa relativa a la valoración de la prueba practicada en lo concerniente a la cuantificación de la pensión alimenticia de la hija, y, en segundo lugar, que no se ha vulnerado la doctrina jurisprudencial que establece los criterios para cuantificarla, ya que nada ha venido a demostrar el recurrente con la enumeración masiva de una serie de sentencias dictadas asimismo por la propia Sec. 18.^a de la Audiencia Provincial y una por este TSJC, pues no puede desconocerse, ni obviarse, a tales efectos, que la regla de proporcionalidad y el binomio necesidad-posibilidad a que hacen referencia para la prestación de alimentos los artículos 264 y 267 del Codi de Família, se han de examinar caso por caso y atendiendo a las circunstancias concurrentes en los miembros de la familia concreta que deba sufragarlos, según criterio afianzado por esta propia Sala, cuya sentencia núm. 41/2008, de 11 de diciembre, proclama que: «L'art. 267 CF, com hem declarat reiteradament (SS TSJC 12/2005,

de 24 de febrer, 33/2005, de 5 de setembre i 20/2007, de 30 de maig, entre d'altres), estableix que la quantia dels aliments es determina en proporció a les necessitats dels alimentistes i als mitjans econòmics i les possibilitats de les persones obligades a prestar-los, proporcionalitat que ha de considerar el binomi "necessitat" de qui ha de rebre'ls i "possibilitat" de qui ha de satisfer-los, per la qual cosa en cada cas concret cal ponderar els dos factors tenint en compte, pel que fa a la persona obligada, als recursos propis, les seves possibilitats, mitjans econòmics i fins i tot les rendes i el seu patrimoni, com es desprèn dels art. 264.1, 265, 267.1 i 271.b) CF». Asimismo es de reseñar, sobre la base de lo aducido por el recurrente —invocando precisamente en el escrito de interposición una Sentencia de este TSJC, la 33/2005, de 5 de septiembre, que ni siquiera había citado en el escrito de preparación, en la que actuó precisamente como director letrado de la parte allí recurrente el actor aquí impugnante de la sentencia de la Audiencia que ahora nos ocupa—, que no puede considerarse exista vulneración alguna relativa al concepto de «indispensable», pues, como se indica en la mentada resolución del TSJC: «L'obligació d'aliments entre pares i fills menors no és l'estrictament necessària per subsistir o per a la vida, sinó la més àmplia de conformitat amb els articles 113.2 i 143 del Codi de família».

Pues bien, en el caso de autos, si tenemos en cuenta, de una parte, que la hija Veronique nació el día 27 de septiembre de 1991 y, por tanto, era menor de edad, no sólo en el momento de la interpelación judicial, sino también, incluso, cuando fue dictada la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, amén de que, tanto entonces como ahora, seguía y sigue cursando sus estudios —es decir, no ha terminado su formación—, y, de otra que, partiendo del correcto aserto de la sentencia recurrida acerca de que «el importe destinado a cada una de las partidas que componen los alimentos guarda relación con el nivel de vida de la familia», éste —el nivel de vida— es realmente elevado, como lo demuestra que dicha hija viene llevando a cabo sus estudios en el extranjero, primero y durante varios años en Francia y luego en Canadá —a lo cual no se ha opuesto formalmente el recurrente, pues en momento alguno consta que haya instado un procedimiento para dirimir la presunta controversia en el ejercicio de la patria potestad respecto al tipo de formación de su hija, lo que comporta que, cuanto menos, ha existido por su parte una aceptación tácita de lo llevado a cabo por el otro progenitor, de conformidad con lo estatuido en el artículo 139.2 *a contrario sensu* del Codi de Família—, por lo que debe concluirse que las «necesidades» de la hija son en el supuesto examinado realmente considerables, como recoge la propia sentencia recurrida, la cual hace una correcta y acertada valoración de los medios de prueba practicados, como se

ha indicado detalladamente al resolver el recurso por infracción procesal, como también es importante la capacidad económica y «posibilidades» del padre recurrente, quien siendo un Letrado de prestigio, precisamente en la esfera del Derecho Civil y especialmente en el ámbito del Derecho de Familia, en ningún momento ha colaborado con los órganos jurisdiccionales a los efectos de determinar cuáles son sus medios económicos, no aportando —con la salvedad de la declaración del IRPF correspondiente al ejercicio del año 2004—, ninguna documentación acreditativa del montante real de sus ingresos, cosa que sí ha realizado respecto de una serie de deudas, las cuales, no obstante, han sido todas contraídas en fecha posterior a la presentación de la demanda rectora de la presente litis.

8. Por ende, atendidas las concretas circunstancias del caso, que han sido perfectamente analizadas por la resolución impugnada, cual antes se ha puntualizado, se considera totalmente adecuada, equitativa y ponderada la cantidad establecida en la sentencia de instancia y ratificada por la dictada en grado de apelación, por el concepto de pensión alimenticia a favor de la hija de los litigantes, Remedios, a cargo de su padre; ello, lógicamente, sin perjuicio de que de existir una variación sustancial de las circunstancias que han sido tenidas en cuenta para su fijación, pueda instarse el correspondiente procedimiento de modificación de medidas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 80.1 del Codi de Família.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Teniendo en cuenta que ni la edad de la esposa —47 años— ni su estado de salud son causa de limitación para su reincorporación al mercado laboral, atendiendo a que puede solicitar la división del patrimonio común y acceder a rentas derivadas de aquél, se considera adecuado fijar una pensión compensatoria por tiempo de cinco años revocando la sentencia de la Audiencia Provincial que la fijó sin limitación temporal.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 27 de mayo de 2010

Ponente: **Excma. Sra. D.^a María Eugenia Alegret Burgués**

En orden a la infracción del artículo 84 del Código de Familia de Catalunya cabe recordar que

ya en la STSJC de 8 de mayo de 2008 dijimos que había sido muy diversas las ocasiones en las

que nos habíamos pronunciado en orden a la interpretación de dicho artículo en relación con el artículo 86 habiendo podido establecer una doctrina ya consolidada sobre diferentes aspectos de la pensión compensatoria para supuestos de ruptura matrimonial.

En este sentido, hemos llegado a calificarla, siguiendo a la mejor doctrina, como una institución que prolonga la solidaridad matrimonial después de la ruptura de la convivencia, a fin de equilibrar en la forma más equitativa posible la situación económica en que queda el cónyuge más perjudicado económicamente por la nulidad, separación o divorcio, en relación con la que mantenía constante la relación matrimonial (STSJC 8/2006, de 27 de febrero), si bien con una vocación inequívoca de caducidad, en la medida en que así lo indica la fijación legal de una serie de causas que pueden producir su extinción, bien por motivos contemplados al tiempo de su constitución —fijación de un plazo— o bien por causas sobrevenidas relacionadas con su naturaleza y función reequilibradora (STSJC 47/2003, de 11 de diciembre).

Por lo que se refiere a las primeras, hemos reiterado que la temporalidad no es necesaria, sino facultativa, y dependerá de circunstancias de muy distinto orden que, en cada caso, puedan apreciarse por el tribunal de instancia, a quien simplemente se exige un juicio suficientemente ponderado y razonable de previsión de la superación o desaparición del desequilibrio que justificó su concesión (SSTSJC 10/2002, de 4 de marzo; 1/2003, de 10 de febrero; 12/2003, de 5 de mayo; 1/2004, de 12 de enero; 20/2004, de 21 de junio; 11/2005, de 24 de febrero; 41/2005, de 27 de octubre; 1/2006 de 9 enero; 8/2006, de 27 de febrero; 20/2007, de 30 de mayo, y 36/2007, de 26 de noviembre).

De este modo es claro que hemos aceptado la posibilidad de fijar *ab initio* un límite temporal cuando pueda enunciarse una previsión razonable y razonada de que se podrá superar el desequilibrio en un plazo cierto y determinado, alcanzando aquél a su culminación «un desarrollo autónomo que le permita el acceso a los medios económicos que de momento le proporciona la pensión» (SSTSJC 20/2007, de 30 de mayo y 36/2007, de 26 de noviembre).

Recordar cómo en la STSJC de 4 de marzo de 2002 ya advertíamos que: «... tampoco el Derecho catalán opta definitivamente por la temporalidad esencial, sí, en cambio, por la temporalidad potestativa, al fijar legalmente las causas sobrevenidas de extinción: millora de la situació econòmica del cònjuge creditor, matrimoni del cònjuge creditor, mort del cònjuge creditor i transcurs del termini pel qual es va establir. Deviene, pues, claro que el Codi de Família (artículo 86) permite la fijación del término o plazo, pero no obliga a su fijación judicial» tesis que se repite, en las Sentencias de 21 de octubre del mismo año, 10 de febrero y 1 de diciembre de 2003 y 12 de enero de 2004.

En la STSJC de 30 de mayo de 2007 recordábamos que:

«Partint de la possibilitat de fixar un termini judicial per la pensió compensatòria, serà, doncs, el Tribunal d'Instància el que, en atenció a totes les circumstàncies concurrents en cada cas haurà de fixar-ne o no un límit temporal. És important senyalar que els factors a tenir en compte en ordre a la seva fixació són molts i de difícil enumeració —com és fàcil advertir del propi art. 84.2 CF que a l'apartat e) introdueix com a element a prendre en consideració, a més dels enumerats als apartats a) a d), "qualsevol altra circumstància rellevant"—, i això comporta que per atribuir-la, el Jutge, en funció de les circumstàncies que ha de tenir en consideració, ho faci amb caràcter temporal o indefinit. Com senyala la citada norma (art. 84 CF) per fixar la pensió compensatòria l'autoritat judicial ha de tenir en compte: a) la situació econòmica resultant per als cònjuges com a conseqüència de la nul·litat, separació o divorci, b) la durada de la convivència conjugal, c) l'edat i la salut d'ambdós cònjuges, d) si és el cas, la compensació econòmica regulada per l'art. 41 i d) qualsevol altra circumstància rellevant. Entre aquestes últimes, i sense el més mínim ànim d'ésser exhaustius, podríem citar la posició social i econòmica del matrimoni, la feina que el beneficiari de la pensió desenvolupa o pugui desenvolupar per la seva qualificació professional, la facilitat d'accedir a un treball remunerat, la seva experiència laboral o professional, les oportunitats que ofereix la societat, etc., que s'han d'afegir a les imperativament fixades per la norma».

En la más reciente Sentencia de 11 de marzo de 2010, decíamos que: «Por lo que se refiere a aquella parte del motivo en la que se denuncia la imposición *ab initio* de un límite temporal de cinco años a la pensión compensatoria, no contemplado en la sentencia de primera instancia, debe tenerse en cuenta que, desde que tuvimos ocasión de plantearnos por vez primera la cuestión —precisamente en relación con un supuesto enjuiciado por el mismo tribunal de apelación de que ahora se trata en el que, ya entonces, se mantenía un criterio contradictorio con el de otras Audiencias Provinciales (STSJC 10/2002)—, hemos llegado a fijar una doctrina firme y reiterada *ad nauseam* (SSTSJC 32/2002, 1/2003, 12/2003, 43/2003, 1/2004, 19/2004, 20/2004, 11/2005, 41/2005, 1/2006, 7/2006, 20/2007, 36/2007, 17/2008, 34/2008 y 17/2009), en virtud de la cual, partiendo de la finalidad de la institución —prolongar «la solidaridad matrimonial» después de la ruptura de la convivencia, a fin de equilibrar en la forma más equitativa posible la situación económica en que queda el cónyuge más perjudicado económicamente por la nulidad, separación o divorcio, en relación con la que mantenía constante la relación matrimonial—, se afirma su vocación inequívoca de caducidad, en la medida en que así lo indica la fijación legal de una serie de causas que pueden producir su extinción, bien por motivos contemplados al tiempo de su constitución, bien por causas sobrevenidas.

En concreto, esa doctrina afirma que la fijación de un plazo *ad liminem* a la pensión compensatoria constituye «una facultad y no una obligación del órgano decisor, el cual deberá atender en cada caso a las circunstancias concretas que inclinen a optar por una u otra solución» (STSJC 43/2003), de manera que se viene admitiendo la limitación temporal siempre que «puedan determinarse al momento todas las circunstancias que se relacionan en el artículo 84» (STSJC 20/2004), exigiéndose que, en todo caso, quede plasmado en la correspondiente sentencia «un juicio suficientemente ponderado y razonable de previsión de la superación o desaparición del desequilibrio que justificó su concesión» (STSJC 17/2008, de 8 de mayo).

En consecuencia, y sin perjuicio de la ponderación *ad hoc* de todas las circunstancias concurrentes en cada caso (duración del matrimonio, edad y salud de los cónyuges, mayor o menor exclusividad de la dedicación a la familia, patrimonio de cada uno, la compensación del artículo 41 CF o «cualquier otra circunstancias relevante») de entre las recogidas en el artículo 84 CF para la fijación de la pensión —lo que convierte la cuestión en casuística y, por ello, de acceso a la casación limitado a los supuestos de valoración arbitraria, ilógica y absurda (SSTSJC 7/2006 y 36/2007)—, no hemos apreciado inconveniente en la fijación de un plazo cuando sea asequible la incorporación al mercado laboral del cónyuge acreedor de la pensión o, en general, «cuando se pueda apreciar la posibilidad de un desarrollo autónomo que le permita un acceso a los medios económicos que de momento le proporciona la pensión (STSJC 36/2007)».

Pues bien, poniendo la doctrina citada en relación con la argumentación de la Audiencia Provincial para revocar la duración temporal que la Sentencia de primera instancia había establecido para la pensión compensatoria concedida a la esposa de 5 años procede la estimación del recurso.

Y es que en efecto, partiendo de que ni la edad de la Sra. Enriqueta —47 años en el momento de la separación— ni su estado de salud son admitidos por las sentencias de instancia como limitaciones para la reincorporación de la Sra. Enriqueta al mercado laboral, que había abandonado 13 años antes —sobre todo teniendo en cuenta el círculo social en el que se mueve el matrimonio, de alto poder adquisitivo— la Sentencia de segunda instancia revoca la de la primera con el siguiente razonamiento: «La sentencia apelada establece un período de cinco años como el necesario para su reincorporación al mercado laboral. Ese razonamiento es acertado sólo en parte, porque presupone que sus ingresos le permitirían tener un nivel equivalente al de la convivencia y actual del ex esposo. Tal posibilidad, con su falta de experiencia laboral es ciertamente remota. Por ello, como pide la demandante, procede no establecer límite temporal alguno y, *a fortiori*, no procede la dismi-

nución de la duración de la pensión que pide el demandado, todo ello sin perjuicio de la disminución, incluso extinción, según lo dispuesto en los artículos 84.3 y 86 CF».

Por el contrario la Sentencia de primera instancia con fundamento tanto en la percepción de la indemnización compensatoria del artículo 41 como en razón al patrimonio inmobiliario y mobiliario de la Sra. Enriqueta que lógicamente puede liquidar cesando en la indivisión con el Sr. Cipriano, estimó que con el transcurso del plazo de 5 años, la Sra. Enriqueta podía acceder a un empleo similar al que tenía cuando dejó de trabajar y además acceder a las rentas de su propio patrimonio una vez cesada la indivisión, para mantener un ritmo de vida similar al que tenía durante el matrimonio.

Es claro, a juicio de la Sala, que los razonamientos de la Audiencia no se atienen a la doctrina reflejada en las Sentencias antes expuestas ya que como se ha visto puede apreciarse ya *ab initio* la posibilidad de un desarrollo económico autónomo en un tiempo prudencial durante el cual quedará suficientemente compensada con la pensión pero sin que ésta deba servir para igualar las condiciones económicas futuras de cada uno de los cónyuges como parece insinuar la Sentencia apelada al hablar de que la Sra. Enriqueta debe alcanzar un nivel económico equiparable al «actual» del esposo.

Es por ello que la Sala acuerda casar en este punto la Sentencia recurrida confirmando la de primera instancia en cuanto al límite temporal de la pensión compensatoria que será de 5 años.

CUESTIONES PROCESALES

Se declara la nulidad parcial del procedimiento de divorcio al no haberse admitido a trámite por el Juez de Instancia la reconvencción en la que la esposa solicitaba la fijación de una pensión compensatoria, no siendo obstáculo para ello que ésta no solicitase dicha nulidad al interponer el recurso de apelación contra la sentencia.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 21 de junio de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombáu**

Por razones sistemáticas hemos de examinar, con carácter previo, el motivo cuarto del recurso extraordinario de infracción procesal deducido por la representación de D.^a Elena cuya estimación comportaría la declaración de nulidad de actuaciones.

Los antecedentes necesarios para su resolución son los siguientes:

a) La demandada D.^a Elena contestó a la demanda formulada por el Sr. Epifanio y formuló reconvencción interesando la suma de 1.814,50 euros mensuales como pensión compensatoria.

b) En 8 de marzo de 2006 se dicta auto inadmitiendo a trámite la reconvencción por la titular del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Barcelona ya que «... no se dan los presupuestos del artículo 770.2 LEC».

c) En 14 de marzo de 2006 se formula reposición que, tras diversas vicisitudes procesales, es resuelta por Auto de 29 de marzo de 2008 no dando lugar al recurso de reposición. Posteriormente, en escrito de 3 de abril de 2008 (f. 596) se reserva la parte el derecho de reproducir la cuestión (inadmisión de reconvencción y no resolución de la pensión compensatoria) al recurrir contra la sentencia definitiva, si fuera procedente.

d) El recurso de apelación se interpone, entre otros motivos y causas, por la inadmisión de la reconvencción y la infracción del artículo 770. 2 LEC, puesto que debió admitirse a trámite la reconvencción, si bien no se solicita explícitamente —en el suplico del recurso— la nulidad de actuaciones sino la fijación de una pensión compensatoria en la suma de 1.814,50 euros, y

e) La sentencia recurrida en el fundamento tercero tras declarar que la juzgadora *a quo* ha cometido en las actuaciones del proceso de divorcio una evidente irregularidad procedimental al no admitir a trámite la demanda reconvenicional formulada por la esposa en solicitud de la constitución de una pensión compensatoria añade que «... debió postular en la presente alzada [...] la declaración de nulidad de actuaciones [...] en lugar de pretender que la Sala de apelación entre en el conocimiento de la cuestión de fondo de la pensión compensatoria por desequilibrio económico, sin haberse cumplimentado el trámite del traslado de la reconvenición, al objeto de poder alegar lo que a su derecho conviniera...» y concluye que «... En su consecuencia, y no siendo procedente la declaración de la nulidad de actuaciones, que procedería tan sólo a instancia de parte, es de rechazar la pretensión de la recurrente de constituir en su favor una pensión compensatoria...».

El artículo 469.1.3.º LEC establece que es causa de infracción procesal cuando se ha producido una infracción de norma legal que rigen los actos o garantías del proceso, invocándose en el presente supuesto el artículo 770. 2 LEC, que determine la nulidad o hayan provocado indefensión.

El artículo 770.2.d) LEC dispone que sólo se admitirá la reconvenición cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el Tribunal no deba pronunciarse de oficio.

Sobre la naturaleza de la pensión compensatoria es unánime la jurisprudencia del TS (SSTS 2 de diciembre de 1987, 10 de febrero de 2005, 17 de julio de 2009 y 9 de febrero de 2010, entre otras) y este TSJC (SSTSJC 29/2006, de 10 de julio, 4/2009, de 2 de febrero y 5/2010, de 28 de enero), que estiman queda sujeta al principio dispositivo y puede ser renunciada, por lo cual no presenta problemática alguna respecto a que se trata de uno de los supuestos en que el artículo 770.2.d) LEC dispone que resulta admisible la reconvenición. Téngase presente que la pensión compensatoria tiene carácter dispositivo en cuanto se encuentra basada en un interés privado y por ello es renunciable, transaccionable y

convencionalmente condicionable como también puede desprenderse de los artículos 76.3.b) y 84 CF.

El artículo 469.1.3.º LEC añade que junto a la infracción de norma legal [artículo 770.2.d) LEC], en el supuesto examinado por inadmitirse a trámite la reconvenición por pensión compensatoria, se precisa —para la admisión del motivo— que ello determine la nulidad o hubiere podido producir indefensión. Y en el caso presente se ha producido efectiva indefensión pues ni ha podido presentarse prueba para justificar su derecho a la pensión compensatoria ni se ha resuelto sobre el extremo solicitado, comportando la nulidad de actuaciones. Nótese que la indefensión para ser admisible requiere —SSTS 19 de mayo y 6 de junio de 2008 y 30 de junio de 2009 y STSJC 14/2010, de 7 de abril, entre las más recientes, con cita de jurisprudencia del TC— que:

«... a)... Se realice siempre en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso (STC 145/1986, de 24 de noviembre); b) ... Se produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte procesal, un perjuicio de índole material que le impida poder defender sus derechos e intereses legítimos en la esfera del proceso jurisdiccional (SSTC186/1998, 145/1990, 230/1992, 106/1993, 185/1994, 1/1996, 89/1997, entre otras muchas), y que ese menoscabo esté en relación con la infracción de normas procesales y no responda a otras causas; y c) Que la indefensión no haya sido provocada por la parte que la invoca (STC 57/1984, de 8 de mayo) [...], incluso en el caso de que la misma la hubiese provocado la imprecisa técnica en la utilización de los medios procesales previstos por el ordenamiento (STC 109/1985, de 8 de noviembre)».

Por tanto, concurren los presupuestos y requisitos del artículo 469.1.3.º LEC que comportan la nulidad de actuaciones, con los efectos que seguidamente se dirán.

La sentencia recurrida no decreta dicha nulidad por entender, como se ha expuesto precedentemente, que no fue instada por la representación de la apelante expresamente la nulidad de actuaciones y por tanto no cabe declarar la

nulidad *ex officio* con devolución de los autos al Juzgado de Primera Instancia.

Para alcanzar dicha conclusión parte de un entendimiento excesivamente rigorista del recurso de apelación formulado ya que la pretensión de pensión compensatoria requería previamente el examen de sus presupuestos a la luz de la prueba practicada que no fue admitida en la instancia ni pudo practicarse en la alzada, por lo cual, necesariamente, debía entenderse que dicha pretensión de pensión compensatoria no solamente lo era a los efectos de su efectiva determinación en la alzada sino también debía comportar el análisis y la regularidad del proceso seguido en la instancia para su fijación ya que volvió a reproducir la cuestión en el escrito de recurso invocando el artículo 454 LEC. La inadmisión de la reconvencción deducida por pensión compensatoria, que no podría decidirse en un proceso ulterior, comportaba una efectiva indefensión a la parte y a la postre una nulidad de actuaciones como consecuencia de dicha indefensión al no poderse determinar en el recurso de apelación la concreta fijación de la pensión compensatoria sin anteriormente poder justificar la concurrencia de sus circunstancias, y todo ello a pesar de la actuación procesal de la recurrente que debió ser más clarificadora en el recurso de apelación lo que no impide, sino todo lo contrario, declarar la nulidad al amparo del artículo 469.1.3 LEC.

Con dicha conclusión no se produce una declaración *ex officio* de la nulidad de actuaciones que, en esta sede, cumple con todos los requisitos pues se agotaron todas las medidas y recursos previos, por lo cual, produciéndose desde la primera instancia una petición expresa de un derecho facultativo o dispositivo según se desprende la *causa petendi* de la reconvencción expresa interpuesta —inadmitida a trámite— ha de concluirse necesariamente declarando la nulidad de las actuaciones con estimación del recurso extraordinario de infracción procesal interpuesto por la representación de D.^a Elena.

La sentencia recurrida confirma en parte la de instancia y revoca dos de los pronunciamien-

tos referidos a la atribución del domicilio conyugal y al pago de una determinada cantidad. En dicha sentencia, parcialmente asumida por la de segunda instancia, se decretaba:

- A) La disolución por divorcio del matrimonio, con cesación de la convivencia, revocando todos los consentimientos y poderes que los cónyuges se hubieren podido conferir y añadía que, salvo pacto en contrario, cesaba la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, y
- B) Como efectos patrimoniales: (a) Se atribuye a D. Epifanio el domicilio —extremo revocado por la sentencia de apelación— que lo realiza a favor de D.^a Elena, y (b) Se condena a ésta al pago de 33.658 euros, pronunciamiento también revocado por la sentencia de apelación.

La nulidad decretada se referirá solamente a los efectos patrimoniales y por tanto quedan firmes los pronunciamientos relativos al vínculo y demás consecuencias previstas en el apartado A) anteriormente señalado, retrotrayéndose las actuaciones al momento en que se inadmitió la reconvencción por pensión compensatoria, procediéndose a dar traslado a la contraparte para que pueda contestarla y continuándose con la tramitación, por lo cual, la sentencia que deberá dictar el Juez de Primera Instancia se pronunciará, exclusivamente, sobre los efectos patrimoniales interesados como son la atribución del domicilio conyugal, pago de la cantidad de 33.568 euros solicitada por D. Epifanio y pensión compensatoria interesada por D.^a Elena.

A consecuencia de decretarse la nulidad parcial de la sentencia y de las actuaciones queda afectado y sin contenido el recurso de casación interpuesto por D. Epifanio al retrotraerse las actuaciones al momento procesal en que fue inadmitida a trámite la reconvencción, si bien no afecta y queda firme el pronunciamiento sobre el vínculo, según lo expuesto anteriormente.

INDEMNIZACIÓN POR EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO

La indemnización del artículo 41 del CF es una compensación por el pasado y no de futuro, y el hecho de que la esposa contase con ayuda de una asistenta para la realización de las labores domésticas carece de relevancia. En vista del desequilibrio patrimonial se fija una indemnización de 400.000 euros.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 27 de mayo de 2010

Ponente: **Excma. Sra. D.^a María Eugenia Alegret Burgués**

Comenzando por el primer motivo del recurso de casación esta Sala se ha pronunciado en repetidas ocasiones respecto de la naturaleza de la indemnización prevista en el artículo 41 del Código de Familia de Cataluña en el sentido de que se trata de una compensación por el pasado, no de futuro, y en lógica consecuencia para su fijación se ha de tener en cuenta:

1. Que exista una separación judicial, divorcio o nulidad del matrimonio;
2. Que uno de los cónyuges haya realizado durante el matrimonio un trabajo para el hogar o para el otro cónyuge no retribuido o retribuido de forma insuficiente;
3. Que la disolución del régimen matrimonial haya generado una desigualdad patrimonial comparando las dos masas de cada uno de los cónyuges;
4. Que la citada desigualdad patrimonial implique un enriquecimiento injusto (STSJC núm. 28/2005, de 30 de junio, STSJC de 29 de mayo de 2007 y las que en ellas se citan.)

De otro lado, la Sala en la STSJC núm. 17/2005, de 21 de marzo de 2005, dijo que la indemnización del artículo 41 del Código de familia «[...] obedeix a un intent de mitigar els efectes propis del règim de separació de bens, que es caracteritza per la nul·la comunicació patrimonial dels bens d'ambdós cònjuges, sent la plasmació, encara que molt tardana, de la Resolució núm. 37/1978, de 27 de Setembre del Consell d'Europa, referida a la igualtat dels consorts en dret civil. L'apartat 14 recollia el compromís per part dels Estats Membres que tinguessin com a

règim legal el de separació de bens d'arbitrar les fórmules que fessin possible que, en cas de separació, divorci o nul·litat del matrimoni, el cònjuge més perjudicat pogués accedir a una part equitativa dels bens de l'ex-cònjuge o bé a una indemnització que reparés la desigualtat econòmica resultant de la institució matrimonial. Passant a la pràctica tal compromís, França reformà el seu «Code» creant «le préciput» (art. 1515) i Portugal també esmenà l'art. 1792 del seu Codi Civil mitjançant la «reparaçao de danos não patrimoniais». A Catalunya també es registrà un moviment en tal sentit, amb distints intents de reforma legal fallits, fins a la introducció «ex novo» de tal regulació mitjançant l'art. 23 de la Compilació; modificació normativa no només consolidada en l'actual Codi de Família (arts. 41 a 43), sinó també en la Llei 10/1998, d'Unions Estables de Parella (arts 13, 16,3.º i 31,1.º) i també en la Llei 19/1.998, de 28 de Desembre, sobre situacions convivencials d'ajuda mútua (art. 7).

Els requisits establerts en el Codi de Família per a l'accés a la prestació, prou diferents dels regulats en l'art. 1.438 del Codi Civil, són dos (a més, és clar, que el matrimoni es reguli per l'esmentat règim legal de separació i que s'extingeixi per separació, divorci o nul·litat, que constitueixen més uns pressupòsits que un requisits pròpiament dits), o sigui, l'existència de dedicació a la casa o treball per part d'un cònjuge en favor de l'altre sense retribució o amb retribució insuficient i que aquest fet hagi generat una desigualtat patrimonial entre ells, causant, per tant, un enriquecimiento injust, autèntica "ratio" de tal mesura reequilibradora.»

La STSJC de 26 de marzo de 2003 resume la doctrina de la Sala al respecto en el sentido siguiente:

«Aquest Tribunal té establerta repetida jurisprudència per a la interpretació i aplicació de l'art. 41 del Codi de Família. El recurrent es fa ressò de la sentència de aquesta Sala de 27 de abril de 2000, però cal esmentar també l'anterior de 31 d'octubre de 1998 i les dues complementades per les posteriors d'1 de juliol de 2002 (referida a la ruptura d'una convivència estable de parella), 21 d'octubre de 2002, 10 de febrer i 10 de març d'aquest mateix any 2003, la doctrina de totes les quals esvaeix els arguments que fonamenten aquest recurs de cassació. En efecte: La d'1 de juliol de 2002, reiterant la doctrina de les anteriors, confirmada per les posteriors, assenyala que la compensació econòmica per raó de treball neix per a equilibrar en el possible les desigualtats que es puguin generar durant una convivència estable quan un dels convivents es dedica a la cura de la llar i dels fills o ajuda en el negoci percebent en tal cas una remuneració insuficient, mentre que l'altre dirigeix i administra el negoci amb l'estalvi —de tot tipus— afegit que suposa la dedicació a la llar; que aquesta compensació per raó de treball intenta impedir o limitar que en cessar aquella convivència, qui ha ajudat i propiciat el manteniment i el desenvolupament del negoci quedi sense la capitalització dels esforços mentre que l'altre retingui l'actiu patrimonial íntegre; es tracta d'aconseguir un equilibri patrimonial just mesurat a l'hora de la crisi de convivència però amb la vista posada en la necessitat de retribuir un treball i un esforç col·lateral però convergent no remunerat o remunerat fins llavors insuficientment. La Sentència de 27 de abril de 2000 ja deia, en termes generals, que sempre que un cònjuge treballi sense retribució generarà un enriquiment a favor de l'altre. La de 21 d'octubre de 2002 afegia que només pel fet de la renúncia d'un dels cònjuges a treballar fora de casa, l'altre ja en resulta enriquit en saber que la casa, i en el seu cas els fills, estan atesos, i que en cap cas es valora si el cònjuge que reivindica la compensació de l'art. 41 ha desenvolupat o no treballs feixucs o penosos. I la de 10 de febrer de 2003 afegeix que als efectes de la compensació econòmica de l'art. 41 no és necessari que la dedicació a la casa hagi estat

en règim d'exclusivitat perquè això ni ho expressa l'art. 41 ni s'ajusta a la seva finalitat perquè el que la norma tracta de compensar és el treball desinteressat del cònjuge que opta per dedicar-se a la cura de la llar i dels fills i aquesta opció és precisament la que permet a l'altre cònjuge mantenir, i en el seu cas augmentar, el patrimoni conjugal, i seria de tot punt injust que aquesta opció —que beneficia ambdós consorts— derivés en l'enriquiment de l'un i en l'empobriment de l'altre; perquè com diu la de 27 d'abril de 2000, no es tracta de comparar la situació actual dels cònjuges, sinó de veure si al moment de la liquidació del patrimoni conjugal es produeix una injustificada desigualtat entre ells, perquè havent contribuït ambdós a l'aixecament de les càrregues del matrimoni (en el cas l'esposa de la forma que preveu l'art. 5,1 del Codi de Família) res justifica que després l'un quedi ric, i l'altra resti pobre».

También en la STSJC núm. 8/2006, de 27 de febrero, hemos dicho que a los efectos de reconocer el derecho el Tribunal deberá analizar las circunstancias personales y profesionales de los cónyuges el tiempo de dedicación de cada uno de ellos a los trabajos no retribuidos o, lo que es igual el grado de pérdida de oportunidad económica y, sobre todo «el monto de la desigualdad patrimonial mediante la comparación de las dos masas y la situación restante al momento de la ruptura de la convivencia».

En el caso que nos ocupa, inadmitido el recurso extraordinario por infracción procesal obliga a resolver la cuestión jurídica planteada en sede casacional sobre los antecedentes fácticos declarados probados en la Sentencia de segunda instancia y en aquellos admitidos por aquella de la primera, ya que no han sido combatidos en legal forma por la recurrente. (SSTS-JC 14/2003, de 12 de mayo, 44/2003, de 1 de diciembre, 24/2006, de 19 de junio, 29/2006, de 10 de julio y 11/2007, de 25 de abril; y SSTS 1.ª de 13 de junio de 2002 y 9 de abril de 2003.)

De ellos se deduce que el recurrente y D.ª Enriqueta contrajeron matrimonio en 1988 durando su convivencia 19 años en los que tuvieron dos hijas.

La Sra. Enriqueta que estudió secretariado de dirección, había trabajado antes de contraer

matrimonio y volvió a trabajar como administrativa entre los años 1991 y 1994 a partir del cual se dedicó al cuidado del hogar y de los hijos.

Por su parte D. Cipriano se dedicó durante el matrimonio a gestionar y ampliar su negocio de transporte incrementando durante el mismo su valor ya que su precio de venta ascendió a la cantidad de 7.366.314 euros (Fundamento 7.º de la Sentencia de primera instancia y Fundamento 3.º de la de apelación).

Al cese de la convivencia conyugal el valor de los bienes de la esposa era de 1.645.695 (bienes en su mayoría en copropiedad con el esposo) mientras que el esposo obtuvo por la venta de las empresas la suma antes indicada de 7.366.314 euros, creando una nueva empresa y teniendo un patrimonio inmobiliario (en copropiedad con la esposa) equivalente al patrimonio total de ésta (Fundamento segundo de la Sentencia de apelación).

Sobre la base de los hechos que se han constatado incurre el recurrente en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión cuando afirma en el primer motivo del recurso de casación que no existe prueba del incremento del valor de la empresa generado durante el matrimonio.

Sin duda el motivo está defectuosamente formulado, tanto en lo que se refiere a una cita de preceptos heterogéneos —sustantivos y procesales—, vedada en casación, como porque este recurso no permite la revisión de la valoración de la prueba hecha por el tribunal de instancia (STS de 29 de julio de 2008, 4 de diciembre de 2008, 30 de junio de 2009, 21 y 26 de octubre de 2009), lo que bastaría por sí solo para su rechazo, igual que las alegaciones relativas a que para la realización de las labores del hogar D.ª Enriqueta hubiera contado con la ayuda de una asistenta, pues ya se ha dicho que no es necesaria la ejecución de trabajos pesados o fatigosos sino que con la actuación de uno de los cónyuges pueda el otro dedicarse a la ampliación de la fortuna que luego reserva para sí.

Tampoco las alegaciones relativas a la inexistencia de desigualdad económica o desequilibrio patrimonial entre ambos cónyuges que se plantean en el motivo segundo referido a la infracción del mismo artículo pueden ser

compartidas por la Sala pues la sentencia estima probado un incremento patrimonial derivado del negocio propiedad del esposo y conforme a nuestra doctrina expuesta entre otras en la STSJC de 29 de mayo de 2007 ya citada por la sentencia recurrida: «Por lo que se refiere en concreto a las plusvalías de los bienes privativos y a su consideración a efectos de fijar la compensación económica que, en su caso, proceda otorgar a favor de alguno de los cónyuges por razón de un eventual enriquecimiento injusto fundado en alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 41 CF, también dijimos en nuestra sentencia núm. 21/2005, de 9 de mayo (FJ 3.º.10), bien es cierto que con directa relación a la compensación prevista en el artículo 13 de la Llei 10/1998, de uniones estables de pareja, la cual —según entonces se dejó escrito— “presenta apreciables similitudes con la regulada en el artículo 41 CF”, que “los bienes que los convivientes hubieren adquirido privativamente antes de su unión y aquellos otros que adquirieren constante la unión en sustitución o merced a la inversión de aquéllos, así como las plusvalías que acrecieran a tales bienes por el simple transcurso del tiempo, las oscilaciones del mercado o cualesquiera otras circunstancias ajenas a su administración, conservación, reparación, renovación, reforma o ampliación, no pueden ser tomados en consideración para establecer la situación de desigualdad patrimonial de que se trata en el artículo 13 de la Llei 10/1998, ya que en tales casos no será posible descubrir ningún enriquecimiento injusto”, admitiendo que, sin embargo, pudieran computarse a los fines de dicho precepto “junto a los bienes adquiridos mediante la inversión de rentas generadas durante la unión de pareja estable, especialmente las procedentes del trabajo o de la actividad mercantil o industrial... el aumento y la conservación del valor experimentados por los bienes privativos de los convivientes en razón a las inversiones realizadas con las antedichas rentas o merced a la actuación directa de los propios convivientes”».

Esta última doctrina fue poco después recordada, ya directamente en relación con el artículo 41 CF, por la ya aludida Sentencia núm. 31/2005, dictada para resolver un supuesto en el que se discutía la computación de «les millores

obtingudes en els béns privatis que ja ho eren d'un dels litigants en el moment de contraure el matrimoni amb l'altre».

De este modo estableciendo la Sentencia recurrida y por remisión la de primera instancia que el actor amplió su negocio durante el matrimonio generando una plusvalía superior al 10% de su valor en venta, además del patrimonio inmobiliario aludido, mientras la esposa permanecía en el hogar familiar cuidando de la familia y permitiendo que el esposo pudiese dedicarse sin obstáculo alguno a incrementar su patrimonio, habiéndose producido un desequilibrio patrimonial evidente en el momento de la crisis conyugal, es claro que concurren en el caso todos los requisitos a que antes se ha hecho mención ya que la contribución con el sueldo del Sr. Cipriano al pago de los gastos de la casa no supone la retribución a la que se refiere el precepto como ya hemos expuesto entre otras en STSJC de 21 de marzo de 2005.

Respecto de la cuantía de la indemnización, que también discute el recurrente, en atención al patrimonio inmobiliario de la esposa, hemos declarado en la STSJC de 25 de mayo de 2006 que:

«La fixació de la quantitat a percebre per la recurrent en el concepte que ara s'analitza no és fàcil, ja que el legislador no dóna en l'esmentat

article 41 cap mena de paràmetre, sinó que s'inclina per un total arbitri judicial.

Aquest Tribunal ha rebutjat tant la retribució d'un treball no pagat, donat que la qüestió es més complexa en incidir-hi contribucions de caràcter emocional i la dedicació i recolzament al cònjuge i a la resta de la família, que difícilment es pot incloure en un sou de treballadora de la llar.

Tampoc s'ha considerat encertat determinar una participació fixa en el patrimoni assolit per l'altre cònjuge, donat que el legislador ha exclòs del règim matrimonial català en defecte de pacte, el de participació.

La sentència de 23 d'abril de 2000, que representà la primera oportunitat que va tenir el TSJ de Catalunya per a pronunciar-se en relació a la naturalesa i efectes de l'art. 41 del CF, es va inclinar per fugir de fórmules generalistes i deixar a l'arbitri del Jutge o Tribunal la fórmula de restablir l'equilibri patrimonial, atenent a les circumstàncies del cas i a les proves practicades per les parts litigants».

En este sentido la indemnización fijada por las Sentencias de instancia en 400.000 euros no puede estimarse, visto el patrimonio de cada uno de los cónyuges, ilógica o irracional, por lo que procede la desestimación del recurso de casación y la confirmación de la Sentencia en este punto.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

PATRIA POTESTAD

Habiendo transcurrido sólo un año y cuatro meses desde que el padre dejó de asistir a sus hijos, se considera más prudente no privarle de la patria potestad pero sí otorgar el ejercicio exclusivo a la madre.

AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 6 de julio de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Álvaro Artola Fernández**

En la demanda instauradora del presente litigio, la parte actora, D.ª Margarita, ejercitaba acción contra D. Román, relativa a modificación de medidas definitivas acordadas en la sentencia de divorcio de fecha 11 de enero de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Ciudadela, en relación a los menores Aníbal y Cosme. Dado traslado al Ministerio Fiscal y al demandado, éste fue declarado en situación procesal de rebeldía, y se señaló día para la vista, a la que comparecieron el Ministerio Fiscal y la parte actora, quien se ratificó en la demanda. El Ministerio Fiscal, tras interesar interrogatorio de parte demandante, no se opuso a la suspensión del régimen de visitas y se opuso a la privación de la patria potestad del demandado, solicitada por la actora, por considerar que no incurría en causa de privación.

Seguido el curso del procedimiento, recayó finalmente sentencia en primera instancia, en la cual se estimaba parcialmente la demanda, declarando la suspensión del régimen de visitas establecido a favor de D. Román en el Fallo de la Sentencia de 11 de enero de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Ciudadela, Menorca, pero dispuso no haber lugar a la modificación del ejercicio de la patria potestad —habiendo sido la sentencia de instancia transcrita en los Antecedentes primero y segundo de la presente sentencia—. Frente a la citada resolución se interpuso recurso de ape-

lación por la parte actora, y ello en base a las razones que se resumirán: No podemos sino discrepar con la valoración de la juzgadora, dicho sea en estrictos términos de defensa, por cuanto lo que ha quedado acreditado es que D. Román, a partir del mes de octubre de 2007 dejó de acudir a las visitas que se estaban realizando en el Punt de Trobada Familiar. En concreto, el 13 de octubre de 2007 el padre envió un mensaje al teléfono del PTF informando que no acudirá al intercambio, no dando motivos ni explicaciones. El 20 de octubre envió otro mensaje al teléfono del PTF dando a entender que no volvería más. Ello quedó acreditado mediante el bloque documental núm. 2, partes de incomparecencia emitidos por el Punt de Trobada Familiar, que se adjuntó a la demanda. Desde dicha fecha, tal y como declaró mi representada en el acto de la vista, no ha vuelto a tener noticias del padre, no cumpliendo ni con el régimen de visitas acordado ni con el abono mensual de la pensión alimenticia, habiendo dejado en el más absoluto abandono, tanto emocional como económico, a sus hijos.

Ello se acreditó, además, con: El documento núm. 3 de los aportados en la demanda, certificado bancario acreditativo de que el padre no ha ingresado en los dos últimos años y medio cantidad alguna en concepto de pensión alimenticia a favor de sus hijos, en concreto el último pago que realiza se efectúa el 11 de noviembre de

2006. Es decir, hace ya más de tres años que no abona cantidad alguna. El documento núm. 4 de los aportados en la demanda, copia del certificado emitido por el Juzgado de la Instancia núm. 1 de Ciutadella, en el procedimiento ejecución de títulos judiciales 3025/2006, acreditativo de que el demandado no cumplía con sus obligaciones alimenticias y que se tuvo que ampliar la ejecución presentada en fecha 18 de abril de 2006 sin haberse podido trabar embargo sobre ningún bien del demandado ni haber procedido éste a pagar las cantidades debidas. Y, finalmente, con el documento núm. 5, resolución del Ministerio de Economía y Hacienda, Servicio de Gestión del Fondo de Alimentos, acreditativo de que los menores tuvieron que acogerse al fondo de alimentos ante el incumplimiento de su padre.

El abandono del padre, además, no ha sido inocuo para los menores, sino que ha tenido graves consecuencias sobre los mismos, estando por mor de lo expuesto el menor Aníbal en tratamiento psicológico, lo cual se acreditó mediante nuestro documento núm. 7 certificado de D.^a Loreto, psicopedagoga del Equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica, acreditativo de que Aníbal es un alumno con necesidades especiales. Todo ello acredita el absoluto abandono que han sufrido los hijos por parte del padre y el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, supuesto contemplado por el artículo 170 del Código Civil y para el que prevé que se pueda privar total o parcialmente al progenitor de la patria potestad.

En dicho sentido de privar al progenitor incumplidor de la patria potestad se pronuncian: La Audiencia Provincial de Cádiz, Sec. 5.^a, S 21 de enero de 2008, núm. 23/2008, recurso 596/2007; La Audiencia Provincial de Álava, en Sentencia de 4 de marzo de 2008 (Sec. 1.^a), (núm. recurso: 634/2007).

Por otra parte, y en el sentido de asignar en exclusiva la patria potestad al cónyuge custodio se pronuncian: La Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de fecha 10 de octubre de 2008, núm. 650/2008, recurso 798/2008; Audiencia Provincial de Murcia, en Sentencia de 10 de julio de 2008 (Sec. 4.^a).

De este último parecer fue el Ministerio Fiscal que, si bien se opuso a que se privase de

la patria potestad al demandado, sí que se adhirió a nuestra petición subsidiaria y solicitó que se atribuyese el ejercicio exclusivo de la misma a la madre, en aras a que pudiese llevar a cabo sin necesidad del padre cuantas actuaciones fuesen necesarias en beneficio de los menores.

En su virtud, la parte apelante terminó suplicando que se estime íntegramente el presente recurso de apelación y se revoque la sentencia de instancia, acordando que se modifica el régimen de patria potestad compartida establecido en su día y se acuerda la privación al demandado de la patria potestad y demás derechos inherentes a la misma respecto de sus hijos menores de edad, Aníbal y Cosme, sin perjuicio de que pueda decretarse su recuperación a través del oportuno procedimiento cuando hubiere cesado la causa que motiva la adopción de esta medida excepcional. Subsidiariamente, pidió que se atribuya el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre. Todo ello con expresa condena en costas a la parte apelada.

Por su parte, el Ministerio Fiscal, evacuando el traslado conferido del recurso, formuló las siguientes alegaciones: Que el Fiscal se opone al recurso interpuesto por considerar ajustada a Derecho la sentencia que se recurre, y en concreto el pronunciamiento declarando que no ha lugar a la modificación del ejercicio de la patria potestad, en base a los propios fundamentos de dicha sentencia, especialmente el fundamento de derecho segundo, último párrafo. Únicamente se considera necesario resaltar dos extremos: por una parte que la actora sostiene que el progenitor dejó de asistir totalmente a sus hijos en fecha 1 de agosto de 2008; por otra parte que efectivamente el progenitor demandado no acudió al acto de la vista, siendo citado a tal efecto por medio de edictos, pero lo cierto es que, si bien el sistema de citación edictal cumple perfectamente en cuanto a la forma legal exigida a tal fin, no lo es menos que en cuanto al fondo del asunto, es decir, el recoger una explicación de la parte demandada sobre el porqué no compareció en el procedimiento o, incluso y más importante, del porqué dejó de prestar la debida asistencia a sus hijos, todo ello no queda cumplido por razones obvias... Habiendo transcurrido realmente un breve espacio de

tiempo (apenas un año y cuatro meses) desde que el padre dejó de asistir a sus hijos, siendo la solicitada una causa general de privación de la patria potestad, pero no una de las particulares explícitamente tasadas en el Código Civil, no procede ni quizás sea adecuado, de momento, acordar tal privación.

Por todo ello, el Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso de apelación, con confirmación de la sentencia de instancia.

Entrando ya a resolver los motivos del recurso de apelación, la representación procesal de la parte apelante aboga, en su petición principal, para que se modifique el régimen de patria potestad compartida acordado en su día y, en su lugar, se acuerde la privación al demandado de la patria potestad y demás derechos inherentes a la misma, y ello respecto de sus hijos menores de edad, Anibal y Cosme, sin perjuicio de que pueda decretarse su recuperación a través del oportuno procedimiento cuando hubiere cesado la causa que motiva la adopción de esta medida excepcional. Y, subsidiariamente, solicita que se atribuya el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre.

Al respecto, aprecia la Sala, tal y como sostiene la apelante, que D. Román, a partir del mes de octubre de 2007 dejó de acudir a las visitas que se estaban realizando en el Punt de Trobada Familiar; estando documentado en autos que, en concreto el 13 de octubre de 2007, el padre envió un mensaje al teléfono de dicho Centro informando que no acudiría al intercambio, no dando motivos ni explicaciones; y que posteriormente, el 20 de octubre, envió otro mensaje al teléfono del citado Centro dando a entender, según hacen constar los responsables del Punt de Trobada, que no volvería más. Así las cosas, la prueba obrante en autos concede credibilidad a la actora en orden a entender que, desde dicha fecha, no se ha vuelto a tener noticias del padre, no cumpliendo éste ni con el régimen de visitas acordado, ni con el abono mensual de la pensión alimenticia, según se desprende de la documental referida con el núm. 3 de los aportados en la demanda, consistente en los movimientos bancarios. Por otro lado, el documento núm. 4 de la demanda, consistente en la copia del certificado emitido en fecha 11 de enero de 2008 por la Sra.

Secretaria del Juzgado de la Instancia núm. 1 de Ciudadela, en relación con el procedimiento ejecución de títulos judiciales núm. 3025/2006, muestra la existencia de demanda de ejecución de títulos judiciales derivada del impago de las obligaciones alimenticias correspondientes al período de enero a abril de 2006, en el cual se amplió después la ejecución en fecha 18 de abril de 2007 por impago de nuevas mensualidades, sin haberse podido trabar embargo sobre ningún bien del demandado, ni haber procedido éste a pagar las cantidades debidas. Finalmente, el documento núm. 5, consistente en notificación del Servicio de Gestión del Fondo de Alimentos, acredita la existencia de una Resolución de 6 de agosto de 2008 de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, del Ministerio de Economía y Hacienda, evidenciando que los menores tuvieron que acogerse al fondo de alimentos, lo que nuevamente muestra la desasistencia de los mismos y el incumplimiento del padre en el pago de las pensiones de alimentos. Presentando, además, el menor Anibal problemas que precisan tratamiento psicológico, lo cual se acreditó mediante documento núm. 7, consistente en certificado de D.^a Loreto, psicopedagoga del Equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica, de la Consellería de Educación y Cultura, acreditativo de que es un alumno con necesidades especiales.

Así las cosas, la Sala considera acreditada en autos una situación de abandono de los menores por parte de su padre, quien ha incumplido los deberes inherentes a la patria potestad, supuesto contemplado por el artículo 170 del Código Civil como motivo de privación total o parcial de la patria potestad respecto del progenitor en cuestión. No obstante ello, no es menos cierto, como sostiene el Ministerio Fiscal, que si bien el progenitor demandado no acudió al acto de la vista, siendo citado a tal efecto por medio de edictos, sistema que, si bien cumple perfectamente en cuanto a la forma legal exigida a tal fin, en cuanto al fondo del asunto dicho sistema no propicia la posibilidad de recoger una explicación de parte del demandado sobre el porqué dejó de prestar la debida asistencia a sus hijos; aconteciendo, además, que ha transcurrido realmente un breve espacio de tiempo, apenas un año y cuatro meses desde que el padre

dejó de asistir a sus hijos. Por todo ello, considera la Sala más prudente conceder a la actora, en orden a acomodar su situación personal a la realidad fáctica, la petición subsidiaria, en virtud de la cual, si bien no se priva al padre de la patria potestad, sí se concede provisionalmente a la madre su ejercicio exclusivo y pleno, al hallarse el padre en paradero desconocido y no poder, en consecuencia, ejercer dichos derechos y obligaciones en conjunto con la madre. Todo

ello en base a lo previsto en el párrafo último del artículo 156.4 del Código Civil, por entender que tal medida es actualmente lo más conveniente para los menores, que de esa manera verán más ágilmente atendidas sus necesidades y mejor resueltos los conflictos que puedan aparecer, y ello sin perjuicio de poder reintegrar al padre en su ejercicio, a través del oportuno procedimiento, una vez cesada la causa que motiva la presente medida excepcional.

La decisión unilateral de la madre de cambiar a su hija menor de colegio, lo fue sin causa justificada, toda vez que no obedeció a razones serias y fundadas. Sólo se aporta un contrato de trabajo de la madre de un mes de duración y a tiempo parcial, suscrito, además, con posterioridad al cambio de colegio de la niña por lo que se acuerda requerir a la madre para que de forma inmediata vuelva a escolarizar a la menor en el colegio al que ha venido acudiendo hasta que se produjeron los hechos que han dado lugar al presente recurso.

AP Baleares, Sec. 4.^a, Auto de 3 de junio de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a M.^a del Pilar Fernández Alonso**

Mediante Sentencia de 14 de julio de 2008 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Inca, se decretó el divorcio de los hoy litigantes y se aprobó el convenio regulador por ellos suscrito de común acuerdo el 24 de abril de 2008 estableciendo entre otras medidas:

ESTIPULACIÓN PRIMERA.—«La patria potestad o responsabilidad parental de los hijos comunes menores de edad, Joan y Marta, seguirá siendo ostentada conjuntamente por ambos progenitores, tanto en su titularidad como en su ejercicio. En coherencia con el principio anteriormente explicitado, pensando en el futuro, y con respeto escrupuloso al derecho a la educación de los propios hijos comunes, los comparecientes son concordes en decidir de común acuerdo, una vez oídos los hijos comunes si tienen edad suficiente, y teniendo en cuenta la capacidad, rendimiento e interés que demuestren en cada momento, todas y cada una de las cuestiones relativas a su educación-instrucción, tales como estudios a emprender, centro escolar o, en su caso, universitario, en el que hayan de recibir su formación... Si no fuese posible el acuerdo con respecto a alguna actividad o servicio, los

comparecientes son concordes en regirse por lo que disponga, en su caso, la correspondiente autoridad judicial a quien sometan la solución del desacuerdo».

ESTIPULACIÓN DÉCIMA. b). «Don Antonio asumirá en exclusiva todos y cada uno de los gastos que se devenguen en la instrucción/educación de la hija común, Marta (que será decidida en el marco de la estipulación primera), cualquiera que sea su nivel...».

ESTIPULACIÓN DUODÉCIMA.—«Los comparecientes concuerdan que las prestaciones que puedan ofrecer a la hija común, Marta, y cuyo coste económico es asumido en su integridad por el Sr. Antonio, como se ha explicitado en las Estipulaciones décima y undécima, serán acordadas en el marco de la Estipulación primera de tal forma que ambos participen efectivamente en el ejercicio de la común responsabilidad respecto de su hija».

La hija menor de edad de los litigantes, Marta, nacida el 8 de diciembre de 1999 ha venido cursando sus estudios en el colegio San José Obrero de Palma desde el año 2000-2001 primer curso de educación infantil.

En el presente curso escolar 2009-2010 la madre de Marta, Sra. Casilda, procedió a cambiarla de colegio inscribiéndola en el colegio Sa Porta des Moll de Alcudia. Este cambio fue notificado por el abogado de la Sra. Casilda al que lo era del Sr. Antonio mediante fax el día 9 de septiembre de 2009.

En dicho fax también se hace constar que ello era debido al cambio de domicilio de la Sra. Casilda y que en verano por motivos laborales continuaría residiendo en Alcudia trasladándose en invierno a Sa Pobra.

Durante el matrimonio de los padres, éstos residían en Alaró y la niña acudía a Palma al colegio concertado San José Obrero, ciudad donde también trabajaban sus progenitores y trabaja su padre en la actualidad.

La Sra. Casilda aparece empadronada en Alcudia desde el día 1 de septiembre de 2009 y su hija también aparece empadronada en la misma fecha en el domicilio carrer DIRECCIÓN000 NÚM000.

En fecha 14 de septiembre de 2009 la Sra. Casilda suscribió contrato de trabajo a tiempo parcial, eventual, con la empresa Sebastián García Vera con la categoría de limpiadora y duración pactada hasta el 31 de octubre de 2009 y salario según convenio para 20 horas semanales.

Según resulta de la exploración de la menor, el horario de colegio en Palma era de 9 a 12 horas y de 15 a 17 horas y en Alcudia es de 8,30 a 13 horas.

La menor también manifestó que le va bien el colegio, que va a al cole en coche, ya conoce el pueblo porque antes su madre vivía allí y que cambiar de colegio le daría igual.

En fecha 18 de septiembre de 2009, el Sr. Antonio solicitó del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Inca, al amparo del artículo 158 CC la adopción como medida urgente y por conculcar las estipulaciones 1.^a, 10.^a y 12.^a del Convenio Regulador, se requiriera a la Sra. Casilda para que de forma inmediata volviera a escolarizar a la menor Marta en el colegio San José Obrero de Palma, al que había venido asistiendo.

Dicha petición fue desestimada por auto de 16 de octubre de 2009 con fundamento «en re-

sultar dicha medida no perjudicial para los intereses de la menor».

La anterior resolución constituye el objeto del presente recurso de apelación interpuesto por el Sr. Antonio interesando su revocación y que se acceda a su petición para que la madre reintegre a la hija común al colegio San José Obrero.

La patria potestad aparece configurada en nuestro ordenamiento jurídico como el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos menores no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas y obligaciones que les incumben igualmente respecto a su sostenimiento y educación con reflejo normativo en los artículos 154 y ss. del CC.

La patria potestad tiene que estar orientada, en su ejercicio, en beneficio de los hijos, al estar instituida y pensada básicamente como medida de protección del hijo menor.

En el caso que nos ocupa consideramos, vistos los hechos precedentemente relatados que la decisión unilateral de la madre de cambiar a su hija menor de colegio, lo fue sin causa justificada, toda vez que no obedeció a razones serias y fundadas. Sólo se aporta un contrato de trabajo de la madre de un mes de duración y a tiempo parcial, suscrito, además, con posterioridad al cambio de colegio de la niña, lo que pone de relieve que dicho cambio no vino motivado por el interés superior de la menor sino por la propia conveniencia de la madre de vivir en Alcudia con su nueva pareja. Ni siquiera se alega, para el cambio, una mejora de la calidad organizativa o educacional o académica del colegio público en relación con el concertado.

Ello supone un perjuicio para la menor que se vio privada de asistir al colegio al que acudía desde que cumplió los 3 años de edad, con todo lo que ello implica de conocimiento del centro, profesores, compañeros, etc., colegio que goza de una amplia oferta educativa y de notorio prestigio en nuestra comunidad, de los que carece el colegio Sa Porta des Moll.

Dicha decisión unilateral no presidida por el beneficio de la menor vulnera, además, del contenido propio de la patria potestad compartida que ostentan ambos progenitores (artículo 156

CC) y lo acordado por los litigantes en el convenio regulador de divorcio, y como vulnerador de los mismos, implica si no un peligro, sí un perjuicio para la menor, no habiendo sido tomada en su beneficio e interés, por lo que debe cesar. El

cambio de domicilio de la madre no legitima ni implica sin más necesariamente el del colegio de la niña, de suerte que dicho cambio realizado sin consentimiento del padre ni autorización judicial subsidiaria, tiene que ser dejado sin efecto.

GUARDA Y CUSTODIA

Se considera determinante para la atribución de la custodia al padre que la madre no facilita en los términos exigidos y convenientes la relación afectiva paterno-filial.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 26 de julio de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Carmen Neira Vázquez**

Se cuestiona la guarda y custodia del menor de 8 años de edad al haber nacido el 18 de junio de 2002.

La primera cuestión así suscitada relativa a la guarda y custodia del menor habrá de ser resuelta conforme a la normativa del CC y la ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, interpretado todo ello conforme a la legislación supranacional, entre otras, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, y la Resolución de 29 de mayo de 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que subraya que «En todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de éstos, en caso de divorcio, anulación o separación».

Con tales presupuestos normativos la resolución judicial ha de atender para la adopción de la medida debatida a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de los menores, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su

desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos y relaciones con ellos en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y capacidad de autoabastecerse, etc.

Con tales criterios orientadores la Juzgadora de la Primera Instancia resolvió fijar la guarda y custodia del hijo a favor del padre, estableciendo un régimen de visitas amplio y extenso a favor de la madre lo que al parecer de la Sala es conforme a Derecho y a las circunstancias acreditadas del caso si tenemos en cuenta el resultado de las pruebas practicadas en la primera instancia y en concreto el contenido del informe pericial psicológico cuyas conclusiones ponen de manifiesto que «consideramos aconsejable que la guarda y custodia del menor sea ejercida por el padre; es conveniente que se establezca un régimen de visitas lo más amplio posible con el progenitor no custodio, a fin de promover un adecuado desarrollo emocional en el menor y a su vez conseguir que no se debiliten los lazos afectivos con su madre, pudiendo consistir éste en fines de semana alternos desde la salida del colegio hasta el lunes por la mañana...». En cuanto a la valoración se reseña que el menor presenta una buena vinculación afectiva hacia ambos progenitores, aunque se siente más atendido por su padre, al compartir con él su tiempo de ocio.

Ambos progenitores tienen una capacidad adecuada para el cuidado del menor, si bien —explica— el padre dispone de un mejor hora-

rio de trabajo para compatibilizar con el tiempo libre del menor, mientras que la progenitora tiene que delegar el cuidado de éste en la abuela materna. Por otro lado se valora que D.^a Esmeralda no participa en las actividades de ocio de Sergio, mostrándose, además, poco facilitadora de la relación paterno-filial.

En lo que concierne a la evaluación del menor Sergio se indica que el menor valora de manera positiva la relación afectiva con ambos progenitores, si bien se aprecia un mayor acercamiento a la figura paterna, en el sentido de sentirse más atendido por éste, llegando a referir que su madre nunca juega con él porque no tiene empleo.

A través de la exploración a Sergio, se aprecia una actitud poco facilitadora por parte de la madre en las relaciones afectivas entre el menor y su progenitor.

Respecto de la evaluación de D.^a Esmeralda se informa que «en la valoración del cuida (sic) se ve en ella a una persona con una ligera dificultad para adaptarse a los cambios estando muy apegada a valores tradicionales ... presenta una buena capacidad para la resolución del duelo.

En cuanto al progenitor custodio se reseña que muestra una capacidad para establecer vínculos de apego seguro, con una gran capacidad de dar estabilidad y contención al niño... Su proyecto de custodia es aceptable ya que posee el tiempo y la capacidad necesaria para atender las necesidades de su hijo.

Pone de manifiesto que el hijo muestra afecto hacia ambos progenitores y sus respectivas familias de origen.

En tales circunstancias habida cuenta la información facilitada por el equipo psicosocial la Sala considera favorable para el interés del menor la medida acordada sin que ello suponga planteamiento negativo alguno respecto de la disposición de la madre para el cuidado materno, debiendo tener en cuenta que al margen de horarios de ambos progenitores, siendo esto significativo, la relación paterno-filial se desarrolla en términos de mayor acercamiento, debiendo valorar a su vez que la madre no facilita en los términos exigidos y convenientes la relación afectiva paterno-filial, todo lo cual conduce a confirmar la sentencia recurrida y a desestimar este motivo de apelación.

Tal como se pone de manifiesto a través de los numerosos informes del punto de encuentro el incumplimiento del régimen de visitas no ha tenido la reiteración como para determinar una medida tan grave como es el cambio de la guarda y custodia.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 22 de julio de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés**

La dirección letrada de D. José se alzó contra la resolución de instancia reclamando la revocación y declarando la existencia de un incumplimiento del régimen de visitas establecido en la Sentencia núm. 143, de 17 de febrero de 2006, por parte de la recurrida, D.^a Estrella, establezca la Guarda y Custodia del menor D. Carlos Antonio a su progenitor D. José, condenando a la otra parte a estar y pasar por esta declaración, con expresa condena en costas a la parte apelada. Mientras que la dirección letrada de D.^a Estrella pidió la desestimación del recuso y la confirmación de la resolución con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

La cuestión suscitada tiene su origen en la demanda ejecutiva interpuesta por la representación de D. José el día 8 de octubre de 2009, en la que se reclamaba que se conceda la guarda y custodia del menor D. Carlos Antonio a su progenitor paterno y hoy ejecutante D. José, por el incumplimiento de la Tercera Medida Definitiva de la Sentencia, que establece que «en caso de incumplimiento del régimen de visitas establecido por la progenitora custodia, se cambiará automáticamente la guarda y custodia del hijo a favor del progenitor paterno», todo ello con expresa imposición en costas a la ejecutada. Dicha demanda tiene como título ejecutivo la Sentencia

cia de divorcio de 17 de febrero de 2006 la cual a los efectos que aquí nos interesan establecía en el punto tercero del fallo lo siguiente: El progenitor no custodio podrá estar en compañía de su hijo menor de edad el primer fin de semana completo de cada mes desde las 19 horas del viernes hasta las 18 horas del domingo, incluyendo los puentes escolares que correspondan a este fin de semana, así como la primera mitad de las vacaciones de Navidad y verano en los años pares y la segunda mitad en los impares y la Semana Santa completa de todos los años. Las entregas y recogidas hijo menor de edad se efectuarán en Madrid en el punto de encuentro más cercano al domicilio del padre, corriendo con los gastos de traslado del hijo de Santander a Madrid la progenitora custodia. En caso de incumplimiento del régimen de visitas establecido por la progenitora custodia se cambiará automáticamente la guarda y custodia del hijo a favor

del progenitor paterno. Dicha demanda tuvo una respuesta negativa del órgano jurisdiccional a través del auto que ahora se recurre.

Tal como se pone de manifiesto a través de los numerosos informes del punto de encuentro el incumplimiento del régimen de visitas no ha tenido la reiteración como para determinar una medida tan grave como es el cambio de la guarda y custodia y ello a pesar de lo establecido en el punto tercero del fallo del título ejecutivo que debe ser interpretado siempre bajo la perspectiva prevalente del beneficio del menor que es el criterio rector tanto en materia de guarda y custodia como de régimen de visitas, tal como se desprende de los artículos 92 y 94 del CC, debiendo procurar los litigantes un marco de entendimiento y flexibilidad que facilite el desarrollo integral del menor en todos los órdenes. Procediendo por ello la desestimación del recurso de apelación.

Se acuerda el cambio de custodia a favor del padre al detectarse una desatención continuada por parte de la progenitora guardadora que se apreciaba por la tristeza y desaliño personal de la hija, absentismo escolar importante sin justificar y retraso escolar.

AP Baleares, Sec. 4.^a, Sentencia de 20 de julio de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Aguiló Monjo**

Se trata en el presente procedimiento y juicio de una solicitud de cambio de guarda y custodia de una menor, Mireya, nacida el 23 de diciembre de 2001, previamente concedida a la madre, D.^a Melisa, por auto provisional de 16 de octubre de 2006 y Sentencia definitiva de 9 de febrero de 2007 (documentos 3 y 4 de la demanda).

La sentencia de instancia, cual se adelantaba, resolvió cambiar el sistema aludido y conceder la guarda y custodia de la menor al padre D. Bernardo, modificando el anterior criterio judicial, estableciendo un régimen de visitas controlado y progresivo en favor de la madre.

Contra dicha decisión se interpuso por la representación procesal de la Sra. Melisa, por disentida, el correspondiente recurso de apelación, todo lo cual motiva la presente alzada y resolución.

En la demanda inicial del proceso se justificaba la petición analizada en que desde bastante

tiempo antes de su promoción, el padre había detectado, durante el tiempo que tenía a la menor en su compañía, una desatención continuada por parte de la progenitora guardadora que se apreciaba por su tristeza y su desaliño personal; que se había detectado un absentismo escolar importante sin justificar; que los organismos correspondientes de la Consellería de Educació i Cultura habían advertido del retraso escolar de la niña y los Servicios Sociales alertaban acerca de su mala situación.

La demandada mantuvo una postura procesal absolutamente pasiva, siendo declarada en rebeldía, quedando constancia de su falta de interés en el procedimiento mediante diligencia judicial extendida al efecto y obrante al folio 69 de las actuaciones.

Lo cierto es que el resultado de la prueba practicada en el acto del juicio es el que consta en el soporte audiovisual y en el acta redactada.

Dichas pruebas son las que fueron valoradas en la resolución de instancia y, al margen de los interrogatorios de parte de cuyos contenidos también pueden extraerse ciertas conclusiones acreditativas, lo cierto es que de la documental y testifical debidamente ponderadas en la decisión combatida, este tribunal alcanza idéntica valoración que la obtenida en la instancia. Los informes rendidos por la psicóloga del Consell y por la trabajadora social son reveladores de la realidad de los hechos expuestos en la demanda y por la mala situación personal por la que pasaba la menor con el anterior sistema de guarda y custodia e, incluso, de lo actuado, se desvela la imposibilidad de la madre de atender a sus cui-

dados esenciales de una forma precisa, puntual y diaria.

Sin embargo, el recurso se dirige exclusivamente a intentar desacreditar metodológicamente los informes rendidos y sus fuentes de información, discrepando subjetivamente de sus conclusiones, que, no obstante, por considerarlas objetivas y ecuanímes, se comparten judicialmente, siendo así que tampoco se justifica el desinterés inicial de la guardadora sobre el resultado del proceso, sólo manifestado *in extremis*.

Es por todas las anteriores consideraciones que se desestimará el recurso de apelación interpuesto, con expresa confirmación de la sentencia dictada en la primera instancia.

El traslado bimensual de casa y entornos, hábitos y costumbres no se acredita suponga provecho o ventaja alguna en la formación y desarrollo de la menor de 10 años de edad, por lo que se revoca la custodia alternativa cada dos meses concedida por el Juzgado y se acuerda otorgarla en exclusiva a la madre.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 16 de julio de 2010

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carmen Neira Vázquez

Se cuestiona en esta alzada la guarda y custodia de la menor de 10 años de edad como nacida en 25 de mayo de 2010.

La primera cuestión así suscitada relativa a la guarda y custodia de la menor habrá de ser resuelta conforme a la normativa del CC y la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, interpretado todo ello conforme a la legislación supranacional, entre otras, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, y la Resolución de 29 de mayo de 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que subraya que «En todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de éstos, en caso de divorcio, anulación o separación».

Con tales presupuestos normativos la resolución judicial ha de atender para la adopción de la medida debatida a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales

que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de los menores, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos y relaciones con ellos en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y capacidad de autoabastecerse, etc.

Con tales criterios orientadores la Juzgadora de la Primera Instancia resolvió fijar la guarda y custodia de la hija a favor de ambos progenitores de forma alternativa, estableciendo un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio respecto a la citada menor, en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del centro escolar hasta la hora de entrada el lunes por la mañana en el centro escolar donde

la reintegrará y un día entre semana que a falta de acuerdo será el miércoles desde la salida del centro escolar hasta el día siguiente así como la mitad de los períodos de vacaciones escolares de Navidad y verano y Semana Santa.

El examen de lo actuado revela, en líneas generales, que lo acordado en la primera instancia no se ajusta a las exigencias anteriormente indicadas a la vista de las diligencias practicadas, y si pensamos fundamentalmente que la guarda y custodia compartida requiere para su establecimiento unas condiciones y circunstancias concurrentes en la situación familiar y los interesados, progenitores de los hijos en cuestión, definidas por los especialistas, en orden a un proyecto común, comunicación y flexibilidad, ausentes por lo general, en el conflicto familiar objeto de la contienda judicial.

En efecto, cabe paliar, compensar o desvirtuar, la disfunción o alteración del marco vital de los menores, que supone la alternancia periódica de entornos, hábitos, horarios o detalles mínimos y cotidianos de la vida doméstica, en aquellos supuestos de responsabilidad máxima de los padres que proyectando de acuerdo y conjuntamente el desenvolvimiento de la vida del hijo en común, se relacionan en condiciones tales de confianza y entendimiento, que permiten un marco referencial de afinidad, para el hijo, presupuesto básico inexistente, en el conflicto y relación contradictoria resuelta en la contienda judicial, lo que hace modificar lo acordado, en los términos fijados, de tiempos tan cortos y reducidos, al establecerse en la sentencia períodos alternativos de dos meses consecutivos, lo que determina en este punto la revocación de la sentencia recurrida.

De esta forma la Juzgadora de la Primera Instancia resolvió como ya se argumentaba, fijar la guarda y custodia de la hija a favor de los progenitores —modificando así lo resuelto en el auto de medidas provisionales de 24 de febrero de 2009, que otorgó la custodia de la niña a la madre— lo que al parecer de la Sala no es conforme a derecho y a las circunstancias del caso acreditadas en las actuaciones, debiendo tener en cuenta entre otros datos que el MF en su escrito de alegaciones no instó en su momento la guarda custodia compartida o alternativa como se acordó finalmente.

Respecto de las peticiones de las partes ninguno de los litigantes instó en su momento la medida finalmente acordada por cuanto la parte demanda pidió en el escrito de contestación a la demanda que se atribuyera la guarda y custodia de la hija común a favor del padre quien en aquel mismo acto procesal aportó el CR, finalmente no ratificado, que atribuía la custodia de la niña a favor del padre de forma temporal hasta el año 2010 en que la madre la ejercerá siempre y cuando disponga de medios económicos suficientes y acreditados para el sustento de la hija.

Dice el ahora recurrente en dicha contestación a la demanda que la actividad laboral de la madre se cifra en que trabaja hasta en tres puestos distintos por cuenta ajena y admite que la menor se encuentra con la madre desde el mes de septiembre de 2008.

En el mismo sentido es de señalar que la actora pidió en su momento en el escrito rector del procedimiento la guarda y custodia de la hija común.

En efecto, consta en la causa que si bien ninguno de los progenitores presenta psicopatología incapacitante para el ejercicio de la custodia, al no haberse acreditado tal extremo, en los términos del artículo 217 de la LEC, es lo cierto que no existe prueba pericial psicológica que aconseje que la medida adoptada en la sentencia sea la más beneficiosa para la menor, todo ello en los términos del artículo 92 del CC, y que pudiera apuntar además, a la idoneidad en la corresponsabilidad en el cuidado de la hija menor.

En este sentido, es de señalar que la niña en la exploración judicial también indicó que al principio de marchar su madre de casa, ella se quedó con su papá, pero luego llamó a su madre porque quería irse con ella, y señala que «cuando no está su madre se queda con una amiga que también tiene una hija. Que se acuesta a las 11 y se levanta a las 8 y que con su padre se acostaba a las 9,30 o las 10,00 y se despertaba a las 6 porque el colegio estaba muy lejos. Que su padre se va a marchar a Madrid.» También se expresa en la exploración que «cuando vivían juntas su madre estaba más tiempo con ella. Que su padre trabajaba hasta las 6 y su madre hasta las 9.30. Que su madre no trabaja por la mañana».

Aparece debidamente acreditado que en aquel entonces cuando todavía estaba en la casa

materna la hija común en la segunda evaluación del curso del año 2008-2009, fechado en marzo de 2009 la menor presenta unas calificaciones notables, suficientes, sobresaliente y bien en general con un comportamiento también normal, ello después de aportarse en la pieza de medidas provisionales y en las evaluaciones anteriores notas desfavorables en el expediente académico de la niña.

Señala la ahora interesada en el interrogatorio practicado en aquella pieza de medidas provisionales que salió de casa en diciembre de 2007 y que ella se fue a una casa compartida, y que la niña desde abril no vive con ella, que ella fue a un abogado y que ella no sabía qué hacer y explica que tenía una casa pequeña, que ella pagaba el alquiler de la casa y tenía unos ingresos de 700 euros; y refiere ahora que sabe que sí puede ir adelante ya que tiene dos trabajos y que paga todo, alquiler, colegio y uniformes; destaca a nuevas preguntas de la Juzgadora de Primera Instancia que busca sustituciones por la mañana y que trabaja en un despacho de abogados de 3 a 8, señalando que la niña tiene una profesora, para la niña, que es amiga.

Contesta nuevamente que la niña volvió a vivir con ella desde septiembre, y que ella no pone pegas para que la niña esté con su padre, y reitera que desde septiembre hasta la fecha la niña está con ella y que ella firmó el convenio por razones económicas.

Con todos estos datos la Sala no encuentra razones ni formales ni de fondo para mantener lo acordado en la primera instancia siendo de señalar que al escrito de apelación no se opone la parte contraria, debiendo estimar por lo tanto la petición que se formula en orden a la custodia materna, en primer lugar por así haberlo acordado la Juzgadora en la primera instancia en el auto de medidas provisionales, por ser la situación fáctica existente desde septiembre de 2008, porque ninguno de los interesados instó la medida finalmente acordada en la sentencia que no conste sea lo más beneficioso para la menor, para quien sin duda el traslado bimensual de casa y entornos, hábitos y costumbres no se acredita suponga provecho o ventaja alguna en su formación y desarrollo, todo lo cual conduce a revocar la sentencia recurrida y a estimar la apelación que se formula.

Se valora decisivamente el insistente deseo del hijo menor (siete años) de convivir con su padre en Málaga, por lo que se acuerda el cambio de custodia que en el convenio regulador se atribuyó a la madre quien poco después trasladó su residencia a Bilbao.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 1 de julio de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª Soledad Jurado Rodríguez**

Constituyen los siguientes los antecedentes de la cuestión sometida a esta Sala: A) el 15 de septiembre de 2006 los cónyuges suscriben convenio regulador (aprobado por Sentencia de divorcio dictada el 30 de enero de 2007) acordando que el único hijo del matrimonio nacido el 21 mayo de 2002, quedaría bajo la guarda y custodia de la madre con un amplio régimen de visitas a favor del padre, estipulándose que todo cambio de domicilio por cualquiera de los cónyuges habrá de ser comunicado al otro para poder hacer viable lo dispuesto en el presente Convenio sobre el régimen de visitas con el menor; B) el 22 de julio de 2008 (teniendo el hijo seis años) D. [...] interpone demanda de modificación de medidas

a fin de que se le otorgue la guarda y custodia del menor en base a un cambio sustancial de circunstancias consistente en que la madre junto con el hijo se han trasladado a vivir a Bilbao con el compañero sentimental de la primera, siendo el deseo del niño permanecer junto con su padre, c) oponiéndose la demandada a esta pretensión, la sentencia de instancia desestima la demanda al considerar: 1) el convenio ya contempla la posibilidad de que los cónyuges cambiaran de domicilio con el solo condicionante de comunicarlo a efecto de modificar el régimen de visitas, 2) en consecuencia, el cambio de residencia sólo acarrearía modificación de la guarda y custodia si ese cambio le incide perjudicialmente

al menor, lo que no queda acreditado, pues el informe emitido por el perito judicial psicólogo y el emitido por el colegio donde el menor cursa sus estudios acreditan la buena adaptación del menor a las nuevas circunstancias, 3) en el informe del perito judicial se recogen las preferencias del menor en el sentido que en un 60% de las ocasiones imaginarias prefiere estar con su padre, demostrando mayor apego a la abuela materna que al padre, situando a su madre fuera de sus preferencias y afirmando que desea vivir con su padre, que su madre volviese de Bilbao y volver a su colegio, no obstante, como informa el Ministerio Fiscal, esas afirmaciones no pueden ser determinantes de un cambio en la guarda y custodia pues la emite un menor de siete años que se traslada de residencia con los cambios que ello conlleva, y no lo beneficiaría un nuevo cambio de residencia tras diez meses como mínimo de estancia en Bilbao.

Ante el conflicto planteado en esta litis ha de recordarse que la prueba pericial se acuerda cuando para conocer o apreciar algún hecho de influencia en el pleito sean necesarios o convenientes conocimientos científicos, artísticos o prácticos (artículo 335 LEC), confiándose así en una persona que tiene determinados conocimientos la labor de ilustrar sobre determinados hechos que el Tribunal no puede apreciar por sí al carecer de esos conocimientos técnicos. En la presente litis, tal como se ha indicado, se acordó la práctica de pericial psicológica por perito judicial que realiza las entrevistas con el menor y sus progenitores transcurridos unos siete meses desde el traslado a Bilbao y muy próximo a cumplir los siete años, emitiendo informe el 16 abril 2009 en el que afirma que, teniendo el menor una inteligencia medio-alta y alta y elevada inteligencia fluida, es claro su deseo: vivir con su padre, que su madre vuelva de Bilbao y regresar al colegio en el que estaba en Torremolinos, concluyendo el perito, tras un análisis de todas las circunstancias y valorando las relaciones que el menor mantiene con el padre, con la madre, con el compañero sentimental de ésta y con otros familiares, que se considera más positiva para el menor la alternativa de custodia paterna.

En la Sentencia 941/2002 esta Sala afirma, en un caso similar al presente: «si bien todo cambio puede resultar traumático para la perso-

na que lo sufre, sin que ni siquiera sea necesario la opinión de un perito psicólogo para entender que el cambio de residencia de un menor le cause trastornos de adaptación, ello no justifica ni hace conveniente que el menor cese de estar bajo la guardia y custodia de la madre tal como se interesa en la demanda, ya que lo que no se puede evitar es que la vida de los menores dependa de los distintos avatares, cambios y circunstancias de la vida de sus padres, significando el principio de *favor filii* el actuar siempre en beneficio del menor pero entendiendo ello siempre dentro de las circunstancias que en cada momento rijan en la familia o persona que lo tenga a su cargo; esto es, sin que por esta Sala se ponga en duda que el cambio de residencia del menor le va a causar una desestabilización emocional hasta que se adapte al nuevo país, no es de recibo pretender obligar a la madre a que condicione hasta ese punto su vida y la del menor para evitarle a éste los trastornos del cambio, al cual está expuesto en mayor o menor medida cualquier persona desde que nace y a lo largo de toda su vida. Además de ello, olvida la parte que plantea el cambio en el régimen de guarda y custodia del menor que tampoco hace falta el informe de un perito psicólogo para entender que el mayor cambio y más traumático que puede sufrir un niño es el que se refiere a la persona con la que convive desde su nacimiento, por ello, incluso desde el mismo punto de vista utilizado por el demandante recurrente de evitar todo cambio al niño, siempre será más beneficioso para el mismo, aunque sea en otro país, permanecer con su madre, que lo ha tenido y cuidado desde que nació, que cambiar de progenitor con el que vivir en el mismo país que hasta ahora ha sido su residencia. En todas estas consideraciones tampoco puede obviarse, por la influencia que tiene en la resolución de la cuestión litigiosa, que el menor es hijo de una súbdita noruega y que en España ha estado asistiendo a un colegio noruego, por lo se atenúa el trauma que le pueda causar al menor el cambio de residencia ya que, además de ser un país de nuestro mismo ámbito cultural, no le es ajeno su idioma, sus costumbres e idiosincrasia...». La aplicación de esta doctrina, reiterada en otras resoluciones, al presente caso conllevaría la confirmación de la sentencia sin mayores argumentos. No obstante, en el caso de

litis la cuestión se complica cuando es el propio menor el que reitera que su deseo es el de vivir con su padre donde siempre ha vivido, pues es también doctrina de esta Sala (más reiterada que la anterior, entre otras la núm. 245/2008, resolviendo un caso también muy similar al presente) la que indica: «no todo parecer o deseo de un menor de edad puede calificarse de capricho, y que como tal, no merece ser atendido, criterio que también se recoge, en nuestras normas positivas (citados artículos 92.2 CC, 777.5 LEC, 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño), sino que la voluntad de los menores ha de ser respetada y constituye un cambio de circunstancias que justifica el cambio de medida solicitada en la demanda, [...], y de éstas pruebas no puede calificarse la voluntad de los menores de un simple capricho cuya acogida pudiera perjudicarle sino que, por el contrario, se manifiesta esa voluntad de una forma tan lógica y seria, que supondría una infracción al ya expuesto principio *favor filii* obligar a los niños a vivir en otro país distinto a España, para cuyo cambio tan radical no sólo no se le pidió opinión sino que se le dio ya como hecho consumado..., procediendo por ello la confirmación de la sentencia recurrida».

En el caso de litis el menor se pronuncia con rotundidad y madurez en el sentido de que su deseo es vivir con su padre, a ello se unen las circunstancias acreditadas de la exclusiva dedicación del padre al niño desde su nacimiento, del apego que tiene el niño, no ya sólo a su padre, sino principalmente a su abuela materna que reside, al igual que toda la familia, en la provincia de Málaga, a que no se siente muy unido a la madre y a que, a pesar de un largo período de convivencia y la corta edad del menor, el compañero sentimental de la madre no ha logrado crear vínculo afectivo alguno con el niño, siendo la persona que junto a la madre más convive con el menor. Estas circunstancias hacen que se estime la modificación de la guarda y custodia del menor otorgándose al padre, apreciándose errónea la fundamentación de la sentencia de instancia al desestimar dicha pretensión pues, por una parte, si bien es cierto la cláusula que contiene el convenio regulador sobre que un posible cambio de domicilio conllevaba sólo un cambio del régimen de visitas, lo cierto es que la documental aportada por la

propia demandada acredita que dicho cambio no se había planteado en ese momento sino en otro posterior, a partir de mayo de 2008, y, en todo caso, el reiterado principio *favor filii* es suficiente para modificar dicha cláusula pactada entre los progenitores sin haber oído al menor, y así lo reconoce la propia sentencia al razonar que el cambio de residencia sólo acarrearía modificación de la guarda y custodia si este cambio le incide perjudicialmente al menor; en segundo lugar, no se trata de que el cambio le incida negativamente al menor sino de valorar cuál sea lo más favorable para el mismo, y, como ya se ha indicado, el informe emitido por el perito judicial psicólogo es claro en cuál sea esa solución más beneficiosa, y en tercer lugar, no encuentra apoyo alguno la afirmación (que recoge de la realizada por el Ministerio Fiscal) en el sentido de que al menor no le beneficiaría un nuevo cambio de residencia, pues si ése es su deseo, y lo expone con seriedad, parece que sí redundaría en su felicidad y tranquilidad, sin duda alguna, mucho más que mantenerlo contra su voluntad en las actuales condiciones. Esta Sala, por el contrario, considera que siendo indudable que un cambio de residencia de la madre y el menor de la provincia de Málaga a Bilbao constituye un cambio sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en la anterior sentencia de separación que, aprobando convenio regulador, otorgaba la guarda y custodia del hijo a la madre, la finalidad de este procedimiento es única y exclusivamente determinar si por el bien del menor es conveniente el cambio de progenitor que tenga su guarda y custodia tras esa alteración de las circunstancias, sin que el cambio que se acuerda en esta sentencia constituya una retirada de la guarda y custodia del menor a la madre porque ésta no sea apta para su cuidado, pues el objeto de este procedimiento no es el de enjuiciar a los progenitores o a cualquiera de ellos sobre el cumplimiento o no de sus obligaciones paterno-filiales, sino que, al estar separados los progenitores, debe tomarse la decisión de con cuál de ellos queda el menor según lo que se aprecie que sea más beneficioso para el mismo, lo que conlleva que ha de elegirse entre los dos cuál permanecerá con la guarda y custodia pero sin que ello implique que el no custodio tenga incapacidad *per se* para ostentar tal medida.

El hecho de que la madre pueda consumir cannabis no sería determinante para otorgar la guarda y custodia de los menores al padre, pues dicho consumo no es incompatible con que aquélla sea el progenitor idóneo para la guarda y custodia de los menores, pues lo determinante no es el consumo de sustancias estupefacientes sino si ese consumo puede incidir negativamente en los deberes que implica la guarda de los menores.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 22 de junio de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª Soledad Jurado Rodríguez**

En relación al fondo del asunto, se reitera que el denominado informe social no es un dictamen pericial al recoger simplemente la versión sobre los hechos de la madre de los menores, sin que se haya entrevistado a la menor, y sin que se cumplan los requisitos de los artículos 340.3 y 335.2 LEC; en segundo lugar se alega que ha quedado acreditado que la madre no es la progenitora idónea para tener la guarda y custodia de los hijos al tener unas relaciones pésimas con la hija, a la que maltrata, fumar hachís en el hogar y llevar una vida desordenada, habiendo prescindido el Juzgador de instancia del resultado de la exploración de la menor. Dice en su preámbulo la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que los niños necesitan protección y cuidados especiales, deben crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, y ha de ser educado en el espíritu de los ideales de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad. En todas las medidas que les conciernan, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos atenderán, como consideración primordial, al interés superior del niño. En nuestro derecho interno, el artículo 39.4 de la Constitución manifiesta que «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos», y los artículos 90 y siguientes del Código Civil parten del principio esencial de que «Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos», criterio este que se consolida y desarrolla en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Desde esa perspectiva que enmarca todo el Derecho

interno y el Derecho internacional, se hace necesario mantener como principio de la actuación judicial la obtención del superior interés del niño, y en esta línea de *favor filii*, está claro que para decidir sobre el régimen de custodia, como para decidir sobre todos los demás aspectos, ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, teniéndose en cuenta que el artículo 92 del Código Civil establece que las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, siendo ésta la única norma a la que ha de atenderse a la hora de atribuir la custodia a uno u otro progenitor, constituyendo ya criterio de esta Sala que no todo parecer o deseo de un menor de edad puede calificarse de capricho, y que como tal, no merece ser atendido, criterio que también se recoge en nuestras normas positivas cuando el artículo 92.2 del Código Civil impone al Juez la obligación de velar por el cumplimiento del derecho de los niños a ser oídos antes de adoptar cualquier medida sobre su custodia, cuidado y educación, y en el mismo sentido se pronuncia el artículo 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, preceptos que no hacen más que recoger los principios de la citada Convención sobre los Derechos del Niño en cuyo artículo 12 no sólo dispone el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, sino que también se proclama que deben tenerse en cuenta las opiniones del niño, y que con ese fin se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte. No obstante, en este caso, a pesar de que en la exploración de Lorena el 17 de diciembre de 2008 (contando 12 años), la menor afirma su voluntad de vivir con su padre, también en las actuaciones consta (informe social para cuya elaboración fue entrevistada la

menor) que el 20 febrero 2009 ya había cambiado de opinión, de tal forma que si en el momento de la exploración vivía una semana con el padre y otra con la madre, a partir de enero de 2009 volvió a vivir voluntariamente sólo en la casa materna (cambio este al que el recurrente no hace ni referencia), por eso, quizás por los desequilibrios emocionales propios de esa edad, lo cierto es que en las actuaciones practicadas no ha quedado acreditado que la menor expresara ante el Juzgado su voluntad de vivir con su padre con un grado de madurez suficiente y de una forma reflexiva y seria, máxime cuando lo entremezcla con una ácida crítica hacia su madre, de ahí que proceda la atribución de la guarda y custodia de los menores a la madre, además de que si bien el padre también solicita la guarda y custodia de David, lo cierto es que el debate en su totalidad ha girado sobre cuál sea la voluntad de la hija mayor respecto al progenitor que ha de tener su guarda y custodia, sin investigar cuál sea el deseo o conveniencia del hijo menor. En relación al resto de alegaciones recurrentes, el hecho de que la madre pueda consumir cannabis, no sería determinante para otorgar la guarda y custodia de los menores al padre pues dicho consumo no es incompatible con que la madre sea el progenitor idóneo para la guarda y custodia de los menores, pues lo determinante no es el consumo de sustancias estupefacientes sino si ese consumo puede incidir negativamente en los

deberes que implica la guarda de los menores, y respecto de este último hecho no sólo no se ha aportado prueba alguna sino que ni tan siquiera se ha alegado, por el contrario, en el propio escrito de contestación a la demanda se solicita para el padre la guarda y custodia de los menores condicionado a que no se llegue a un acuerdo con la madre, postura esta que contradice lo afirmado ahora en el recurso pues si el padre piensa que esa sola adicción perjudica a los hijos, no se entiende como condiciona a otros acuerdos la guarda y custodia de los mismos. Es cierto que resultan incluso alarmantes las manifestaciones de la menor respecto a los malos tratos que le infiere su madre, no obstante, esta conducta materna agresiva hacia la hija debe haberse resuelto si ha sido efectiva la mediación familiar a la que acuden madre e hija desde enero de 2009, debiendo subrayarse que en todo caso la medida acordada es susceptible de modificación pues el ejercicio de la guarda y custodia está supeditado al reiterado principio del interés del menor, en consecuencia, no se trata de una medida rígida sino que en su establecimiento habrá de tenerse en cuenta más que en ningún otro caso de los sometidos a los Tribunales, las circunstancias que concurran de tal forma que si en su caso el trato de la madre a la menor no fuera el adecuado se podrán ejercitar las acciones que correspondan a fin de no someter a la hija a un trato denigrante por parte de su madre.

RÉGIMEN DE VISITAS

El establecimiento de un día entre semana dentro del régimen de visitas a favor del padre perjudica el interés de la menor y además se trata de una medida que no ha sido solicitada por ninguna de las partes. Dicha medida perturba y afecta negativamente la actividad escolar de la hija del matrimonio, toda vez que asiste a actividades extraescolares varias tardes a la semana y precisamente una de ellas es la del miércoles con lo que tendría que dejar de asistir a dichas actividades para estar en compañía de su padre.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de julio de 2010

Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Teresa Vázquez Pizarro

Contra la sentencia de instancia que acuerda la disolución del matrimonio de las partes estableciendo entre otras medidas el régimen de visitas

en virtud del cual el demandado D. Joaquín podrá comunicarse con la hija común y la pensión de alimentos que aquél deberá pagar a la menor,

se alza la parte actora D.^a Gloria alegando la infracción de los artículos 91, 94, 103, 146 y 147 del Código Civil.

En relación al régimen de visitas, la sentencia establece que se ejercerá los fines de semana alternos desde las 20,00 horas del viernes hasta las 20,00 horas del domingo, así como las tardes de los miércoles de 17,00 a 20,00 horas, y la mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa, Navidad y verano, eligiendo los años impares la madre y los pares el padre, efectuándose las entregas y recogidas de la menor en el domicilio materno. La madre considera que el establecimiento de un día entre semana dentro del régimen de visitas a favor del padre, perjudica el interés de la menor y además se trata de una medida que no ha sido solicitada por ninguna de las partes. Dicha medida perturba y afecta negativamente la actividad escolar de la hija del matrimonio, toda vez que asiste a actividades extraescolares varias tardes a la semana y precisamente una de ellas es la del miércoles con lo que tendría que dejar de asistir a dichas actividades para estar en compañía de su padre. Además, la sentencia no justifica la ampliación

del régimen de visitas establecido en el Auto de medidas provisionales y la adopción de una medida que no se había solicitado.

Centrada la cuestión discutida en esta alzada, debemos señalar que en relación a la impugnación formulada respecto del régimen de visitas, al establecerse en la sentencia de instancia que el padre podría estar en compañía de la menor los miércoles de 17,00 a 20,00 horas, no pueden aceptarse los motivos invocados por la madre para la modificación de la medida. El régimen de visitas deberá desarrollarse sin impedir o dificultar la educación de la menor, de manera que si ésta tiene actividades extraescolares, deberá adaptarse al horario de las mismas, pero ello no impide que se establezca con carácter general y teniendo en cuenta que el padre en la contestación a la demanda solicitó que se fijara un régimen de visitas lo más flexible posible, para que cuando pueda ejercerse se ajuste a lo dispuesto en la sentencia. Además, la apelante no justifica la realidad de sus alegaciones, esto es, no ha aportado prueba alguna que acredite que la menor realiza actividades extraescolares ni cuál es su horario.

El régimen de visitas del padre con su hija menor queda suspendido hasta tanto aquél no se encuentre en condiciones de demostrar que ha iniciado un tratamiento de deshabituación con visos de avances efectivos en el alcoholismo que padece.

AP Asturias, Sec. 1.^a, Sentencia de 9 de julio de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro**

Se alza la apelante D.^a Paulina contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Pola de Siero en el Procedimiento de Divorcio Contencioso 697/2008, alegando en el recurso que la Sentencia viene a establecer un régimen de visitas de padre D. Teodoro con su hija menor condicionado a que este último acuda sobrio a las citas, siendo así que la adicción del demandado al alcohol está lejos de ser superada, a todo lo cual se une el hecho de las amenazas dirigidas por este último a D.^a Paulina por cuyo motivo se encuentran abiertas diligencias penales, así como la circunstancia expresada por la propia menor ante el equipo psicossocial de

sus reticencias a relacionarse con su padre en este momento.

Los antecedentes para la solución del presente recurso pueden extraerse del contenido del informe elaborado por el equipo psicossocial en el que se expone cómo el demandado D. Teodoro, de 40 años de edad, viene presentando, además de otros hábitos tóxicos como el consumo reiterado de «porros», un consumo adictivo de alcohol de larga evolución, abuso que las autoras del informe destacan señalando como detalle significativo que el hedor alcohólico que presentaba en la entrevista revela que aquel hábito es incluso superior al que D. Teodoro está dispues-

to a admitir. Se añade en el dictamen que por su personalidad inmadura y pasiva tiende a negar la gravedad de sus problemas, a atribuir a otros la responsabilidad de los mismos sin aceptar la que a él le incumbe, por lo que es poco receptivo a la psicoterapia. En cuanto a la actitud de la menor Xudí, de 10 años de edad en la actualidad, hacia su padre, el informe se ocupa de describir la evolución que ha experimentado. Así, la situación inicial en la que la niña tenía buena vinculación afectiva con este último, quería verlo y relacionarse con él, se vio truncada cuando presencié cómo su padre amenazaba a su madre con una pistola—hechos que dieron lugar a la incoación de la correspondiente causa penal y al dictado con fecha 19 septiembre 2008 de una medida de alejamiento—relatando que ahora está enfadada con su padre, le responsabiliza de lo sucedido y considera que su padre no se merece que ella vaya a verlo, pues le molesta especialmente que no deje de beber, detallando además las malas experiencias que de ello se han derivado hacia su madre y hacia la propia menor.

El escenario así descrito se aviene mal con la imposición a la hija menor de edad de un régimen de visitas no deseado por ella en tanto no cese la dependencia alcohólica de su padre, máxime ante lo traumático de las situaciones vividas por la niña y desencadenadas precisamente por este hábito. No se trata por tanto de privar a ésta de las relaciones con su progeni-

tor de manera indefinida, pues ello resultaría contrario al derecho a la comunicación entre el progenitor y sus hijos no convivientes, derecho que se integra como propio de la personalidad, pues, como señala la STS 30 abril 1991, las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural. Lo relevante es que tales relaciones se encuentran subordinadas exclusivamente al superior interés y beneficio del hijo, lo que hace exigible en el caso presente que se desenvuelvan en un ámbito de normalidad afectiva. Para ello resulta condicionante imprescindible la superación, o al menos la evolución hacia una significativa mejoría, del alcoholismo que viene padeciendo D. Teodoro, exigencia que además puede contribuir como estímulo que le empuje a una más rápida superación del estado en que se encuentra. Por ello, una vez que D. Teodoro se encuentre en condiciones de poder demostrar que ha iniciado un tratamiento de deshabitación con visos de avances efectivos podrá solicitar el restablecimiento del régimen de visitas con su hija, visitas que hasta entonces deberán quedar suspendidas. Las razones apuntadas conducen consecuentemente al éxito del recurso que deberá ser acogido en los términos señalados, todo ello sin realizar expresa imposición de las costas causadas en esta alzada habida cuenta de la especial naturaleza de la materia objeto de discusión (artículo 398 LEC).

Se fija un régimen de visitas a favor del menor adoptado por su compañero sentimental pues durante más de tres años ha convivido con el menor, ocupándose de su cuidado y atención tanto en su vida cotidiana como en las etapas de ocio que han disfrutado juntos sin la compañía del padre de aquél.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 5 de julio de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

Mediante la demanda rectora del procedimiento que, por vía del presente recurso, se somete a nuestra consideración, el Sr. Claudio interesa que judicialmente se regule un régimen de comunicaciones y estancias a favor del mismo con el menor Balbino, hijo adoptivo del demandado D. Hipólito, alegando, en síntesis, que aunque la relación de pareja existente entre los litigantes

había entrado en crisis cuando el menor llegó a España, en el mes de abril de 2004, aquéllos siguieron residiendo en el mismo domicilio, compartiendo la educación y cuidado de Balbino, quien ha tenido al demandante como referente parental, guardando con el mismo, al igual que con el demandado, la relación propia de un hijo con su progenitor, haciéndose extensivas las re-

laciones a la familia del actor. Y se añade que tal situación queda rota a partir del mes de agosto de 2007, en que don Hipólito sale de la vivienda con el hijo, impidiendo desde entonces al demandante cualquier tipo de relación con el menor.

La Sentencia que pone fin al procedimiento en la instancia desestima la referida demanda, lo que determina que D. Claudio se alce contra dicho criterio decisorio, solicitando de la Sala el acogimiento de la pretensión articulada.

Postura que encuentra la frontal oposición de la contraparte y del Ministerio Fiscal, en súplica de íntegra confirmación de la resolución impugnada.

La problemática en tal modo suscitada ha de ser examinada a la luz de la doctrina emanada del artículo 160 del Código Civil que, en su párrafo segundo dispone que no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados. Añadiendo, en el último párrafo de dicho precepto, que, en caso de oposición, el Juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias.

No existiendo en el caso que examinamos vínculo alguno de parentesco legal entre el Sr. Claudio y el menor, en cuanto éste fue adoptado únicamente por D. Hipólito, se suscita, en el planteamiento efectuado ante la Sala por la dirección Letrada de dicho demandado, un primer obstáculo de índole procesal en orden al examen y resolución de fondo de la cuestión suscitada, y que afecta a la legitimación del demandante, ya que se niega que el mismo tenga la condición de allegado, calificándolo como un mero cuidador y, por ende, no amparado por las previsiones del referido artículo 160 CC y, en consecuencia, tampoco por las del artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pero es lo cierto que, en el curso del procedimiento, ha quedado acreditado que, sin perjuicio de la mayor o menor colaboración de D. Claudio en el proceso de adopción llevado a efecto por el demandado, se mantiene, desde que Balbino llega a España en el mes de abril 2004, la cohabitación de los tres bajo el mismo techo, implicándose el actor en el cuidado del niño, y ello en la medida que permitió don Hipólito, pues, conforme se expone en el informe pericial emitido en

esta segunda instancia, si bien D. Claudio mostró deseos de colaborar en la educación del niño, el demandado se lo impidió por temor a que su rol de padre fuese torpedeado. Sin embargo, y como también se expone en dicho informe, y así ha quedado corroborado por los demás medios probatorios incorporados a las actuaciones, durante dicha convivencia, prolongada hasta julio o agosto del año 2007, no obstante la ruptura de la relación de pareja de los litigantes, ha primado el respeto entre ellos, que han favorecido un clima afectivo y de confianza para el desarrollo de Balbino. Consta igualmente demostrado que, durante las ausencias, por razones laborales o de otra índole, del padre adoptivo, era don Claudio quien asumía la protección y cuidado del menor, en modo tal que cotidianamente se encargaba de levantarlo, vestirle, darle el desayuno y llevarle al colegio, compartiendo además con el mismo períodos vacacionales que no podían ser cubiertos por el padre quien, durante dicha situación, mostró su plena confianza en la delegación, si bien parcial, de tales funciones parentales.

En el informe emitido en la instancia por el Equipo Técnico adscrito al Tribunal Superior de Justicia, tras entrevistar tan sólo al menor y la práctica de las oportunas pruebas diagnósticas, se concluye afirmando que, durante la citada convivencia, ha existido una relación afectiva estrecha entre don Claudio y Balbino, lo que corroboran los Peritos en la ratificación llevada a efecto ante la Juzgadora *a quo*, en cuyo acto llegan a afirmar que sería «buenísimo» que el niño viera a D. Claudio, lo que, sin embargo, y de modo absolutamente incoherente y contradictorio, acaban por desaconsejar, ante la situación de conflicto existente entre ambos litigantes, considerando que sería perjudicial para el menor imponerle un régimen de visitas, debiendo ser D. Hipólito quien, como padre, tome una decisión al respecto, con lo que parecen olvidar los informantes que la intervención judicial, al igual que en otros muchos conflictos, surge precisamente ante la oposición a dichas relaciones del padre adoptivo.

Los testigos que deponen a instancias del actor refieren los estrechos vínculos afectivos que le unían al niño, hasta el punto de que éste, cuando no estaba en presencia de D. Hipólito, a veces llamaba papá al demandante.

Como se ha expuesto, Balbino ha comparido períodos vacacionales fuera del domicilio familiar con D. Claudio, en momentos en que el demandado no podía ocuparse de su hijo por razones de trabajo.

Aunque el correspondiente documento notarial no figura unido a las actuaciones elevadas a nuestra consideración, ambas partes reconocen, en sus respectivos escritos de interposición del recurso y oposición al mismo, que D. Claudio otorgó testamento, en el que nombra heredero a Balbino, en fecha 5 de junio de 2007, esto es en una época en que todavía se mantenía la cohabitación de los litigantes bajo el mismo techo, por lo que, al contrario de lo que se expone por la dirección Letrada del apelado, tal conducta y decisión no puede calificarse de sibilina o torticera, sino como una evidencia más de las estrechas relaciones existentes entre D. Claudio y el menor.

Ello sentado y no existiendo una definición legal de la figura del «allegado» al que se refiere el antedicho artículo 160 CC, habremos de acudir al Diccionario de la Real Academia, conforme al cual dicho calificativo, que se usa también como sustantivo, es «dicho de una o más personas respecto de otra u otras, cercano o próximo en parentesco, amistad, trato o confianza».

No puede, por lo expuesto, negarse legitimación al fin debatido a quien, durante más de tres años, ha convivido con el menor, ocupándose de su cuidado y atención tanto en su vida cotidiana, como en las etapas de ocio, que han disfrutado juntos sin la compañía del padre de aquél.

Tales atenciones y desvelos no han obedecido a condicionantes económicos o de otra índole similar, sino a la estrecha y desinteresada relación constituida entre el menor y el demandante, lo que excluye la condición del mismo como un mero cuidador, elevándolo, de modo indubitado, a la categoría de allegado, a los fines contemplados en el repetido precepto, lo que determina su plena legitimación para el ejercicio de la acción entablada.

Superada pues la excepción opuesta por el demandado, queda tan sólo por examinar, en cumplimiento de las repetidas previsiones legales, si concurre en el presente supuesto justa causa que deba determinar la exclusión de las relaciones personales del menor con el demandante.

Tal precepto ha de ponerse en necesaria conexión con aquellas otras normas, de carácter supranacional o interno, que regulan las medidas, judiciales o administrativas, afectantes a un menor de edad, en todas las cuales se dispone que habrá de atenderse el interés superior del niño. Así lo sancionan, entre otros muchos preceptos, el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 30 de noviembre de 1989 y, a nivel de la legalidad patria, los artículos 39 de la Constitución y 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Proclaman estos últimos, como criterio de actuación judicial o administrativa al respecto, la prioridad del interés del menor sobre cualquier otro, aun perfectamente legítimo, que pudiera concurrir.

En el supuesto analizado, y como anteriormente se ha razonado, a salvo de las distancias levantadas por don Hipólito, a consecuencia de su temor de ver suplantado o compartido su rol de padre, las relaciones entre el menor y el demandante se han desarrollado en un clima de verdadero afecto entre ambos, y, además, bajo la confianza de dicho progenitor, quien no ha mostrado inconveniente alguno, sino todo lo contrario, en delegar parte de los cuidados de Balbino en D. Claudio, no sólo en su rutina cotidiana durante los períodos lectivos, sino también en etapas vacacionales, disfrutadas por aquéllos sin la presencia del citado demandado.

Tal situación de plena normalidad y confianza, no obstante la quiebra de la relación de pareja de los litigantes acaecida antes de constituirse la adopción, se rompe, de modo sorpresivo, una vez que cesa su cohabitación bajo el mismo techo, sin que el ahora apelado exponga a la consideración judicial motivos de suficiente entidad para privar al menor de una relación que, hasta entonces había sido positiva y beneficiosa para el mismo.

En efecto, los intentos de don Claudio por acercarse al menor no pueden, a la vista de los referidos antecedentes, reputarse, por sí solos, perjudiciales para el referido sujeto infantil que, al contrario de lo que aventura la dirección Letrada D. Hipólito, no muestra en el fondo, según se expone en el informe pericial realizado en esta segunda instancia, rechazo alguno a D. Claudio, ya que tan sólo exterioriza, por razones de lealtad

hacia su padre, la postura del mismo, hasta el punto de sentir como algo perturbador encontrarse con el demandante, respecto del que, no obstante haber transcurrido tres años de incomunicación, continúa manteniendo afecto y deseos latentes de seguir manteniendo su relación con el mismo.

De ello se infiere claramente que las posibles tensiones que al menor pueda crear la relación con D. Claudio, según alega la dirección Letrada del apelado en la vista del recurso, como otra de las causas que aconsejarían el rechazo de la pretensión deducida, tan sólo a la conducta irresponsable de este último litigante serían imputables, al hacer partícipe a Balbino de un rencor y resentimiento hacia D. Claudio que aquél no ha sentido en el curso de la convivencia pasada, en la que se establecieron estrechos vínculos de afectividad entre ambos.

Por todo lo cual hemos de concluir que, a salvo del injustificado, y negativo para el menor, empecinamiento del demandado, no concurren motivos de entidad suficiente que hayan de determinar la exclusión de unas relaciones que, en bien del menor, no debieron quedar interrumpidas durante tan largo tiempo, habiendo ambos litigantes de esforzarse en el futuro, en consideración al bienestar del niño, en mantener de cara al mismo un entorno de cordialidad o, al menos, de respeto mutuo, sin hacerle partícipe de sus propios resentimientos o frustraciones.

En lo que concierne a la extensión de tales contactos, y tratándose, como en el caso, de un allegado, que no de un progenitor, no procede acoger la pretensión del recurrente en los términos que el mismo propugna en su escrito rector del procedimiento, debiendo estarse, conforme se especificará, al sistema recomendado por las Peritos que han emitido el informe incorporado al rollo de la Sala.

El Sr. Claudio podrá visitar y tener consigo al menor Balbino en la forma y tiempo que libremente convenga con D. Hipólito y, en su defecto, el segundo domingo de cada mes, desde las 11 a las 20 horas, debiendo realizarse las entregas y recogidas a través del Punto de Encuentro Familiar más próximo al domicilio de ambos. Dichas comunicaciones quedarán interrumpidas tan sólo durante las vacaciones laborales de verano del demandado, siempre que el mismo haya de ausentarse, con el menor, fuera de su residencia habitual, compensándose ello con el cuarto domingo del mes siguiente, en que Balbino habrá de permanecer con el hoy apelante, en las condiciones antedichas.

Transcurridos ocho meses desde el inicio de tales contactos, el Equipo Psicosocial que ha emitido el informe unido al rollo de la Sala, procederá a valorar nuevamente la situación, sobre cuya base el Órgano *a quo* habrá de adoptar las medidas más convenientes para el menor.

VIVIENDA FAMILIAR

La plaza de garaje y trastero son complementos de la vivienda familiar que proporcionan utilidad y comodidad, dada la facilidad de acceso desde la vivienda a los elementos citados, a la madre y a la hija, por lo que deben incluirse dentro de la atribución del uso que se ha otorgado a éstas.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 22 de julio de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés**

Es incontrovertido la atribución de uso de la vivienda familiar a la hija y a la madre en virtud del artículo 96 del CC y dicha atribución debe extenderse a la plaza de garaje y trastero en cuanto elementos, dada su proximidad, afectos al uso de los moradores de la vivienda. Es cierto

que la plaza de garaje y trastero son fincas registrales independientes de la vivienda familiar, tal como queda acreditado con las notas simples registrales que obran del folio 62 al 70 ambos inclusive, pero ello no es obstáculo para la atribución de uso a favor de la demandante, pues lo

que es determinante es que son elementos útiles para el desarrollo normal y habitual de la vida familiar, debiendo destacarse en este punto que en la nota registral que obra a los folios 63 y 64 consta que la vivienda familiar tiene como uso asociado el trastero que nos ocupa. La plaza de garaje y trastero son complementos de la vivienda familiar que proporcionan utilidad y comodidad, dada la facilidad de acceso desde la vivienda a los elementos citados, a la madre y a la hija, utilidad que difícilmente puede obtener el demandado dada la distancia que existe desde el lugar donde reside hasta la ubicación del garaje y del trastero, debiendo destacarse además que el uso del vehículo familiar hasta la venta

del mismo se atribuyó a la madre. En base a lo expuesto debe revocarse la sentencia en el sentido de que procede atribuir el uso de la plaza de garaje y el trastero a la demandante. La plaza de garaje y trastero es propiedad de los padres del demandado, tal como consta en las notas registrales acompañadas con la contestación y se admite expresamente en el recurso de apelación (folio 220), pero en esta litis no pueden tomarse en consideración factores ajenos a los propios cónyuges, cuales pudieran ser los derechos de los titulares dominicales de la plaza de garaje y trastero, en cuanto los mismos no quedarán afectados por lo que se acuerde en esta sentencia que despliega su eficacia únicamente entre partes.

La convivencia entre el demandado y una tercera persona en la vivienda familiar, por sí sola, no constituye una circunstancia sobrevenida que conlleve una alteración sustancial en la necesidad de vivienda de los hijos cuyo interés se protege con la atribución de su uso y disfrute, máxime cuando, en el caso que nos ocupa, el hijo menor manifiesta en la audiencia que su padre les consultó previamente sobre la convivencia con esa persona, manifestando que no tenían inconveniente; que la convivencia es buena y que se llevan todos muy bien.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de julio de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Bote Saavedra**

En el escrito inicial del procedimiento se promovió modificación de medidas acordadas en anterior sentencia respecto al uso y disfrute de la vivienda conyugal, solicitando la extinción de la atribución del uso a favor de los hijos y del padre; pretensión que fue desestimada en la sentencia de instancia, y disconforme la parte demandante, se alza el recurso de apelación alegando en síntesis, los siguientes motivos:

1.º) Infracción del artículo 91 del Código Civil. Dice que el motivo del procedimiento reside en que el demandado, D. Ramón, está conviviendo maritalmente con su actual compañera sentimental, D.ª Custodia, desde el mes de julio de 2009, en el domicilio familiar sito en la CALLE000 núm. NÚM000, NÚM001 NÚM002, de Cáceres, cuyo uso se atribuyó a los hijos de la actora y a su ex marido durante el período en que éste ostente la guarda y custodia de sus hijos.

Como se reconoce en la sentencia recurrida, los hechos prácticamente no se discuten, pues el demandado admite que desde el verano

pasado D.ª Custodia convive con él y con dos de sus hijos en el domicilio familiar. La actual pareja de D. Ramón tiene dos hijos de un anterior matrimonio, uno de los cuales vive con el padre y el otro, Jorge estudia en Don Benito y convive con su madre y pareja del demandado los fines de semana. Así mismo, se dice por el Juzgador de instancia que la cláusula del Convenio Regulador de la separación de mutuo acuerdo, seguida en el proceso núm. 516/2002, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Cáceres, estuvo vigente en su día, pero que hoy no lo está.

Según dicha cláusula se atribuía a la actora y sus dos hijos, Julio Luis e Ignacio el uso de la vivienda familiar sita en esta ciudad, que ya venía disfrutando durante el matrimonio. También se establecía que el domicilio familiar cesará como tal cuando ambos hijos (Julio Luis e Ignacio) se emancipen o bien gocen de independencia económica, es decir, que tengan un trabajo remunerado por cuenta propia o bien ajena. En

todo caso se establece como límite de tiempo cuando el menor de los hijos, Ignacio, cumpla la edad de 26 años, es decir el día 11 de febrero de 2020, momento a partir del cual el domicilio dejará de ser familiar y podrá ser vendido a instancia de cualquiera de los propietarios.

Finalmente, se acordó por las partes, que igualmente dejará de tener la vivienda la condición de domicilio familiar si la actora mantuviera en el futuro una relación sentimental estable y el compañero hiciera uso habitual de la vivienda estando los hijos en ella, entendiéndose que a partir de ese momento, teniendo en cuenta que se hace uso de la vivienda por un tercero ajeno a la familia, el domicilio familiar pierde su condición de tal y se puede instar la venta del mismo por cualquiera de los propietarios.

No obstante, alega la recurrente que el motivo fundamental de la pretensión no ha sido tanto el hecho de tratar de que se aplicase dicha cláusula, que no está vigente, al demandado, como el hecho de que se declarase probada la convivencia de la compañera sentimental del demandado en el domicilio familiar, y que tal convivencia suponía una modificación sustancial de las circunstancias que, en su día, se tuvieron en cuenta a la hora de adoptar la medida de atribución del uso del domicilio familiar, toda vez, que en la actualidad se estaba beneficiando una tercera persona ajena al núcleo familiar de la vivienda, cuyo uso atribuyó el juez, exclusivamente, a los hijos y al ex marido.

Por tanto, lo que somete a la consideración de la Audiencia Provincial, con este recurso, es si el hecho probado de la convivencia de la compañera sentimental del demandado, D.^a Custodia, en el domicilio familiar, supone una modificación sustancial de las circunstancias que, en su día, se tuvieron en cuenta a la hora de atribuir la vivienda familiar a los hijos y al progenitor custodio, análisis que no se ha realizado en la sentencia apelada. Se plantea en este caso qué repercusiones o efectos debe producir sobre el Derecho de uso atribuido a los hijos y al progenitor o cónyuge custodio, la circunstancia sobrevenida de la convivencia *more uxorio* en la vivienda familiar de este/a último/a con una tercera persona, según que el inmueble sea común o privativo del no custodio, admitiendo que la respuesta de las Audiencias Provinciales es dispar, aunque la re-

currente sostiene que la respuesta jurídica a esa nueva situación debe ser la extinción del derecho de uso.

Admite que el mayor interés digno de protección en este momento recaería, desde luego, en el hijo menor, Ignacio, de 16 años de edad, y en el caso que fuese estimada la pretensión actora, no supondría ningún tipo de desprotección para ninguno de los hijos pues, hasta tanto no se procediera a la venta del piso, los hijos convivirían junto con el progenitor custodio en el domicilio familiar. Además, con el producto obtenido por la venta del piso, el progenitor custodio podría hacer frente a la compra de una vivienda de su propiedad donde convivir con la nueva familia.

2.º) Infracción del artículo 394 LEC, pues la sentencia recurrida condena en costas a la parte actora, cuando según reiterado criterio de la Audiencia Provincial de Cáceres las costas en estos procedimientos no se imponen a ninguna de las partes dada la naturaleza del procedimiento, y que las costas devengadas en los procesos matrimoniales, no deben imponerse particularmente a ninguna de las partes dada la especial naturaleza y objeto de este tipo de juicios, lo que no significa que no puedan existir supuestos en los que proceda la aplicación del principio del vencimiento objetivo que consagra el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Añade que en el presente supuesto no ha existido mala fe procesal ni temeridad por parte de la actora a la hora de interponer su demanda, y ni el demandado ni el Ministerio Fiscal han solicitado la imposición de costas en sus respectivos escritos de contestación a la demanda. Finalmente, alega que la pretensión ejercitada en la demanda no es arbitraria, ni temeraria, ni carece en absoluto de fundamento, por lo que, al menos, debería ser estimado el motivo alegado en cuanto a la imposición de costas

Termina solicitando la revocación de la sentencia de instancia para que, con carácter principal, se acuerde la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de los hijos y del padre y se autorice, en su lugar, a las partes a proceder a la venta de la misma o su adjudicación a una de ellas, con el consiguiente abono por la otra del importe correspondiente y, con carácter subsidiario, no haber lugar a la imposi-

ción de condena en costas a la actora en primera instancia.

A dicho recurso se opuso la parte contraria, solicitando la confirmación de la sentencia.

Centrados los términos del recurso, como dice la parte apelante, la única cuestión sobre el fondo del asunto que se somete a nuestra consideración, es determinar si el hecho probado de la convivencia de la compañera sentimental del demandado, D.^a Custodia, en el domicilio familiar, supone una modificación sustancial de las circunstancias que, en su día, se tuvieron en cuenta a la hora de atribuir la vivienda familiar a los hijos y al progenitor custodio, pues a su entender esta cuestión no ha sido resuelta en la instancia. Admitiendo que la respuesta de las Audiencias Provinciales es dispar, la recurrente sostiene que la respuesta jurídica a esa nueva situación debe ser la extinción del derecho de uso.

Pues bien, para la adecuada resolución de este motivo debemos comenzar diciendo que, tras diversos procedimientos, en el procedimiento de divorcio se dictó Sentencia de fecha 4 de noviembre de 2008, en el que se mantuvo la atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal y del ajuar doméstico a los hijos y al padre, y ello por considerar que el interés de los hijos es el más necesitado de protección, tal y como previene el artículo 96 del Código Civil, y en estos últimos procedimientos ya no se plantea la posibilidad o no de que el padre pueda o no convivir maritalmente con otra persona en dicho domicilio, como sucedió en el procedimiento de modificación de medidas que concluyó por Auto de 19 de abril de 2007, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Cáceres, donde claramente se dice que la cláusula del Convenio que prohibía a la madre la convivencia en el domicilio familiar con un tercero no estaba vigente, aunque nunca lo estuvo para el padre.

Pues bien, la solución a la cuestión planteada es más sencilla de resolver de lo que parece, pues debemos partir de que estamos ante un procedimiento de modificación de medidas convenidas por los cónyuges y aprobadas por el Juez, y las mismas sólo pueden ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias, como exigen los artículos 90 y 91 del Código Civil.

Esta alteración no se ha producido, porque en el anterior procedimiento se atribuyó a los

hijos y al padre el uso y disfrute de la vivienda conyugal, y en actualidad, el padre continúa ostentando la guarda y custodia de los hijos, concretamente, del hijo menor Ignacio, que reside en la vivienda familiar en compañía del padre, de modo que, sobre el particular que nos ocupa, como es la atribución a los hijos y al padre que ostenta la guarda y custodia el uso y disfrute de la vivienda que fue conyugal, no se ha producido ninguna alteración de aquellas circunstancias como para declarar extinguido el derecho al uso y disfrute de la vivienda familiar a favor de los hijos y del padre, que insistimos, los primeros son los más necesitados de protección.

Ciertamente, la convivencia *more uxorio* del padre con una tercera persona en dicha vivienda, lo que ha quedado debidamente acreditado, en nada afecta a la atribución a los hijos comunes del uso y disfrute de la vivienda familiar, pues, de conformidad con el artículo 85 del Código Civil el matrimonio se disuelve por el divorcio, lo que impide que la actora pueda interferir en la vida sentimental del que fue y ya no es su esposo.

Insistimos, dicha convivencia entre el demandado y una tercera persona en la vivienda familiar, por sí sola no constituye una circunstancia sobrevenida que conlleve una alteración sustancial en la necesidad de vivienda de los hijos, cuyo interés se protege con la atribución del uso y disfrute de la misma, máxime cuando en el caso que nos ocupa, el hijo menor manifiesta en la audiencia que su padre les consultó previamente sobre la convivencia con Custodia, manifestando que no tenían inconveniente; que la convivencia es buena y que se llevan todos muy bien.

El motivo se desestima.

En segundo lugar, se alega infracción del artículo 394 LEC, pues la sentencia recurrida condena en costas a la parte actora, cuando la praxis judicial, al menos en el ámbito de la Audiencia Provincial de Cáceres, es que las costas en estos procedimientos no se imponen a ninguna de las partes.

Ciertamente, este motivo debe prosperar, pues son numerosas las sentencias de esta Audiencia Provincial, cuya cita es innecesaria, a cuyo tenor las costas devengadas en los procesos matrimoniales, no deben imponerse a ninguna de las partes dada la especial naturaleza y objeto de esta clase de juicios, salvo contadas excepciones

en las que por circunstancias muy especiales proceda la aplicación del principio del vencimiento objetivo, que no es el caso. Y decimos que no es el caso, porque a pesar de las anteriores resoluciones, y con independencia de la vigencia de lo acordado en el Convenio regulador respecto a la prohibición para la actora de poder convivir maritalmente en la vivienda con tercera persona, lo que no se prohibía al demandado, es lo cierto, que esta cuestión es la primera vez que se plantea

por las partes, de modo que no se puede hablar de mala fe o de circunstancias que permitan imponer las costas a la actora, pues a lo mejor el resultado hubiera sido distinto, si referida convivencia hubiera resultado negativa para los hijos, verdaderos beneficiarios del uso de la vivienda.

En definitiva, procede estimar en parte el recurso, y revocar la sentencia de instancia en el único particular relativo a las costas de la instancia, que no se imponen a ninguna de las partes.

Aunque el hijo se encuentre cursando estudios en Madrid precisa en tanto no alcance la independencia económica de un domicilio familiar de referencia al que acudir en períodos no escolares y ése es el domicilio materno, por lo que no procede dar por extinguido el uso.

AP Pontevedra, Sec. 6.^a, Sentencia de 29 de junio de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Magdalena Fernández Soto**

El apelante solicita, en primer lugar, que la vivienda familiar le sea atribuida por años alternos en base a que su hijo ha continuado sus estudios universitarios en Madrid y su representado tiene que trasladarse todos los días desde Orense, donde se ha trasladado a vivir, para trabajar en Vigo. Es evidente que no puede accederse a la referida pretensión. Como nos recuerda la apelada el propio demandado, ahora apelante, al contestar a la demanda solicitó expresamente la atribución del uso y disfrute de la vivienda conyugal a la que fue su esposa e hijo, hasta que éste sea independiente económicamente, de ahí que, de entrada, se encuentre vinculado por lo pedido, se trata, además, de una medida de carácter estrictamente patrimonial que no se entiende perjudicial para los intereses del hijo ni de los cónyuges y, en todo caso, extraña a nuestro derecho

positivo, al menos en defecto de convenio, desde el momento que el artículo 96 CC no contempla el uso de la vivienda familiar por períodos alternativos, sin que, por último, podamos tener en cuenta el hecho de que el hijo cursa actualmente sus estudios en Madrid pues, con independencia de la coyuntura anterior, el referido precisa en tanto no alcance la independencia económica de un domicilio familiar de referencia al que acudir en períodos no escolares y cuando lo precise en tanto que el mismo continúa residiendo en el entorno materno. Por último, significar, como ya hemos adelante, que la sentencia atribuye ese uso limitándolo al momento en que proceda a la liquidación del régimen de gananciales, de manera que la materialización de tal derecho va a implicar necesariamente la extinción de aquel derecho de uso.

Habiéndose pactado en el convenio regulador la venta de la vivienda común no procede acceder a la petición efectuada por el ex esposo de que se le atribuya su uso hasta su venta en base a que la precisa para utilizarla con su nueva pareja, ello aunque sea éste el único que abone la hipoteca.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 22 de junio de 2010

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 estime la demanda y alega que el apelante lo precisa (el

domicilio) para vivir en él con su nueva pareja ya que no tiene otro.

Por su parte D.^a María Consuelo pide que se confirme la sentencia recurrida y alega que es imposible la venta de la vivienda por ese precio y señala que el hecho de que el demandante pague la hipoteca de la vivienda en exclusiva no le habilitaría para la ocupación de la vivienda en exclusiva ya que el pago de esa hipoteca entra dentro de las cuentas pendientes entre los ex cónyuges y recuerda que el pacto acordado entre los cónyuges era la venta de vivienda a la mayor brevedad posible para lo que no se atribuyeron en exclusiva a ninguno de ellos el uso y disfrute de la vivienda, se prohibió la entrada en la vivienda de terceras personas para facilitar la venta de la vivienda.

La cuestión que se suscita como tema de fondo, objeto de debate no puede ser resuelta conforme a las previsiones de los artículos 90 y 91 *in fine* del CC, en lo que concierne al uso y disfrute de la vivienda familiar, según los cuales para que se produzca una modificación de las medidas adoptadas en precedente pleito matrimonial es preciso que se alteren sustancialmente las circunstancias existentes al momento de su adopción, debiendo afectar dicho cambio al núcleo o esencia misma de la medida, no bastando a tal efecto un mero cambio tangencial o accesorio, debiendo tener carácter definitivo o ser cuando menos de cierta duración, teniendo, además, que obedecer a circunstancias ajenas a la voluntad de quien promueve la modificación, extremos que, sin duda, han de calibrarse ajustadamente a fin de no vulnerar exigencias derivadas del principio de la seguridad jurídica, y que no concurren en los hechos objeto de cuestión, que se remontan a la sentencia dictada en anterior pleito matrimonial.

Y es lo cierto que aquella sentencia aprueba el CR suscrito en el año 2006 en el que se dispuso por los ahora litigantes que la vivienda que hasta la fecha ha sido domicilio conyugal acuerdan ambas partes enajenarla para lo cual se autorizan expresa y recíprocamente para que se gestione por ambos cónyuges bien directamente, bien a través de agencias inmobiliarias, sin carácter de exclusividad, supliendo la obligación de colaborar en todo momento para el buen fin de la operación.

Se constituye como domicilio habitual de ambos el mismo que vienen habitando en Becerril c/ DIRECCIÓN000 NÚM000 mientras se procede a la venta de la vivienda. Ambos firmantes acuerdan prohibir la entrada a personas distintas durante el tiempo que permanezcan habitando el que fuera vivienda familiar.

En cuanto a la adjudicación de los bienes se dispone en pago de su haber se adjudica el 50% a cada uno de los bienes descritos que son entre otros la vivienda objeto en cuestión.

Se pide en efecto en la demanda del procedimiento que se atribuya el uso del domicilio familiar al actor hasta que se proceda a la venta de la vivienda por el precio pactado en el CR y que se deje sin efecto lo dispuesto en el CR en lo relativo a la prohibición de entrada a personas distintas durante el tiempo que permanezcan habitando la que fuera vivienda familiar permitiendo que el actor resida en la misma junto con su familia actual.

La prueba practicada en la primera instancia evidencia la corrección de lo resuelto en la sentencia apelada por cuanto del resultado del interrogatorio practicado en la instancia y de la prueba documental se evidencia la improcedencia de acceder a lo interesado por el ahora recurrente.

En dicho acto oral manifiesta la ahora apelada en la vista del juicio verbal que se dispuso que ambos tendrían ese domicilio familiar y que ella se marchó a Playa de Aro y que ella hace una compensación de la hipoteca y del IBI con lo que le tiene que pagar por la hija común.

El contenido de aquel documento judicial que aprueba el CR suscrito por los ahora litigantes pone de manifiesto la disolución del régimen económico-matrimonial, tras el cual se crea entre ambas partes una comunidad posganancial susceptible de regulación en los términos de la comunidad civil, que habrá de regirse por las disposiciones que al efecto contiene el CC, siendo a estos efectos inoperante ya el contenido y regulación del artículo 96 del CC, por lo que la aplicación del artículo 392 y ss. del CC determinará las relaciones y obligaciones de los partícipes con el inmueble objeto de cuestión, sin que quepa en este trámite de modificación de medidas disponer mecanismo alguno para el uso y disfrute de la vivienda que en su día fue

domicilio familiar y sobre el que ya acordaron lo pertinente las partes, —en los términos del artículo 1255 y ss. del CC—no siendo este cauce idóneo para adoptar medida alguna en torno a la ocupación de la vivienda por terceros ajenos a la misma, y siendo las medidas acordadas por los interesados las que han de regir la situación de las partes respecto del inmueble —no constando

cambio o modificación sustancial— probado en los términos del artículo 217 de la LEC que no obedezca sino a la única y exclusiva voluntad del recurrente, razones todas que determinan en su conjunta valoración el rechazo de la petición que se formula.

Se confirma en este sentido la sentencia recurrida y se desestima el recurso planteado.

El hecho de que, tras el fallecimiento del esposo, los ingresos de pago de la renta se hagan a nombre de la esposa no implica que se produzca la subrogación en el contrato ya que en ellos no se hace la más mínima mención a que se abona por subrogación, por lo que faltando la notificación del fallecimiento procede declarar la resolución del contrato de arrendamiento.

AP Baleares, Sec. 5.^a, Sentencia de 4 de junio de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María Covadonga Sola Ruiz**

Con la demanda que dio inicio a las presentes actuaciones la parte actora interesa se declare la extinción del contrato de arrendamiento concertado sobre la vivienda sita la CALLE000 número NÚM000, NÚM001 - NÚM001 de Palma, pues al haber fallecido el arrendatario D. Justino, el día 8 de octubre de 2004, han transcurrido más de tres meses desde entonces sin que ninguno de sus herederos y tampoco su esposa le hayan notificado en la forma establecida en el artículo 16 de la LAU de 1994, ni el fallecimiento ni quien es la persona que se subroga en el contrato.

A dicha pretensión se opuso la demandada, negando que el único titular arrendatario fuera su esposo fallecido, siendo que también ella era coarrendataria conjuntamente con aquél, por lo que a su fallecimiento, sigue ostentado la condición de arrendataria, lo que hacía innecesaria la subrogación; y que, en cualquier caso, tras el fallecimiento comunicó de manera verbal tal circunstancia a la persona encargada por la propiedad del cobro de las rentas, siendo que desde entonces ha venido efectuando los ingresos de la renta en su propio nombre, sin que ninguno de ellos se haya visto devuelto o rehusado por la propiedad de dicha vivienda.

La sentencia de instancia, acogiendo la tesis de la demandada, considera probado no tan sólo que la demandada es arrendataria de la vivienda,

sino igualmente que producido el fallecimiento de su esposo, procedió a comunicar verbalmente y dentro de los tres meses tal circunstancia a la propiedad, por lo que desestima la demanda.

Contra dicho pronunciamiento se alza la parte actora, reproduciendo como motivos de impugnación y en síntesis, los mismos argumentos esgrimidos en su demanda, suplicando se revoque la resolución de instancia y en su lugar, se estime en su integridad, con condena en costas a la adversa.

Centrados de este modo los términos del recurso, es claro que para determinar o no la procedencia de la extinción del contrato, por no notificación del fallecimiento del arrendatario y de la posible existencia de subrogación, es necesario con carácter previo, determinar si concurre o no en la parte demandada la condición de arrendataria.

Sabido es que, como señala la SAP de Barcelona de 13 de octubre de 2009, no es pacífico en el ámbito doctrinal ni judicial la solución a tal problema y ello porque tampoco es uniforme la solución adoptada en el tema de si los arrendamientos urbanos con destino a vivienda concertados constante matrimonio (como es el caso) tienen o no una naturaleza ganancial. Así para un sector de la doctrina y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas Sentencia del

Alto Tribunal de 11 de diciembre de 2001, por citar una de las más recientes) viene declarando ese carácter ganancial aunque siempre referido al ámbito interno de las relaciones entre los cónyuges, otro sector doctrinal estima no pueden reputarse gananciales los arrendamientos sometidos a la legislación especial, desde el momento en que en esta última tanto en el régimen del texto refundido del año 1964 (artículos 24 y 58) como en la actualidad artículo 12.15 y 16 de la LAU de 1994, la participación del cónyuge que no suscribió el contrato en la titularidad del arrendamiento se hace siempre por el mecanismo de la cesión *inter vivos* o *mortis causa*, esto es, deriva de la convivencia y no de la ganancialidad. La polémica doctrinal y judicial aún se complica más si cabe cuando por los partidarios de la primera tesis se aborda el problema de determinar si esa naturaleza ganancial que afirman, impide la aplicación de la normativa de la legislación especial sobre subrogaciones, pues mientras unos siguen el criterio de estimar que tal carácter ganancial es incompatible con la citada normativa, lo que les lleva a afirmar que el fallecimiento de cualquiera de los cónyuges, el sobreviviente no tiene el carácter de subrogado, por el contrario otro sector, partiendo del hecho de que el precedente criterio lleva al absurdo de dejar sin contenido la normativa sobre subrogaciones contenida en la LAU, en cuanto sólo se aplicaría a los matrimonios no sujetos al régimen de gananciales, salva esa dicotomía entre ganancialidad y régimen de subrogación legal reputando que este último, contenido en la actualidad en los artículos 12, 15 y 16 de la vigente LAU, al igual que el precedente de la LAU del año 1964, es independiente de la relación de comunidad interna del bien arrendado entre los cónyuges, en cuanto sólo atiende al titular del derecho que resulta de la celebración del contrato».

Nuestra Audiencia Provincial se ha hecho eco de dicha polémica y así en Sentencia de fecha 21 de enero de 1999, ya tuvo ocasión de apuntar «la instauración de un nuevo régimen jurídico-matrimonial de orden personal y patrimonial con la entrada en vigor de las Leyes de 13 de mayo de 1981 y 7 de julio de 1981, en cuyo seno se confiere un especial estatuto jurídico a la vivienda familiar, dio lugar a una amplia polémica jurídica respecto a la titularidad arren-

daticia de la vivienda familiar, entre las que cabe destacar los siguientes criterios:

A) Un sector se decanta por considerar que el arrendamiento concertado para vivienda familiar cualquiera que sea el régimen económico-matrimonial, constituye un arrendamiento común, postura que se basa en la doctrina sustentada por el TC en su Sentencia de 31 de octubre de 1986, doctrina que ha sido matizada en resoluciones posteriores del mismo Tribunal, como son las SS de 12 de julio de 1989 y 4 de octubre de 1993, que difieren a los órganos jurisdiccionales la determinación sobre la presencia o no de una cotitularidad arrendaticia en los supuestos de contratos suscritos por uno de los cónyuges.

B) Otro sector considera que la titularidad del derecho arrendaticio corresponderá única y exclusivamente al suscriptor del contrato, con independencia del régimen económico-matrimonial, y que sólo en el caso de que ambos cónyuges suscriban el contrato arrendaticio existirá un coarrendamiento; postura que se basa en el principio de relatividad contractual del artículo 1257 CC, y en las propias previsiones de la Ley de Arrendamientos acerca de la cesión *inter vivos* o subrogación *mortis causa*.

C) Un tercer sector considera que la titularidad del derecho arrendaticio se encuentra vinculada al tipo de régimen jurídico que disciplina las relaciones económicas entre el suscriptor del contrato en calidad de arrendatario y su consorte, y así, si el régimen económico es el propio de la sociedad de gananciales, el arrendamiento será ganancial si el contrato se celebra constante matrimonio, bien por haberse utilizado fondos comunes para su suscripción (artículo 1347.3 CC) bien por la vía atractiva de la ganancialidad (artículo 1461) ostentando, por el contrario, naturaleza privativa, si se celebró la relación contractual con carácter previo al matrimonio o si las relaciones patrimoniales se rigen por el régimen de la separación de bienes o participaciones, sin perjuicio, claro está, de la posibilidad del coarriendo».

Incluso la jurisprudencia añade una última postura, que son aquellos supuestos de arrendamientos concertados por el marido cuando, de acuerdo con una determinada concepción sociológica y jurídica de la familia, el esposo era

representante de la esposa, quien no podía obligarse sin su consentimiento, siendo que en tales casos, podría pensarse que un contrato concertado por el marido por sí y como representante de su esposa, con lo que ésta devendría, de derecho, en arrendataria.

Tal polémica doctrinal, ha quedado zanjada a través de la reciente STS de 3 de octubre de 2009, quien a los efectos de unificación de la doctrina de las distintas Audiencias Provinciales refiere «Para la solución del problema planteado en el presente recurso de casación debe partirse de una base jurídica indiscutible: el contrato de arrendamiento urbano se celebra entre dos personas, que adquieren la condición de arrendador y arrendatario, respectivamente, en la relación jurídica creada por el contrato. Los derechos y obligaciones que se generan con el contrato afectan exclusivamente a las partes y a sus herederos, tal como establece el artículo 1257 CC. Esto no significa que, como consecuencia de los fines protegidos por la legislación especial de arrendamientos urbanos, no pueda producirse la substitución de una de las partes del contrato por fallecimiento de su titular, pero para ello se requiere que se cumplan los requisitos exigidos por la ley reguladora del arrendamiento y entre ellos, la comunicación al arrendador en la forma establecida en la ley, es decir, se debe aplicar el artículo 16 LAU, por remisión de lo prescrito en la DT segunda.B) LAU» y a continuación, tras analizar el contenido de las SSTC 135/1986, de 31 de octubre, 159/1989, de 6 de octubre y 126/1989, de 12 de julio, así como lo argumentado en sus Sentencias de 11 de diciembre de 2001 y 2 de mayo de 2008, sobre la relación del arrendamiento de vivienda con el régimen de bienes cuando se ha concluido por uno de los cónyuges constante el matrimonio, concluye «La polémica reflejada en el segundo motivo del recurso de casación debe resolverse entendiendo que la subrogación en la posición del arrendatario forma parte del contenido del contrato de arrendamiento y no tiene relación con el régimen de bienes. Las razones son las siguientes:

1.^a Los contratos producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos y por ello, las posiciones contractuales de cada uno de los cónyuges en los contratos de arrendamiento

que hayan concluido no forman parte de la sociedad de gananciales, porque, además, se trata de derechos personales.

2.^a El derecho a la subrogación por causa de muerte forma parte del contenido del contrato de arrendamiento, que es independiente del régimen de bienes que ostente el titular de la posición de arrendatario.

3.^a La persona que tiene derecho a subrogarse de acuerdo en la posición del arrendatario es la que está determinada en la legislación especial reguladora de este tipo de contrato, por lo que debe cumplir los requisitos establecidos en el artículo 16 LAU, aplicable en este caso en virtud de lo dispuesto en la DT 2.B) LAU».

Con base a esta última sentencia, es evidente, que la cotitularidad del derecho arrendaticio, no puede desprenderse del simple hecho de que el mismo se concertara constante el matrimonio o lo que es lo mismo que lo realizado por uno solo de los cónyuges, haya de tenerse automáticamente como efectuado por ambos, y por ello, es menester examinar si en el caso de autos, ha resultado probado, que al igual que su esposo, la demandada fue contratante de la relación locativa; tal extremo es expresamente negado por la parte actora, y a tal efecto la única prueba traída al proceso por la parte demandada es el testimonio de su hija Manuela, quien si bien afirmó que la vivienda la alquilaron su padre y su madre, acto seguido reconoce que no estuvo presente en la conversación con la propiedad al momento de formalizar el arriendo y que sólo sabía lo que le manifestó su padre; aún más, se reconoce por la propia demandada que en vida de su esposo, los recibos de pago de la renta iban extendidos a nombre de él, por ello poco importa que la renta se satisficiera con cargo a una cuenta común del matrimonio, pues una cosa es que exista un determinado régimen económico entre los cónyuges (pago de obligaciones con cargo a un haber común) y otra bien distinta que el contrato de arriendo fuera celebrado conjuntamente por ambos.

Descartada la cotitularidad en el arriendo, y por tanto, siendo necesaria, para la continuación de la relación locativa, la notificación por el cónyuge viudo del arrendatario y al arrendador del fallecimiento de aquél y de su voluntad de subrogarse en el contrato, con los requisitos ex-

presados en el artículo 16.3 de la LAU de 1994, señalar que en orden a los requisitos que establece dicho precepto esta Audiencia Provincial (por todas Sentencia de 24 de mayo de 2001), ya ha venido estableciendo que siguiendo el mandato del artículo 3.1 del Código Civil, las normas se han de interpretar atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad y que dado que la finalidad de la notificación es la de asegurar que el arrendador conozca con certeza quién es el titular del contrato de arrendamiento entre las distintas personas que gozan del derecho de subrogación, así como la certeza de la muerte del inquilino, no se precisa una comunicación escrita, bastando con que por cualquier medio llegue el arrendador a conocer el ejercicio del derecho por el beneficiario, siendo que la falta de comunicación por escrito, lo único que implica es la necesidad de probar que, efectivamente, aquella comunicación para la subrogación se produjo y llegó a conocimiento de la propiedad y, además, que aquella expresión de voluntad se hizo de forma seria y definitiva.

Pues bien, en el caso de autos, el resultado de la prueba no avala, a criterio de esta Sala, que la demandada notificara al arrendador tras el fallecimiento de su esposo su voluntad de subrogarse en el contrato, de hecho la testifical de su hija, lo único que puso de manifiesto es que contactó por teléfono con María Luz, a la que sólo conocía por haber ido un día a pagarle la renta, para comunicarle dicho fallecimiento, pero nada refiere en orden a que transmitió la voluntad de

su madre, en su cualidad de viuda de subrogarse en el contrato; de hecho la realidad de tal comunicación telefónica es negada no sólo por el arrendador, sino incluso por la propia María Luz, que al deponer como testigo en el acto del juicio, manifestó no haber recibido nunca una llamada comunicándole el fallecimiento y que no conoce ni a la demandada ni a su hija; el hecho de que tras el fallecimiento, los ingresos de pago de la renta vayan expedidos a nombre de la demandada, no obligan a concluir lo contrario, y ello no tan sólo porque en los mismos no se hace la más mínima mención a que se abona por subrogación, para evidenciar, al menos, su voluntad al respecto, sino y principalmente porque la propia demandada en prueba de interrogatorio reconoció que la llamada telefónica no se hizo con la intención de subrogarse, sino sólo para cambiar el nombre del recibo, de hecho siempre ha sostenido ser cotitular del contrato.

Lo único que ha resultado plenamente probado es que el arrendatario falleció en octubre de 2004, y que la demandada, pese a que hubiera tenido derecho a subrogarse, no ha acreditado de manera suficiente que el arrendador estaba al corriente de dicho triste evento, siendo que la percepción de las rentas devengadas con posterioridad al fallecimiento es insuficiente para suplir el conjunto de formalidades que exige el artículo 16 de la LAU de 1994, por lo que, con estimación del recurso y revocación de la resolución recurrida, debe declararse extinguido el contrato de arrendamiento de la vivienda de autos.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Se estima la oposición a la ejecución por gastos extraordinarios por clases de inglés dado que existen dudas acerca de la realidad del gasto, derivadas de ser la que lo imparte una conocida de la madre, carecer de titulación y ser altamente costosas.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Auto de 19 de julio de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Pilar Manzana Laguarda**

Probablemente la materia de determinar en cada caso concreto sometido a la decisión del tribunal, la naturaleza extraordinaria u ordinaria de un gasto que se ha realizado a favor de los hijos,

sea una de las materias más dificultosas con las que se encuentra la Sala, e inseguras, porque entre otras razones, depende del concreto caso que se somete a su decisión, de sus mínimas particu-

laridades, el que se decida en uno u otro sentido, lo que explica, después, la existencia de resoluciones que a primera vista parecen ser contradictorias. Y es que deben conjugarse los intereses en juego: de los menores, de quien ha asumido el gasto y de quien pretende no abonarlo.

En el presente caso se impugna por la recurrente la desestimación de la consideración de gasto extraordinario de las clases de repaso o apoyo y los gastos de la póliza sanitaria privada suscrita a favor del hijo.

En cuanto al primero de los gastos es cierto que esta Sala en multitud de ocasiones, y salvo acreditación de haberse tenido en cuenta para la determinación del importe de la pensión alimenticia ordinaria, ha considerado dichos gastos extraordinarios, porque a determinada edad, y como consecuencia de las carencias o déficit del sistema educativo, es lógico y normal que los padres complementen la formación de sus hijos apuntándoles a una actividad extraescolar consistente en: a) en el afianzamiento del idioma extranjero —generalmente inglés— e igual cabe decir de las clases de apoyo que puedan necesitar los hijos para paliar sus propios déficit, y b) en una actividad relacionada con la educación física y la práctica de un determinado deporte

elegido por los hijos, que en el presente caso ha sido la natación.

Pero dicho esto, la Sala no puede considerar en el presente caso que los gastos reclamados tengan la naturaleza de extraordinarios a los efectos de exigir el pago de su mitad al progenitor, y ello por cuanto tal y como expresa la Juzgadora de instancia, existen dudas acerca de la realidad del gasto, derivadas de ser la que lo imparte una conocida de la madre, carecer de titulación, y ser altamente costosas (trescientos euros al mes durante dos anualidades), pero es que, además, la periodicidad de dicho gasto impone la necesidad de que se proceda a modificar la cuantía de los alimentos, y no es posible que dicha cuantía supere la propia cuantía de la pensión ordinaria establecida en sentencia.

El segundo de los importes solicitados consiste en la póliza de sanidad suscrita por el abuelo del pequeño para atender de forma privada su salud. Pues bien, en la medida en que es un hecho reconocido el que es el abuelo materno el que soporta dicho gasto probablemente por ser él quien consideró útil y conveniente el mismo, no puede la recurrente en nombre de aquél reclamar su importe por no ostentar su representación y por consiguiente carecer de legitimación.

La extinción del contrato laboral ha conllevado una importante disminución de los recursos económicos del padre, sin que, dado el tiempo transcurrido, pueda ser calificada la actual situación de meramente coyuntural. Tampoco se ha acreditado, y ni siquiera alegado, que el actual *status* económico-laboral de aquél obedezca a una decisión voluntaria del mismo, por lo que debe reducirse la cuantía de la pensión alimenticia.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 9 de julio de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

En el curso del presente procedimiento ha quedado debidamente justificado que, al tiempo de sustanciarse el anterior procedimiento de divorcio, culminado mediante Sentencia de 23 de abril 2007, el Sr. Campaña se encontraba trabajando, desde el 11 de diciembre de 2006, como ayudante de camarero, en situación de alta en el régimen general de la Seguridad Social. Según las nóminas incorporadas a los folios 18 y siguientes de las actuaciones, sus retribuciones

salariales netas alcanzaban, en el año 2008, la suma de 922,40 euros al mes. Pero dicha relación laboral concluye en fecha 31 de mayo de 2008, a partir de cuyo momento pasa a percibir la correspondiente prestación por desempleo, por un importe, en el período reconocido entre el 26 de mayo de 2009 y el 25 de diciembre del mismo año, de 571,67 euros netos al mes.

Y aunque no consta una modificación trascendente en la situación económica de la otra

progenitora, y tampoco en las necesidades del común descendiente, obvio es que la extinción del referido contrato laboral ha conllevado una importante disminución de los recursos económicos del alimentante, sin que, dado el tiempo transcurrido, pueda ser calificada la actual situación de meramente coyuntural. Tampoco se ha acreditado, y ni siquiera alegado, que el actual *status* económico-laboral de D. Everardo obedezca a una decisión voluntaria del mismo; en efecto, habiendo comparecido dicho litigante al acto de la vista celebrado en la instancia, la dirección Letrada de la parte demandada ni siquiera propuso su interrogatorio, en orden a una posible acreditación de la esgrimida, a través del escrito de contestación a la demanda, obtención de otros recursos complementarios en situación de economía sumergida.

No podemos, por lo expuesto, compartir el criterio decisorio plasmado en la resolución apelada en la que, no obstante el antedicho resultado probatorio, se afirma, en cuanto apoyo fundamental del pronunciamiento denegatorio contenido en la misma, que «la situación económica de ambas partes sigue siendo similar a la que mantenían cuando se dicta la sentencia...».

Bajo tales nuevos condicionantes, de inequívoca incardinación en las previsiones del artículo 91, *in fine*, en relación con el 147, ambos del Código Civil, hemos de acoger, si bien parcialmente, el recurso formulado, cifrando ahora la aportación alimenticia en la suma de 125 euros al mes, en proporción a la acreditada disminución porcentual de los ingresos del apelante.

El gasto de inglés tiene carácter extraordinario, porque a determinada edad, y como consecuencia de las carencias o déficit del sistema educativo, es lógico y normal que los padres complementen la formación de sus hijos apuntándoles a una actividad extraescolar consistente en el afianzamiento del idioma extranjero —generalmente inglés— y es justo que dicho gasto se comparta entre ambos progenitores, por no obedecer al capricho sino al interés del menor y a la necesidad de conocimiento del idioma en una sociedad cada vez más competitiva.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Auto de 24 de junio de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Pilar Manzana Laguarda**

Por la dirección letrada de la parte recurrente se impugna la resolución recurrida en cuanto considera gastos extraordinarios las clases de inglés y en cuanto le condena a abonar el importe de una mensualidad en la que los menores se encontraban con él y por tanto no debía abonarse.

No puede aceptarse la interpretación que el recurrente realiza del convenio suscrito con motivo de su divorcio, pues la previsión expresa de gastos sanitarios como extraordinarios no excluye la consideración de otros como tales. En consecuencia, debe principiarse por determinar la naturaleza extraordinaria o no de gasto reclamado, y a este respecto la Sala en multitud de ocasiones, y salvo acreditación de haberse tenido en cuenta para la determinación del importe de la pensión alimenticia ordinaria, ha considerado el gasto de inglés como gasto extraordinario, porque a determinada edad, y como consecuencia

de las carencias o déficit del sistema educativo, es lógico y normal que los padres complementen la formación de sus hijos apuntándoles a una actividad extraescolar consistente en el afianzamiento del idioma extranjero —generalmente inglés— y es justo que dicho gasto se comparta entre ambos progenitores, por no obedecer al capricho sino al interés del menor y a la necesidad de conocimiento del idioma en una sociedad cada vez más competitiva.

Tampoco puede accederse a la pretensión que se solicita, pues olvida el recurrente que la pensión alimenticia se realiza su cuantificación en cómputo anual y el hecho de que el mes de vacaciones se encuentre incluido en el período que el padre disfrutó de sus hijos, obliga a excluir dicho mes del descuento que, en este caso, se ha de realizar debido a la prolongada estancia de aquéllos con su padre.

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 estos que revelan que, pese a la disminución notable de ingresos, cuenta con ingresos suficientes como para mantener dichos bienes.

AP Málaga, Sec. 6.^a, Sentencia de 23 de junio de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a M.^a Inmaculada Suárez-Bárcena Florencio**

Las medidas adoptadas en las sentencias dictadas en procesos matrimoniales por las que se han de regir, en lo sucesivo, las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges e hijos (artículos 92 y siguientes del Código Civil), si bien producen excepción de cosa juzgada material, ello no significa que, una vez fijadas las mismas, éstas se mantengan inalterables ante los distintos avatares por los que pueda discurrir la fortuna y necesidades de los miembros de la unidad familiar afectados por el proceso matrimonial; por ello, el legislador, como no podía ser de otra forma, articuló la posibilidad de variación o modificación de las medidas judicialmente establecidas, siempre y cuando concurriese una alteración sustancial de las circunstancias existentes al tiempo en que fueron fijadas, y decimos sustancial a fin de evitar continuos e inagotables procedimientos de revisión de tales medidas con patente quiebra de la seguridad jurídica, alteraciones sustanciales que, conforme a reiterada jurisprudencia de cita excusada por ser sobradamente conocida, han de reunir una serie de requisitos, tales como ser verdaderamente trascendentes y no de escasa o relativa importancia; permanentes o duraderas y no meramente coyunturales; no imputables a la simple voluntad de quien insta la modificación y preconstituida con miras al procedimiento de modificación, y, por último, que sean posteriores y no previstas por los cónyuges o por el juzgador en el momento en que las medidas cuya modificación se insta fueron establecidas. En estos casos no existiría el efecto negativo de la cosa juzgada material, pues, conforme al artículo 222.2.II de la LEC, no concurriría la identidad fáctica exigible, habida cuenta que esas alteraciones sustanciales serían hechos nuevos y distintos. En otro

orden de cosas y a los efectos de una correcta resolución de la cuestión litigiosa planteada, debe expresarse que es indiscutible el deber de los padres de contribuir económicamente al sostenimiento de la prole, por elementales deberes de solidaridad humana y derivado del hecho mismo de la filiación, alimentos que habrán de prestarse en toda la extensión a que se refiere el artículo 142 del Código Civil y en cuantía proporcionada al caudal o medios de quien ha de prestarlos y a las necesidades de quien los recibe. Ahora bien, como señala la STS de 16 de julio de 2002, «dicha obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad (artículos 39.2 de la Constitución Española, 110 y 154.1.º del Código Civil) tiene unas características peculiares que la distinguen de las restantes deudas alimenticias legales para con los parientes e incluso los hijos mayores de edad (como ya puso de relieve la paradigmática Sentencia de 5 de octubre de 1993). Una de las manifestaciones es la relativa a la fijación de la cuantía alimenticia, que determina que lo dispuesto en los artículos 146 y 147 del Código Civil sólo sea aplicable a alimentos debidos a consecuencia de patria potestad (artículo 154.1.º del Código Civil) con carácter indicativo, por lo que caben en sede de estos criterios de mayor amplitud, pautas mucho más elásticas en beneficio del menor, que se tornan en exigencia jurídica en sintonía con el interés público de protección de los alimentistas habida cuenta el vínculo de filiación y la edad.» Pues bien, en el presente caso, es indudable, y así se evidencia, como bien afirma la juzgadora *a quo*, atendiendo a las declaraciones de IRPF de los años 2003 y 2007 y demás documentos aportados por el actor, que concurre una notable disminución en los ingresos del actor,

en relación con lo que tenía al tiempo en que la cuantía alimenticia se fijó, allá por el año 2003, y con la existente al tiempo de la Sentencia de divorcio en la cual aquélla se mantuvo, y en la que, ciertamente, no pudo tenerse en cuenta esta disminución económica del obligado, habida cuenta que la sentencia se dictó en 13 de diciembre de 2007, y el declive en los ingresos del obligado se inició a finales de 2007, como resulta de la documentación aportada por el mismo. Ello acredita una alteración importante en los ingresos, siendo buena prueba la importante deuda alimenticia acumulada que ha dado lugar a procedimientos de ejecución, que coincide con la crisis del sector inmobiliario en España en particular, hecho por demás notorio, actividad a la que primordialmente venían dedicadas las sociedades de las que era administrador el Sr. Landelino y a través de las cuales ha venido desarrollando su actividad laboral. Ahora bien, esta disminución de ingresos, aun sustancial y acreditada, contrariamente a lo que entiende la apelada-impugnante, no autoriza a rebajar la cuantía alimenticia fijada en favor de los hijos menores del apelante hasta la cuantía por dicha parte apelante pretendida, 200 euros mensuales a favor de cada uno de los hijos, suma esta que,

apenas, cubriría una parte mínima de las necesidades mensuales de los menores, cuando, pese a la rebaja de los ingresos, el actor sigue conduciendo un vehículo de alta gama, según reconoció en el interrogatorio de parte, concretamente un WW Tuareg, 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 estos que revelan que, pese a la disminución notable de ingresos, cuenta el mismo con ingresos suficientes como para mantener dichos bienes, y por ello no es dable sacrificar, en aras al mantenimiento de los mismos, el derecho alimenticio de sus hijos, al que sin duda puede hacer frente el obligado en la cuantía fijada en la Sentencia, sin poderse olvidar que la fijación de la misma, en atención a las circunstancias que concurran, es facultad del juzgador, cuyo criterio no puede sustituir las partes eficazmente por el suyo propio (SSTS de 24 de mayo y 16 de noviembre de 1974, entre otras muchas), razones las expuestas conducentes al pericimimiento íntegro tanto del recurso de apelación como de la impugnación, y, consecuentemente, a la confirmación de la Sentencia apelada.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No se fija pensión compensatoria habida cuenta que la esposa renunció, en el antecedente procedimiento de separación matrimonial, a percibir pensión de su esposo, y aunque posteriormente se reanudó, por un período más o menos extenso, la convivencia bajo el mismo techo, no se ha acreditado, y ni siquiera alegado, que tal situación haya impedido, o dificultado la actividad laboral de la hoy recurrente, habida cuenta que de la unión con el actor no ha existido descendencia que hubiere podido requerir una especial dedicación de aquélla a su cuidado y educación.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 16 de julio de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

Este Tribunal, haciéndose eco de mayoritarias corrientes de opinión doctrinal y judicial, viene manteniendo que la figura que contempla el artículo 97 del Código Civil no puede concebirse como un instrumento de indiscriminada nivelación de las dispares economías de los

cónyuges que, latente durante el matrimonio, haya de activarse de modo automático al surgir la crisis convivencial sometida a regulación judicial.

En efecto, la verdadera finalidad del citado derecho es la de ayudar al cónyuge beneficiario

en tanto el mismo alcanza, si ello fuere viable, aquel grado de promoción profesional y autonomía económica de que hubiere podido disfrutar de no haber mediado el matrimonio, en cuanto el mismo, por su dedicación al cuidado de la familia y tareas del hogar, le haya supuesto un impedimento, o rémora, en su formación académica y promoción profesional.

No acaece así en el supuesto que hoy examinamos, en el que, como ya se ha expuesto, la Sra. Carmen renunció, en el antecedente procedimiento de separación matrimonial, a percibir pensión de su esposo. Y aunque posteriormente se reanudó, por un período más o menos extenso, la convivencia de los mismos bajo el mismo techo, no se ha acreditado, y ni siquiera alegado, que tal situación haya impedido, o dificultado, la actividad laboral de la hoy recurrente, habida cuenta que de la unión con el actor no ha existido descendencia, que hubiere podido requerir una especial dedicación de aquélla a su cuidado y educación.

De otro lado, conforme ha quedado acreditado en el curso del presente procedimiento, doña Carmen se encuentra trabajando, como limpiadora, en la empresa «ISS Facility Services S.A.», percibiendo un salario neto que oscila entre 491 y 581 euros al mes.

No puede, por lo expuesto, afirmarse que la divergencia económica entre los ahora litigantes tengan su origen en la convivencia matrimonial y su posterior ruptura, derivando, por el contrario, de la diversa aptitud, preparación y esfuerzo individual de cada uno de ellos, y de los avatares que han afectado a cada uno de ellos tras su ruptura convivencial, esto es al margen de los condicionantes al efecto exigidos por el artículo 97 CC que, a mayor abundamiento y como se ha expuesto, no puede erigirse en instrumento de ciega e indiscriminada nivelación, o aproximación, de las dispares posiciones económicas de cada uno de los esposos.

Razones todas ellas que hacen decaer el segundo, y último, de los motivos del recurso.

Se reduce la pensión compensatoria al haber heredado la esposa tras el fallecimiento de sus padres depósitos bancarios por cuantía próxima a los 300.000 euros.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 13 de julio de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

La problemática que, a través del presente recurso, se somete a nuestra consideración tiene su origen en el convenio regulador que, suscrito por los hoy litigantes en fecha 25 de enero de 2005, fue aprobado mediante la sentencia que, en 25 de abril siguiente, puso fin al procedimiento de separación matrimonial que los mismos habían promovido en vía consensual.

En dicho documento, y entre otras estipulaciones, se fijó, a favor de la esposa, una pensión de 900 euros al mes, con sus correspondientes actualizaciones anuales, habida cuenta, según se expone en dicho convenio, del desequilibrio económico que a la misma había de producir la separación, en relación con la situación mantenida durante la convivencia conyugal. Se añadía expresamente que dicha prestación tendría un carácter «vitalicio», si bien cualquiera de los

esposos podría interesar, en el futuro, una modificación de la misma en el caso de variar sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta en su adopción.

Según se refiere en el escrito rector del presente procedimiento, y no se rebate de contrario, D.^a Guadalupe percibía entonces, en su condición de empleada del Servicio de Bienestar Social de la Comunidad de Madrid, una retribución bruta anual de 13.000 euros, en tanto que los ingresos de D. Franco, por su trabajo en la entidad «Alarcom Siemens», ascendían a más de 100.000 euros. Se adjunta a dicha demanda copia de la declaración de IRPF de este último litigante correspondiente al año 2004, en la que se hacen constar unas retribuciones dinerarias de 105.000 euros brutos de los que, tras restar los gastos fiscalmente deducibles (2.080,40 euros)

y la cuota del impuesto (37.708,32 euros), resultó un neto de 65.210,28 euros.

Ha quedado igualmente acreditado que dicha relación laboral, por cese de actividad de la empresa, quedó extinguida a finales del año 2005, percibiendo D. Franco, según manifiesta en el interrogatorio llevado a efecto en la instancia, una indemnización en torno a los 200.000 euros. A partir de dicho momento, alterna etapas en situación de paro laboral, percibiendo la correspondiente prestación por desempleo, con otras en situación de alta por trabajo en el régimen general de la Seguridad Social, hasta incorporarse, en el mes de marzo de 2007 y en virtud de un contrato indefinido, a «Telefónica Ingeniería de Seguridad S.A.U.», de la que, según la certificación adjunta al escrito de interposición del recurso (respecto de la que la apelada no mostró, en el trámite del artículo 461 LEC, oposición a su unión al rollo de la Sala, ni reparo alguno sobre su contenido), percibió, en el año 2008, unos emolumentos netos de 44.940 euros, esto es un 31,1% menos de los que ostentaba en coincidencia temporal con la suscripción del antedicho convenio.

Según reconocen ambas partes, la situación laboral de D.^a Guadalupe no se ha modificado desde entonces, a salvo de los lógicos incrementos salariales que en estos años hayan po-

dido producirse. No puede, sin embargo, dejar de ponderarse respecto de su *status* económico, que, a consecuencia del fallecimiento de su padre, acaecido el 12 de agosto de 2007, dicha litigante consolidó tanto los derechos hereditarios adquiridos por la anterior defunción de la otra progenitora, y respecto de los que sólo ostentaba la nuda propiedad, sino también los derivados del óbito de aquél, lo que, según se refleja en escritura de partición de herencia otorgada en 5 de marzo de 2008, ha supuesto la percepción de 296.742,02 euros en depósitos bancarios (*vid.* folios 93 y siguientes).

Obvio es, a tenor de lo antedicho, que, aun subsistiendo, al menos en parte, el desequilibrio que condicionó el pactado reconocimiento, además con carácter expresamente «vitalicio», del derecho que ahora se debate, se ha producido una notable modificación en la economía de uno y otro litigante, lo que, en virtud de lo pactado, en relación con el artículo 100 del Código Civil, atrae necesariamente al caso las previsiones sobre modificación cuantitativa contempladas en dicho precepto, y nos lleva, ponderando los expuestos factores, a cifrar la pensión en 600 euros al mes, en cuyo sentido, y con las especificaciones que se dirán, procede acoger, si bien parcialmente, el recurso articulado.

Ciertamente, el matrimonio duró poco tiempo pero no podemos obviar que el cuidado de los hijos pequeños durante el matrimonio limitó en un pequeño grado las posibilidades de formación y promoción profesional de la esposa y en un mayor grado los hijos que quedan bajo su cuidado afectan a la dedicación futura, por lo que existe un desequilibrio que justifica una pensión compensatoria si bien temporal, durante el plazo de un año.

AP Pontevedra, Sec. 6.^a, Sentencia de 25 de junio de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Melero Tejerina

El artículo 97 del Código Civil establece que el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1.^a Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2.^a La edad y el estado de salud.
- 3.^a La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

- 4.^a La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5.^a La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6.^a La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7.^a La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8.^a El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
- 9.^a Cualquier otra circunstancia relevante.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

Para el nacimiento del derecho a percibir la pensión que determina el artículo 97 del Código Civil, se requiere que con la separación se produzca un desequilibrio, que la separación depare a una de las partes un empeoramiento económico en relación con la posición que mantenía durante la convivencia y que represente un desequilibrio real con la posición de la otra parte. La pensión compensatoria o por desequilibrio económico, como derecho relativo, circunstancial, condicional y limitado, tiene como legítima finalidad colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades, singularmente económicas y laborales. De ahí que el eje central de esta institución esté en el restablecimiento de una verdadera, aunque potencial, igualdad de oportunidades.

En este sentido la Sentencia del TS, de 17 de julio de 2009 que se reproduce a continuación ha señalado que «el artículo 97 de Código Civil concibe legalmente este derecho como reequilibrador para aquel cónyuge a quien la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio en relación a las circunstancias económicas de que gozaba constante matrimonio y sólo se acreditará cuando se pruebe la existencia de dicho desequilibrio patrimonial. No supone un mecanismo igualatorio de las economías conyugales, porque su presupuesto esencial es la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de que un cónyuge gozaba durante el matrimonio y las de después

de la ruptura. Esta doctrina ha sido mantenida de forma reiterada y unánime por esta Sala». Así la Sentencia de 10 febrero 2005, repetida en las de 5 noviembre 2008 y 10 marzo 2009, dice que «la pensión compensatoria es pues, una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el artículo 97 del Código Civil no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación), y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge receptor, lo que hace que esta Sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria [Sentencia de 2 de diciembre de 1987: «... todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos si se cumplen los requisitos legales como derecho concurrente (artículos 142 y ss. CC)»]. Se trata además de un derecho subjetivo sujeto a los principios generales de la justicia rogada y del principio dispositivo formal puesto que, según afirma la propia Sentencia de 2 de diciembre de 1987 «la ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil (desequilibrio en relación con la posición del otro, empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio)», razón por la que, sigue diciendo, «es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer», con la consecuencia de que la renuncia a la pensión hecha por ambos cónyuges de común acuerdo

en convenio regulador o la ausencia de petición expresa por la parte interesada en su demanda de separación o divorcio, impiden su estimación por el tribunal».

Por lo tanto, sólo dejará de nacer el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada.

Las circunstancias tomadas como base en la sentencia no se cuestionan en el recurso, a saber, los recursos económicos actuales, que el matrimonio duró tres años, la edad de Estefanía y que ésta no tiene impedimentos para trabajar.

Ciertamente, el matrimonio duró poco tiempo pero no podemos obviar que el cuidado a los hijos pequeños durante el matrimonio que limitó en un pequeño grado las posibilidades de formación y promoción profesional de Estefanía y en un mayor grado los hijos que quedan bajo su cuidado afectan a la dedicación futura que le van a exigir, por lo que existe un desequilibrio que justifica un pensión compensatoria de 100 euros mensuales proporcionada a los recursos económicos de Lorenzo si bien temporal, durante el plazo de un año, para que Estefanía pueda equilibrar su situación.

La expuesta situación de mero compañerismo o amistad mal se concilia con las permanencias del referido señor en el domicilio familiar en horas que nada tienen que ver con la actividad laboral que aquéllos desempeñan, sin que el dato formal del empadronamiento tenga entidad suficiente para desvirtuar los hechos expuestos por el detective. En consecuencia, se declara extinguida la pensión compensatoria.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 15 de junio de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

Ante la enorme dificultad que presenta, en la mayoría de los casos, la cumplida demostración, a los fines contemplados en el artículo 101 del Código Civil, de la convivencia marital con un tercero del beneficiario de una pensión por desequilibrio, dado el lógico interés del mismo en ocultar tal situación en aras de conservar el derecho económico, la resolución judicial del conflicto al efecto suscitado puede apoyarse, conforme faculta el artículo 386 LEC, en la concurrencia de indicios sólidos de los que quepa inferir lógicamente, conforme a las reglas del criterio humano, tal situación convivencial.

La aportación a las causas matrimoniales de tales indicios puede realizarse a través de los diversos medios de prueba al efecto habilitados por los artículos 299 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, entre ellos, los informes elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente habilitados acerca de hechos relevantes en los que las partes apoyen sus pretensiones, y respecto de los que, si no fueren reconocidos como ciertos, se practicará prueba testifical (artículo 265.1).

En el caso examinado se aporta, junto con el escrito rector del procedimiento, un informe de observación llevado a efecto, por un detective, en las inmediateces del domicilio de la demandada durante los días 14, 17, 22 y 23 de abril de 2008. Se refiere en el mismo, y se acredita con un reportaje fotográfico, que D. Horacio, en todas las referidas ocasiones, sale poco después de las ocho de la mañana de dicha vivienda, a la que se reintegra por la tarde, y en la que permanece a las 0 horas, en que se retira el servicio. En algunas de dichas ocasiones va acompañado de la ahora demandada, viéndoseles subir a la referida vivienda bolsas que, al parecer, contienen alimentos.

La parte demandada, en su escrito de contestación, si bien impugna de un modo inconcreto el referido informe, reconoce que el Sr. Horacio acude, en ocasiones, a la vivienda de D.ª Montserrat, a fin de acompañar a la misma al aeropuerto de Barajas, donde ambos trabajan; y se añade que aquél se encuentra empadronado en otro domicilio, como así se acredita con el correspondiente certificado de empadronamiento.

Pero la expuesta situación de mero compañerismo o amistad, mal se concilia con las permanencias del referido señor en el domicilio familiar en horas que nada tienen que ver con la actividad laboral que aquéllos desempeñan, sin que el dato formal del empadronamiento tenga entidad suficiente para desvirtuar los hechos expuestos por el detective, y que son ratificados por el mismo, al deponer como testigo, en el acto de la vista celebrado ante la Juzgadora *a quo*.

El propio Sr. Horacio, que también declara en dicho acto procesal, no ofrece explicación alguna de su permanencia nocturna en el domicilio de la demandada, limitándose a afirmar que casi todos los días va a recogerla en coche para desplazarse ambos hasta su lugar de trabajo. Sin embargo, y teniendo el mismo su vivienda a una distancia confesada de, al menos, 10 minutos, tampoco se justifica la circunstancia, expuesta

por el detective, de tener aparcado su vehículo, ya a las siete de la mañana, en las inmediaciones del domicilio de la demandada, al que no se le ve acceder en dicho horario, pero sí salir del mismo, en los días a los que se extiende la observación, poco después de las 8 horas. Añade dicho testigo que, a veces, va a la compra con D.^a Montserrat, e intenta ayudarla en otras cosas.

De todo ello, no puede sino inferirse la existencia, entre la demandada y el citado Sr. Horacio, de una relación, no de simple amistad, sino de comunidad habitual de vida, afecto y socorro mutuo que, aunque tratada torpemente de ocultar en fraude del obligado al pago de la pensión, encuentra un indiscutible encaje en las previsiones del artículo 101 del Código Civil, lo que determina el acogimiento de la pretensión revocatoria al efecto articulada por el recurrente.

Se mantiene la pensión compensatoria si bien se acuerda que quede en suspenso en aquellos períodos en que la ex esposa se encuentre en situación de alta laboral, o perciba prestación o subsidio de desempleo, debiendo aquélla acreditar documentalmente su carencia de recursos, por tales conceptos, en orden a la reanudación de la vigencia del derecho debatido.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 11 de junio de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

La problemática que, en el entorno procesal habilitado por el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se suscita acerca del derecho de pensión por desequilibrio, ha de ser analizada a la luz de la doctrina emanada de los artículos 90 y 91, *in fine*, del Código Civil.

Recogen los mismos la posibilidad de modificar las medidas complementarias acordadas, mediante sentencia firme, en un anterior procedimiento matrimonial, siempre que los factores que condicionaron las mismas hayan experimentado un cambio sustancial y además, conforme a reiterada interpretación doctrinal y judicial, imprevisto, o imprevisible, y ajeno a la voluntad de quien insta el nuevo procedimiento.

Con carácter más específico, y en lo que al caso concierne, los artículos 100 y 101 del mismo texto legal regulan las causas que pueden determinar la modificación cuantitativa y la

extinción, respectivamente, del derecho de pensión por desequilibrio, concretando las primeras en la alteración sustancial de la fortuna de uno u otro cónyuge, en tanto que el cese de la obligación se supedita al nuevo matrimonio, o convivencia marital, del cónyuge beneficiario con un tercero, o a la desaparición de la causa que motivó su inicial reconocimiento, lo que puesto en conexión con el artículo 97, implica la superación del desequilibrio económico en que se basó la sanción del derecho.

En el caso examinado se parte del convenio regulador suscrito por los hoy litigantes en fecha 8 de mayo de 2006 en el que, entre otras estipulaciones, se acordó que el Sr. Victorino abonaría a su esposa, por el desequilibrio que a la misma originaba el divorcio, una pensión de 1.000 euros al mes, durante el plazo de ocho años, computados desde la firma de dicho convenio,

el que fue refrendado por la sentencia que, en 5 de julio siguiente, puso fin al procedimiento de divorcio que aquéllos habían promovido en vía consensual. En fecha 9 de mayo del mismo año, suscriben los esposos un anexo al convenio en el que, entre otros extremos y modificando aquel originario pacto, acordaron que D. Victorino se comprometía a mantener como asalariada a la Sra. Carina en la empresa «P.», y ello hasta su jubilación o declaración de incapacidad permanente, con un salario de 1.000 euros al mes y manteniéndola en situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social. Se añadía que dicha obligación económica habría de mantener su vigencia, no obstante las eventualidades por las que pudiera atravesar la empresa, en tal modo que la misma, en su caso, sería asumida directamente por el esposo, hasta la jubilación de D.^a Carina. Sin perjuicio de lo cual, se sometería dicha cláusula a las previsiones contenidas en el artículo 101 del Código Civil.

Al tiempo de la suscripción del antedicho convenio, y conforme ha quedado acreditado en el curso del presente procedimiento, el esposo, a través de la entidad «P.S.L.» de la que quedó como socio único a raíz de liquidación de la sociedad de gananciales realizada en el repetido convenio, tenía asignada una nómina de 2.901,46 euros netos mensuales, a cuyos recursos unía los percibidos, en su condición de asesor deportivo, del Club ..., por importe de 1.080 euros al mes. La referida sociedad tenía como uno de sus clientes principales a la mercantil «A.», de la que, en el año 2006, percibió 85.513,29 euros (folio 136). Sin embargo esta última entidad fue declarada en concurso voluntario mediante Auto dictado, en fecha 5 de diciembre de 2006, por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de los de Madrid, en cuyo procedimiento se reconoció a favor de «P.» un crédito por importe de 16.238,36 euros (folios 137 y siguientes), correspondientes a las facturas pendientes de pago de los meses de septiembre, octubre y noviembre 2006, según se alega en el escrito rector del procedimiento.

Conforme al nuevo contrato suscrito, en fecha 3 de septiembre de 2006, entre D. Victorino y el Club [...], la remuneración mensual del primero, como asesor deportivo, se incrementó hasta 2.950 euros al mes, con efectos de junio

de dicho año. Dicha relación fue resuelta por la entidad deportiva en 29 de febrero de 2008, a causa, según se expresa en el documento incorporado al folio 156 de las actuaciones, de los reiterados incumplimientos contractuales que se achacan al Sr. Victorino.

En tal modo, y como así inclusive se reconoce por la demandada en su escrito de contestación, se ha producido un notable empeoramiento en la situación económica del actor, en relación con la que disfrutaba al tiempo de sustanciarse el anterior procedimiento de divorcio y que, por las concretas circunstancias que rodean a la misma, en relación igualmente con la crisis general por la que atraviesa la economía española, no cabe calificar de meramente coyuntural, en orden a excluir la posible proyección al caso de las previsiones legales examinadas.

De otro lado, y según consta en el informe de vida laboral incorporado a los folios 315 y siguientes de las actuaciones, D. Carina se incorporó, en fecha 22 de agosto de 2006, a la entidad «A.» en el período transcurrido entre el 22 de agosto de 2006 y el 17 de junio de 2008, y percibió prestación por desempleo entre el 20 de junio y el 2 de septiembre de dicho año, a partir de cuyo momento, y en virtud de diversos contratos temporales que se suceden sin apenas solución de continuidad, comienza a trabajar en «S.», percibiendo un salario neto, en referencia al año 2009, de 1.159,96 euros (folios 242 y siguientes).

A tenor del documento unido al folio 246, dicha relación finalizaba en 30 de junio de 2009, lo que, sin embargo, no nos hace concluir que D.^a Carina haya estado en situación de desempleo desde entonces, habida cuenta que, a tenor de los documentos aportados por la misma en esta alzada, no se inscribe como demandante de empleo hasta el 20 de enero de 2010, habiéndosele reconocido el derecho al percibo de la prestación por tal concepto entre el 17 de enero y el 16 de mayo del corriente año, por importe de 669,27 euros, a cuya finalización ha solicitado el subsidio por desempleo.

En consecuencia, también la situación económica de la Sra. Carina ha experimentado, desde que se suscribió el antedicho convenio, un importante cambio, esta vez positivo, lo que, a la vista del importe de sus expuestas retribucio-

nes salariales, que superaban el *quantum* de la pensión reconocida su favor, podrían, en principio, atraer al caso las previsiones extintivas del artículo 101, al desaparecer el desequilibrio económico que condicionó el reconocimiento del derecho debatido. No puede, sin embargo, desconocerse que tal *status* económico-laboral no se ha consolidado, pues, según se ha expuesto, depende de contratos temporales, que se alternan con etapas en situación de desempleo.

Bajo tales condicionantes, y teniendo en cuenta igualmente los pactos en su momento suscritos, que implicaban, salvo la posible aplicación del artículo 101 CC, la subsistencia del derecho de pensión hasta que D.^a Carina alcanzara la edad de jubilación, habremos de concluir que ni el mantenimiento incondicional del derecho debatido, tal como propugna la apelante, se ajusta a la filosofía inspiradora del artículo 97 CC, ni concurren en el caso elementos de entidad suficiente para activar el mecanismo extintivo contemplado en el artículo 101, a la vista de la inestabilidad económico-laboral por la que atraviesa la beneficiaria del derecho.

Al contrario de lo que alega la recurrente, no pueden ser ponderados, al fin debatido, los gastos que la misma dice afrontar, en cuanto, en

principio, los mismos sólo condicionan la inicial cuantificación del derecho, pero no su modificación, que se supedita tan sólo, a tenor de la expuesta normativa, a la alteración sustancial de la fortuna de una u otra parte. A mayor abundamiento, no consta que los referidos gastos hayan experimentado, desde que se firmó el convenio, un cambio de entidad notable.

Por todo lo cual, la armonización de los intereses, igualmente legítimos, de uno y otro litigante, en relación con la situación descrita, que difiere de modo sustancial de la que condicionó los pactos económicos contenidos en el repetido convenio, nos lleva, en aplicación de las previsiones del artículo 100 del Código Civil, igualmente invocado en el escrito rector del procedimiento en apoyo de las pretensiones allí articuladas, a cifrar ahora la pensión en 600 euros al mes, cuya exigibilidad, por mor de la doctrina emanada del artículo 101, quedará, no obstante, en suspenso en aquellos períodos en que D.^a Carina se encuentre en situación de alta laboral, o perciba prestación o subsidio de desempleo, debiendo la misma acreditar documentalmente su carencia de recursos, por tales conceptos, en orden a la reanudación de la vigencia del derecho debatido, en los términos cuantitativos que ahora se sancionan.

CONVENIO REGULADOR

No se decreta la nulidad del convenio por vicio en el consentimiento ya que la pericial practicada, a pesar de su rigor y de su intento de descender al caso, se mueve más bien en términos genéricos y de conductas típicas que no se consideran determinantes a efectos decisorios; la testifical realizada y su ponderación carece de la contundencia necesaria para obtener una prueba acabada sobre el dato esencial de la libertad o no del consentimiento prestado; y el interrogatorio de parte no tiene la categoría de prueba en sus aspectos que le son favorables, obviando actos concomitantes o posteriores a la firma del convenio que dificultan la tesis de una suscripción bajo una fuerza irresistible o el temor «inminente» de sufrir un mal grave en su persona.

AP Baleares, Sec. 4.^a, Sentencia de 23 de junio de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Aguiló Monjo**

Contenía la demanda inicial del presente proceso, instada por D.^a Natividad contra D. Higinio, el siguiente suplico que conviene reproducir: a) Declarar la nulidad del manifiesto III y del

pacto noveno del Convenio Regulador de divorcio de fecha 27 de diciembre de 2006, entre D.^a Natividad y D. Higinio, por concurrir vicios del consentimiento en la demandante, quien no

podía conocer el alcance de sus actos y las consecuencias de los mismos, por la situación de violencia en la que se encontraba, imputable al demandado, Sr. D. Higinio, condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración.

b) Subsidiariamente, y para el caso de que no se accediera a la anterior petición, que se declare la nulidad del manifiesto III, del Convenio Regulador de divorcio de 27 de diciembre de 2006, entre D.^a Natividad y D. Higinio, en el que se determina que están casados en régimen de separación de bienes, y que se declare que el matrimonio formado por actora y demandado, celebrado en Inca, el 19 de marzo de 1970, está sujeto al régimen económico-matrimonial de gananciales del Código Civil, en razón de la vecindad de derecho común que tenía el demandado al tiempo de su celebración, puesto que éste tenía 23 años en el momento de contraer matrimonio, (había nacido en Arroba de los Montes, Ciudad Real, el 11 de julio de 1946. Se desplaza a Mallorca, para prestar el servicio militar, tres años antes de contraer matrimonio con mi representada), por lo que, desde su mayoría de edad, no habían transcurrido el tiempo necesario para la adquisición de la vecindad civil balear por residencia continuada de diez años, todo ello, de acuerdo con la legislación vigente en el momento de contraer matrimonio, condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración.

c) Consecuentemente con la anterior petición, que se declare la nulidad del pacto noveno del Convenio Regulador de divorcio de 27 de diciembre de 2006, entre D.^a Natividad y D. Higinio, en el que se procede a la liquidación del régimen económico-matrimonial, al haberse realizado incorrectamente, y que se reintegren todos los bienes conyugales a la sociedad de gananciales, para realizar una nueva liquidación del régimen económico-matrimonial, en el procedimiento judicial correspondiente previsto en la LEC, artículos 806y ss., condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración.

d) Subsidiariamente, y para el caso de que la anterior petición no fuera aceptada: 1.º Se declare la rescisión de la liquidación de la sociedad de gananciales por lesión en más de la cuarta parte de los bienes adjudicados a la demandante. 2.º Se determine la cuantía exacta de la lesión respecto de los bienes gananciales liquidados,

a fin de que el demandado pueda ejercitar, con relación a los mismos, la opción que le confiere el artículo 1077 del Código Civil.

La sentencia de instancia, cual se adelantaba, contiene dos distintos pronunciamientos: a) la nulidad del manifiesto III del Convenio Regulador de referencia, por ser contrario a una ley imperativa; y b) la nulidad del pacto liquidatorio noveno del convenio, por vicio del consentimiento concurrente en la parte demandante.

Pues bien, en el primer motivo del recurso se viene a rebatir la concurrencia de vicio del consentimiento en el otorgamiento del mencionado convenio regulador, en tanto en cuanto la sentencia combatida da por probado que su pacto noveno, en concreto, se suscribió bajo una situación de directa y concreta intimidación causalmente determinante de su firma, invocando el artículo 1267 del Código Civil.

No se comparte en este punto la valoración de la prueba efectuada en la instancia. Es cierto que «será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo» (artículo 1265 del Código Civil), pero a su vez el artículo 1267 del mismo cuerpo legal, exige para el caso de violencia el uso de una fuerza irresistible y para la intimidación haber infundido en uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona y bienes, o en la persona y bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Obsérvese que la ley utiliza términos contundentes y de extrema gravedad al definir el vicio del consentimiento invalidante. Por otro lado, está claro que la prueba de la concurrencia de dicha causa de nulidad del consentimiento pesa sobre quien la alega y también lo es que debe demostrarse con una intensidad acreditativa mayor a la ordinaria, descartando las conjeturas e, incluso, las presunciones, pues así lo señala una jurisprudencia constante, reiterada y uniforme del Tribunal Supremo, al exigir una demostración de su realidad, cumplida, irrefutable y totalmente acabada (STS de 25 de noviembre 2000, entre muchas otras).

Entiende este tribunal que no sucede así en el caso enjuiciado, al menos con la virulencia y gravedad que el supuesto, como se ha dicho, requiere, pues la pericia practicada, a pesar de su rigor y de su intento de descender al caso,

se mueve más bien en términos genéricos y de conductas típicas que no se consideran determinantes a efectos decisorios; la testifical realizada y su ponderación carece de la contundencia necesaria para obtener una prueba acabada sobre el dato esencial de la libertad o no del consentimiento prestado; y el interrogatorio de parte no tiene la categoría de prueba en sus aspectos que le son favorables, obviando actos concomitantes

o posteriores a la firma del convenio que dificultan la tesis de una suscripción bajo una fuerza irresistible o el temor «inminente» de sufrir un mal grave en su persona.

Por todas las anteriores consideraciones procede estimar el motivo de apelación y dejar sin efecto la declaración de nulidad contractual por vicio del consentimiento contenida en el fallo de la sentencia combatida.

CUESTIONES PROCESALES

Cuando dos tribunales de distintos países están conociendo de demandas matrimoniales no pueden plantearse cuestiones de competencia sin perjuicio de poder denunciarse ante el tribunal polaco que conoce del asunto su posible falta de competencia a los fines contemplados en el artículo 17 del Reglamento.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 20 de julio de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

En el escrito rector del procedimiento que, por vía del presente recurso, se somete a nuestra consideración, la representación de D.^a Adelaida plantea, a la amparo del artículo 63.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuestión de competencia por declinatoria, suplicando del Órgano *a quo* que, previa la tramitación oportuna, dicte Auto mediante el que, apreciando la falta de competencia territorial del Juzgado de Swidnica (Polonia) para conocer de la demanda de separación matrimonial entablada ante dicho Órgano por el esposo de aquella, D. Héctor, declare que la competencia a tal fin corresponde a los Juzgados de Torrejón de Ardoz y, en su consecuencia, se ponga tal hecho en conocimiento del Juzgado de Swidnica, para que por éste se inhiba de su conocimiento.

La Juzgadora de instancia, mediante Auto de 1 de septiembre de 2009, inadmite a trámite dicha solicitud, argumentando que, conforme a lo prevenido en los artículos 42 y 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cuestión de competencia sólo puede suscitarse entre Juzgados de un mismo orden jurisdiccional dentro del territorio nacional, pero no fuera del mismo.

Y contra dicho criterio decisorio se alza la parte actora exponiendo, a través de su dirección Letrada y en el trámite del artículo 458 LEC, que no son de aplicación al caso las normas en las que se apoya la resolución apelada, ya que las mismas han de ceder ante el Reglamento núm. 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea, cuya aplicación, y en concreto sus artículos 3 y 8, determinan la competencia de los tribunales españoles para conocer del referido procedimiento de separación, al ser Torrejón de Ardoz el lugar de residencia de la familia y de las hijas menores.

La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la denominada declinatoria como instrumento único para el control, a instancia de parte, de la competencia (o la falta de ella), incluida la de carácter internacional, para conocer un determinado órgano jurisdiccional de la demanda ante el mismo planteada.

Y así, el artículo 63.1 de dicha normativa procesal previene que mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder

el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional o a árbitros.

En particular, y tratándose de la competencia internacional, el artículo 65.2 dispone que si el tribunal entendiese que carece de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado, lo declarará así mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso.

En tal modo, la denominada declinatoria internacional se mantiene en los mismos términos que tradicionalmente le otorgaban la doctrina y la jurisprudencia española, esto es admitiendo su eficacia negativa y rechazando la positiva. Así, el Tribunal Supremo venía manteniendo que «el tratamiento procesal de la falta de jurisdicción se realiza por el cauce establecido para las declinatorias, puesto que no es imaginable que un tribunal extranjero requiera de inhibición a uno español para que deje de conocer de un asunto, porque ello atenta contra la soberanía. Y la declinatoria termina, cuando proceda, no con la remisión de las actuaciones al tribunal competente, sino con indicación a las partes de cuál es el país que, a juicio del juez español, debe conocer» (S. 10 de noviembre de 1993).

Mutatis mutandi, tal doctrina resulta de indiscutible proyección a supuestos como el que nos ocupa, en el que se pretende que los órganos jurisdiccionales españoles requieran de inhibición a un tribunal de otro país, lo que supondría una prohibida invasión de la soberanía del otro Estado.

Cierto es que, en supuestos como el que nos ocupa, y tratándose de países, como Polonia y España, pertenecientes a la Unión Europea, la competencia para conocer, entre otros, de los procedimientos matrimoniales, viene regulada por normas de carácter supranacional y, en concreto, por el Reglamento del Consejo núm. 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003 que, en su artículo 3, y entre otros supuestos, dispone que aquélla recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges, o el último lugar de residencia habitual de los mismos, siempre que uno de ellos aún resida allí.

En el caso examinado, según se refiere en el escrito rector del procedimiento y se acredita con los documentos adjuntados al mismo, los cónyuges a los que afecta al procedimiento de separación matrimonial entablado ante los tribunales polacos se encuentran empadronados, desde el 1 de mayo de 1996, en Torrejón de Ardoz, en cuya localidad siguen residiendo la esposa y las hijas comunes. Tal situación habría de atraer al caso las previsiones legales antedichas, abonando la tesis que sustenta el recurrente sobre la competencia de la jurisdicción española.

Pero es lo cierto que el Reglamento citado, partiendo del principio de respeto a la soberanía de cada Estado, no contempla la posibilidad de que los tribunales de uno de ellos requieran de inhibición o a los de aquel otro en que se ha planteado el procedimiento matrimonial. En efecto, el artículo 19 tan sólo prevé la hipótesis en que se hayan presentado demandas entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, en que el tribunal ante el que se hubiera presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano ante el que se interpuso la primera, que será, en definitiva, el que deba resolver dicha cuestión. Dicha norma se complementa con la contenida en el artículo 17 que, en la misma línea que el artículo 65.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispone que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se inicie un procedimiento respecto del cual el presente Reglamento no establezca su competencia, y del que sea competente en virtud del mismo un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, se declarará de oficio incompetente.

Bajo tales ineludibles condicionantes legales, no puede prosperar, en los términos en que fue planteada ante el Órgano *a quo*, la pretensión deducida por la ahora recurrente, al no existir, según lo expuesto, cauces procesales hábiles para formular un requerimiento de inhibición, y ello sin perjuicio de poder denunciarse ante el tribunal polaco que conoce del asunto su posible falta de competencia, a los fines contemplados en el artículo 17 del repetido Reglamento.

Puesto que la propia sentencia razona en los fundamentos jurídicos la inconsistencia de las pruebas aportadas para el éxito de la pretensión planteada en el escrito de demanda de modificar las medidas, no existe motivo alguno para considerar que concurren dudas de hecho o de derecho que impidan aplicar el criterio general del vencimiento objetivo en sede de procedimiento de modificación de efectos y por tanto se condena en costas a la parte actora.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 13 de julio de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, y con revocación de la misma, solicita la imposición de las costas de la instancia a la parte demandante, señalando que así se resolvió en la sentencia apelada, pronunciamiento que no es posible variar por medio de auto aclaratorio, en virtud de lo señalado en el artículo 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo demás, refiere la parte apelante que no existe motivo alguno para no imponer las costas en este procedimiento dado que la propia sentencia valora las razones por las que no se ha accedido a la pretensión planteada por el demandante, en lo que se refiere a la improcedencia de dicha pretensión no obstante el percibo, por parte de la hoy recurrente, de una pensión, que sirve para afrontar las necesidades de la misma y la disfunción visual que padece, como también se ha argumentado que el informe de detectives no ha sido prueba suficiente para acreditar la convivencia entre la demandante y el tercero.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, ha solicitado la confirmación de la sentencia, insistiendo en la prueba relativa a la convivencia de la demandada con otra persona.

Dando respuesta al argumento de la parte recurrente en orden a la invariabilidad de las sentencias, se hace preciso interpretar de modo correcto el artículo 214 del texto procesal ya citado, puesto que si bien es cierto que en el fallo de la sentencia hoy apelada se acordó la imposición de las costas a la parte demandan-

te, también lo es que en el fundamento jurídico quinto de dicha resolución se advertía de la no imposición de las costas, en razón de las dudas de hecho, y en relación al incierto resultado, y la consiguiente valoración, del informe de detective, y al hecho relativo al percibo de pensión no contributiva.

En suma, el precepto antes citado cierto es que es de aplicación cuando no se ha advertido ninguna contradicción en el texto completo de la sentencia, pues, antes bien, si como ocurre en el presente supuesto se da lugar a distintos pronunciamientos, en los términos indicados en dicho fundamento jurídico y en el fallo de la resolución, era evidente que se hacía necesario rectificar tal contradicción por medio del auto de 25 de noviembre de 2009, que, en suma, acordó no imponer las costas a la parte demandante en consonancia con lo señalado en el fundamento jurídico quinto de la sentencia.

Por ello, en aplicación, precisamente, del precepto antes aludido, este motivo del recurso no puede prosperar.

Sin embargo, y en otro orden de consideraciones, y para acceder al éxito de la pretensión planteada por otros razonamientos, el Tribunal Supremo en Sentencias, entre otras, de 2 de julio de 1990 y 22 de junio de 1993, ya señalan que es necesario tener en cuenta el criterio del vencimiento objetivo, pues sólo se acepta la posibilidad de suavizar la condena que se infiere de la literalidad del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (con referencia, por el Alto Tribunal, al artículo 523 de la antigua ley procesal), si bien se hace preciso razonar y motivar debidamente la no imposición de las costas, jus-

tificando las circunstancias excepcionales que determinan tal declaración, es decir, se admite una discrecionalidad razonada, y así lo exige el propio precepto.

Sentado lo anterior, el criterio del vencimiento, recogido en el precepto antes aludido, tiene por finalidad no gravar a quien se ve forzado a litigar contra quien desconoce su derecho y provoca innecesariamente un pleito, aun sin poner en entredicho el derecho a la tutela judicial prevenido el artículo 24 de la Constitución, y dado que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (Auto 171/1986) no constituye tal condena una sanción en sentido estricto, sino una contraprestación por los gastos originados por el proceso, y una compensación por el desembolso que hace quien se ve obligado a litigar.

En otro orden de consideraciones, conviene precisar que la Sala está facultada para proceder a una nueva y distinta valoración de las circunstancias que el juzgado ha tenido en cuenta para no imponer las costas, pues aun siendo cierto que, en principio tales circunstancias se aprecian de un modo cuasi soberano por el juzgado, ello no impide en la alzada precisar las oportunas apreciaciones al respecto, para concluir que, realmente, no existiendo dudas de hecho y de derecho en la problemática suscitada y sometida a la consideración de los tribunales, ha de prosperar el principio del vencimiento objetivo.

En efecto, el demandante, por medio del escrito rector del procedimiento, fundamenta la pretensión planteada, sobre extinción de la pensión compensatoria o, en su caso, la reducción del importe y la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar en el hecho relativo al percibo de pensión no contributiva, así como en la convivencia de la demandada con D. Andrés.

Respecto de dicha pensión no contributiva, la propia sentencia refiere que no es circunstancia a tener en cuenta para el éxito de cualquiera de las pretensiones formuladas, dado que el importe que se percibe por este concepto lo es única y exclusivamente para afrontar las deficiencias físicas que padece la demandada, es decir, se justifica que en modo alguno dicha prestación

percibida en estas condiciones y para dicho fin pueden fundamentar la modificación de la Sentencia de divorcio de 11 de abril de 2007, ratificada por la Sala, por Sentencia de 14 de octubre de 2008, resolución que, por otra parte, elevó la cuantía de la pensión compensatoria respecto de la que venía establecida en la sentencia de instancia.

En otro orden de argumentos, la propia sentencia hoy apelada también valora convenientemente el informe de detective, para afirmar que no ha sido suficiente para acreditar la convivencia de la demandada con la persona antes indicada, al tiempo que señala que cuatro días de seguimiento personal de la misma no sirven para acreditar la convivencia, en las circunstancias y condiciones que exige la jurisprudencia para provocar la consecuencia buscada por medio del escrito rector del procedimiento, al tiempo que establece la imposibilidad de considerar dicho informe cuando se indica que la prueba testifical practicada contradice totalmente el contenido del informe, lo que se advierte del testimonio del hijo del matrimonio, quien afirma categóricamente que no existe convivencia entre su madre y esta persona, al tiempo que refiere que solamente une a aquéllos una relación de amistad, siendo así que en el acto de la vista compareció también D. Andrés, quien también negó el hecho afirmado de contrario, sobre la convivencia con la demandada.

Por criterios de pura coherencia, y puesto que la propia sentencia razona en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto la inconsistencia de las pruebas aportadas para el éxito de la pretensión planteada en el escrito de demanda, por todo cuanto antecede no existe motivo alguno para considerar que concurren dudas de hecho, o de derecho, que impidan aplicar el criterio general del vencimiento objetivo, en sede de procedimiento de modificación de efectos, como es el caso, y puesto que se advierte claramente y sin ningún género de dudas que no existe motivo alguno para modificar la sentencia de divorcio, en los apartados que se han cuestionado en este procedimiento.

En conclusión, las costas de la instancia deben imponerse a la parte actora, revocando el auto de 25 de noviembre de 2009.

Es improcedente no admitir a trámite la demanda en base a la falta de representación de la Procuradora toda vez que anunciado en la demanda que la representación se ostentaba mediante el nombramiento de oficio, la presentación del documento puede efectuarse hasta el momento de inicio del juicio verbal.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 5 de julio de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Ana Delia Muñoz Jiménez**

En fecha 17 de noviembre de 2009 se presentó demanda sobre guarda y custodia, régimen de alimentos y visitas en favor de la hija de la demandante D.ª Ascensión y del demandado D. Juan Pablo, que fue firmada por D.ª M.ª Teresa Villaescusa Soler, en calidad de Procuradora de los Tribunales, alegando designación de oficio, que fue repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Gandía y, mediante diligencia de ordenación, se dispuso requerir al Procurador, previamente a la admisión de la demanda, para que acreditase la representación procesal que decía ostentar por término de diez días, bajo el apercibimiento de que, de no efectuarlo, le pararía el perjuicio a que hubiere lugar en derecho, notificada al Procurador el día 10 de diciembre de 2009.

En fecha 4 de febrero de 2010 por el citado Juzgado se dictó auto inadmitiendo a trámite la demanda, por no haber subsanado el defecto dentro del plazo.

El mencionado auto fue recurrido en apelación por D.ª M.ª Teresa Villaescusa Soler, en representación de D.ª Ascensión, acompañando al mismo la designación de oficio de dicha Procuradora por el Colegio correspondiente mediante solicitud efectuada por D.ª Ascensión por asistencia jurídica gratuita para intervenir en el procedimiento.

El recurso de apelación se funda en que la Procuradora había manifestado al Juzgado que la designación de Abogado y Procurador había sido realizada de oficio por haber solicitado el beneficio de justicia gratuita y que, en tal supuesto, no era necesario que se otorgase apoderamiento *apud acta* en favor de dicho Procurador, solicitando que se resolviera la procedencia de la admisión a trámite de la demanda de medidas sobre hijos extramatrimoniales, por no requerir la designación del Procurador de oficio de apoderamiento *apud acta*.

Para resolver el recurso ha de tomarse en consideración, por una parte, que la doctrina de los tribunales viene considerando que el Procurador designado de oficio tiene la facultad de representar a la parte en virtud del nombramiento o designación (por ejemplo, SAP Madrid de 2 de febrero de 1995), que considera que la designación de oficio del Procurador permite considerar que éste está debidamente apoderado para representar a la parte en el procedimiento y en sus incidentes.

Así resulta también del artículo 15 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, al establecer como efecto de la designación provisional del Procurador el que éste asuma la representación, estableciendo el artículo 18 que el reconocimiento del derecho implicará la confirmación de las designaciones de abogado y de procurador efectuadas provisionalmente por los Colegios profesionales.

En el presente caso, se hizo constar en el encabezamiento de la demanda que la Procuradora D.ª Teresa Villaescusa Soler actuaba en representación de D.ª Ascensión, según tenía designado de oficio.

En segundo lugar, la Sala entiende que el defecto de justificación de la designación de oficio pudo subsanarse hasta el momento de la celebración del juicio, y en este sentido se sigue la línea marcada, por ejemplo, por la SAP Badajoz, Sec. 3.ª, S. 19 de mayo de 2003, EDJ 2003/219981, que indica:

«1. Los supuestos de inadmisibilidad de una demanda son excepcionales en la Ley procesal, tanto en lo que se refiere al juicio ordinario como el juicio verbal.

2. Si bien es cierto que el artículo 23.1 LEC dice que: “La comparecencia en juicio será por medio de procurador legalmente habilitado para actuar en el tribunal que conozca del juicio”

y que el artículo 24.2 añade que: “La escritura de poder se acompañará al primer escrito que el procurador presente o, en su caso, al realizar la primera actuación; y el otorgamiento *apud acta* deberá ser efectuado al mismo tiempo que la presentación del primer escrito o, en su caso, antes de la primera actuación”, también lo es que la falta de formalización de la representación procesal, cuando se ha alegado que existe en el escrito de demanda, aparte de poder ser subsanada en virtud del artículo 231 de la Ley adjetiva, si no se subsana en este primer estadio procesal no tiene por qué dar lugar a la inadmisión de la demanda, ni al archivo de las actuaciones, pues estas fatales consecuencias no están previstas legalmente para este supuesto en este comienzo de procedimiento; a diferencia de lo que ocurre con los escritos o solicitudes que no lleven firma de letrado, que no podrán proveerse conforme al mandato específico del artículo 31.1 de la tan repetida Ley.

3. El órgano jurisdiccional; tanto en el juicio ordinario como en el verbal, al momento de admitir a trámite la demanda ha de velar de oficio por su jurisdicción, por su competencia objetiva, por su competencia territorial cuando proceda por venir determinada por normas imperativas (artículos 404 y 440 LEC), y por la clase de juicio que haya de seguirse (artículo 254 LEC), pero no de la capacidad de las partes y de su representación, salvo en el caso de que se llegue a un acuerdo entre litigantes, respecto del cual se solicite la homologación judicial (artículo 415 LEC).

Bien es cierto que el artículo 264 de la Ley procesal dispone que: “Con la demanda, con la contestación o, en su caso, al comparecer a la vista del juicio verbal habrán de presentarse:

1.º El poder notarial conferido al procurador siempre que éste intervenga y la representación no se otorgue *apud acta*, pero también lo es que la no presentación de este documento junto con la demanda no impide su aportación posterior o que sea suplido con un apoderamiento *apud acta*, como así se infiere de la posibilidad de subsanar los defectos de postulación y de que la preclusión para aportar documentos con los escritos de demanda, contestación o, en su caso, en la audiencia previa, viene referida a los documentos relativos al fondo del asunto del artículo 265 y no a los procesales del artículo 264 (artículo 270 LEC).

4. Apreciando el Juez, al presentarse una demanda, defectos en la representación procesal, cualesquiera que fueren, debe cuidar que los mismos puedan ser corregidos en los términos del artículo 231 LEC, y a tal efecto debe advertir a las partes de la necesidad de subsanación, pero no tiene por qué señalar un plazo preclusivo para subsanar, que fatalmente lleve a la inadmisión de la demanda o al archivo de las actuaciones si no se subsana el mismo, cuando tal posibilidad no está prevista legalmente y cuando, por el contrario, el legislador sí que ha señalado unos momentos procesales concretos y preclusivos en que puede llevarse a cabo tal subsanación con el efecto de que de no producirse se pondría, entonces, fin al proceso, así: en el juicio ordinario será el inicio de la audiencia previa donde habrá de subsanarse el defecto apreciado para que al actor se le tenga por comparecido mediante Procurador (artículo 414.2 LEC) o en su caso, será el primer estadio de la misma cuando se subsanarán en el acto, si es posible, o mediante la concesión de un plazo de diez días dichos defectos de representación procesal que hubieren sido denunciados por el demandado (artículos 414.1, párrafo 2.º, 416.1 y 418 LEC); y en el juicio verbal en el momento inicial de la vista, en que el demandante habrá de comparecer en forma para que se le tenga por asistido a la misma con las consecuencias previstas en el artículo 442 si no lo hiciera. (En iguales términos, SAP Murcia de 26 noviembre 2002, SAP Valencia, —Sentencia núm. 129/2002, de 26 febrero—, Santa Cruz —Sec. 4.ª, Sentencia 78/2002, de 18 marzo— y Cáceres —Sec. 2.ª, Sentencia 7/2002, de 15 enero, y Sec. 1.ª, Sentencia 48/2001, de 25 julio—)».

De todo lo anterior resulta que debe estimarse justificada la representación procesal de la demandante y que el plazo para su acreditación, anunciado en la demanda que la representación se ostentaba mediante el nombramiento de oficio, mediante el documento acreditativo de la designación de oficio por justicia gratuita, pudo realizarse hasta el momento de inicio del juicio verbal, pues es este procedimiento el que es aplicable con carácter general a los procesos de familia (artículo 753 LEC), por lo que fue improcedente la inadmisión de la demanda y debe ser estimado el recurso de apelación.

Se inadmite la petición de medidas urgentes por vía del artículo 158 del CC ya que los hechos en los que se basa la petición de suspensión del régimen de visitas son más propios de un procedimiento de modificación de medidas.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 22 de junio de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de instancia, y con revocación de la misma, solicita la admisión de la solicitud urgente sobre suspensión del régimen de visitas del padre para con la hija, o en su caso la fijación de las comunicaciones en punto de encuentro, el domingo, de 16 horas a 19 horas.

Reitera los alegatos expuestos en el escrito de solicitud de dichas medidas, en base al artículo 158 del Código Civil.

Se comparten los argumentos expuestos en el auto apelado, en orden a la inadmisión de la solicitud formulada, y por cuanto que los alegatos contenidos en el escrito por el que se interesa la medida cautelar, son más propios de la demanda de modificación de efectos, cauce procesal que sirve para, por vía de medidas coetáneas provisionales, interesar la adopción de aquella que resulten más favorable para la menor.

En efecto, cuando se advierte que a la menor le cuesta estar con su padre, cuando se indica que dicha hija tiene que estudiar, cuando se menciona que en realidad dicha hija siempre está con los abuelos paternos, se está preten-

diendo dejar sin efecto, con carácter definitivo, lo dispuesto en la Sentencia de fecha 13 de marzo de 2006, que acordó el régimen de visitas del padre para con la hija, en términos muy amplios, que incluye fines de semana con pernocta los domingos, dos tardes, y mitad de la Navidad, y la Semana Santa y el verano.

Por ello, los argumentos que sirven de base para la petición planteada deben resolverse por vía del proceso que implica tener en consideración el principio de contradicción, y un amplio derecho de defensa y de audiencia en favor de la parte demandada, así como la posibilidad de practicar pruebas de toda clase, incluyendo la pericial psicológica y la audiencia de la menor, lo que no es propio del procedimiento de solicitud de medidas urgentes prevenido en el artículo 158 del texto legal antes citado.

Por lo demás, respecto del incidente al que se refiere la recurrente en el escrito inicial, conviene recordar que se dictó auto de sobreseimiento de 4 de noviembre de 2009, en sede de jurisdicción penal, que de modo que no se observa situación de urgencia que justifique la admisión de la demanda.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

La pensión alimenticia no puede retrotraerse desde la interposición de la demandada dado que nos encontramos en fase de ejecución de sentencia y el título judicial nada señala al respecto.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Auto de 22 de julio de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España**

No obstante los razonamientos contenidos en la resolución de instancia es lo cierto que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, no debe

olvidarse que estamos en presencia de una demanda ejecutiva, es decir, una demanda que tiene por objeto llevar a cabo lo acordado en

una resolución judicial, por lo que sólo podrá ejecutarse aquello que haya sido expresamente recogido en dicha resolución, sin que, por tanto, pueda interesarse, ni ejecutarse, otras cosas no contenidas en la resolución que se pretende ejecutar; y así las cosas, es visto que el auto de fecha 11 de julio de 2007 nada dice acerca de la fecha desde la cual son debidos los alimentos, por lo que mal podrá interesarse lo sean desde la fecha de la demanda, máxime tratándose de medidas provisionales en cuya resolución nada se

ha dicho, por lo que no opera el artículo 148 de la forma automática como la que se interesa por la ejecutante, por lo que dado que se consignó la suma adeudada, necesariamente debe acogerse el recurso de apelación y haber lugar a seguir la ejecución sólo por la suma de 1.050 euros que es lo que realmente se adeudaba, si bien, dado que se consignó y entregó dicha suma ya nada se debe, debiendo por ello revocarse la resolución de instancia sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de ambas instancias.

Se inadmite la demanda ejecutiva interpuesta por el padre en la que reclamaba que se dicte resolución instando a los servicios técnicos del Punto de Encuentro competente para que remitan informe sobre el cumplimiento del régimen de visitas del hijo menor ya que si los empleados del Punto de Encuentro aprecian un incidente de trascendencia en el desarrollo del régimen de visitas remiten informe sin necesidad de reclamárselo.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 21 de julio de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés

La cuestión suscitada tiene su origen en la demanda ejecutiva interpuesta por la representación de D. Modesto el día 5 de noviembre de 2009 en la que se reclamaba que se dicte resolución instando a los servicios técnicos del Punto de Encuentro competente, remitan informe sobre el cumplimiento del régimen de visitas del hijo menor Ángel Daniel. Dicha demanda tuvo una inmediata respuesta negativa en el auto de 26 de enero de 2010 que es objeto de recurso de apelación. La pretensión de la parte apelante no puede tener una favorable acogida, pues si los empleados del Punto de Encuentro aprecian un incidente de tras-

cendencia en el desarrollo del régimen de visitas remiten informe sin necesidad de reclamárselo, debiendo recordarse que los progenitores en aras del beneficio del menor que es criterio prevalente en esta materia, tal como se desprende del artículo 94 del CC, 39.2 de la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en Nueva York por la asamblea general de las Naciones Unidas de 20 de octubre de 1989, deben intentar evitar la conflictividad para crear un clima de entendimiento y flexibilidad entre ellos que es el adecuado para un desarrollo integral y armónico de los hijos en todos los órdenes.

La reclamación por vía de proceso monitorio del reconocimiento de la deuda de atrasos por alimentos reconocida ante notario es competencia del Juzgado de Primera Instancia ordinario y no del especializado en Familia.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Auto de 20 de julio de 2010

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Pilar Manzana Laguarda

Procede resolver la cuestión de competencia tal y como viene planteado entre el Juzgado civil con competencia ordinaria y el Juzgado, también civil

con competencia especializada en materia de Familia, a favor del primero de ellos, en la medida en que entre sus competencias específicas no se

encuentra la que tiene por objeto la reclamación por vía de proceso monitorio, del reconocimiento de la deuda de atrasos por alimentos reconocida ante notario. Y ello de conformidad con lo dis-

puesto en el Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, de creación de los Juzgados de Familia, y las consecuentes normas de reparto de los Juzgados de Valencia, revisadas en mayo de 2010.

La actitud exteriorizada por el hijo para no relacionarse con su madre obedecía a la manipulación a que él mismo era sometido por la figura paterna y en consecuencia procede confirmar la multa coercitiva impuesta al padre por todos los días que no pudo llevarse a efecto el régimen de visitas fijado.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 29 de junio de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

La cuestión que, por vía del presente recurso, se somete a nuestra consideración tiene su origen en el auto dictado por el Órgano *a quo* en fecha 7 de mayo de 2007, y confirmado por el de esta misma Sala de 5 de mayo de 2009, en el que, ante el incumplimiento del régimen de visitas que, respecto del hijo menor confiado la custodia paterna, se había establecido en favor de la otra progenitora mediante Sentencia de 2 de enero de 2007, se acordó, entre otras medidas, imponer al Sr. Hugo una multa coercitiva de 150 euros por cada uno de los días en que se produjera dicho incumplimiento.

En la antedicha resolución de este Tribunal, y frente al alegato de la dirección Letrada del entonces también recurrente del cumplimiento por el mismo de la citada obligación, al acudir con el hijo al Punto de Encuentro en las fechas señaladas, siendo el menor quien se negaba a mantener relación alguna con la madre, se argumentaba que «al contrario de lo que se expone en el recurso, no puede considerarse acreditado, en modo alguno, que la falta de relación de Rubén con su madre obedezca única y exclusivamente a la libre decisión del mismo, en cuanto su voluntad aparece gravemente condicionada por la actitud manipuladora del progenitor custodio, quien no ha sabido asumir plenamente la responsabilidad que conlleva la función que se le ha encomendado».

El Órgano *a quo*, tras recabar la oportuna información del Punto de Encuentro en el que había de producirse la entrega del menor, a fin de llevar a efecto el sistema de visitas sancionado, acuerda, mediante Auto de 11 de septiembre

de 2009, fijar la multa a abonar por el Sr. Hugo en 29.550 euros, correspondiente a 197 días, computados entre el 7 de mayo de 2007 hasta el 5 de julio de 2009, en que el menor no había permanecido con la madre, según el régimen establecido.

Y contra dicho criterio decisorio se alza D. Hugo, suplicando de la Sala que se deje sin efecto la referida condena económica. En apoyo de dicho *petitum* revocatorio, su dirección Letrada expone, en el trámite del artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el mismo ha cumplido, en todo momento, con su obligación de llevar al hijo al Punto de Encuentro designado al efecto, siendo el menor, que ya cuenta con casi quince años, quien rechaza relacionarse con la madre. Y se añade que D.^a Isabel no ha solicitado la ejecución del auto de 7 de mayo de 2007, sino que el Juzgado ha actuado de oficio, calculando la multa en una suma absolutamente desorbitada, y tal medida no beneficiará al hijo, ya que el mismo va a sufrir las consecuencias derivadas de la precariedad en la que ha de quedar el progenitor que debe atender sus necesidades.

Previene el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Añade el Tribunal Supremo, ya desde viejas sentencias como la de 28 de junio de 1927, que las resoluciones judiciales dirigidas a llevar a efecto una sentencia firme deben ajustarse exactamente a las declaraciones que ésta contenga, cumpliéndolas puntualmente en toda su integridad, sin ampliar ni reducir sus límites, ni hacer declaraciones contrarias o no comprendidas en ella.

En el supuesto analizado, los alegatos del apelante sobre la negativa del hijo a relacionarse con la madre no pueden tener, en el presente momento y trámite procesales, relevancia en orden a desvirtuar el criterio establecido en el Auto apelado, pues, según se ha expuesto, tal conducta del menor ya fue esgrimida en la anterior fase procesal, culminada por los referidos Autos del Juzgado y de esta misma Sala, en los que se rechazó la pretensión del hoy también apelante, en cuanto basada en dicho motivo, argumentándose que la actitud exteriorizada por Rubén obedecía a la manipulación a que él mismo era sometido por la figura paterna.

En consecuencia, no resulta procedente entrar nuevamente, en el actual estado de la tramitación del incidente, en el examen de una cuestión que ya quedó afectada por el principio de cosa juzgada que sancionan los artículos 207 y 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las consecuencias contempladas en los mismos.

Ello sentado, el Auto que ahora se apela se limita, ante la inobservancia de lo entonces acordado, a dar cumplimiento, en sus propios términos, a las antedichas resoluciones, respecto de las que, por afectar a un menor, y al contrario de lo que se alega por el recurrente, no

resulta imprescindible la expresa postulación de parte. En efecto, nos encontramos ante una materia que, al afectar a un menor de edad, escapa del poder dispositivo de las partes, para pasar a ser de derecho imperativo o *ius cogens*, lo que permite al Juez, e inclusive le obliga, a adoptar de oficio cuantas medidas estime pertinentes, en los términos legalmente habilitados al efecto, y entre ellas las multas coercitivas a que se refieren los artículos 711 y 776 LEC, que una vez acordadas, no pueden quedar, según la tesis sostenida por dicho litigante, en meras declaraciones formales, esto es vacías de todo contenido ejecutivo, y ello por la sola circunstancia de no haber solicitado la otra parte su efectiva exacción, habida cuenta además que ello no ha de repercutir en beneficio económico de dicha progenitora, al haber de ser ingresado su importe en el Tesoro Público.

Y en cuanto tampoco el trastorno pecuniario que la efectividad de la medida sancionada, y que ahora se desarrolla, alcanza entidad jurídica para eludir las exigencias del citado artículo 18.2 LOPJ, no encontramos, en el planteamiento efectuado por el apelante, motivos hábiles en derecho que permitan acoger la pretensión revocatoria articulada.

Se confirman las multas coercitivas impuestas por el Juzgado de Familia que ascienden en su totalidad a 45.900 euros y se deniega el pago fraccionado solicitado por la ejecutada.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 24 de junio de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Carmen Neira Vázquez**

Con fecha 15 de enero de 2009, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de los de Madrid se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Despáchese la ejecución solicitada por la representación de D. José Luis, parte ejecutante, contra D.^a Rosana, parte ejecutada y requiérase a la Sra. Rosana, para que en el plazo de 10 días abone en la c/c de este Juzgado 2450 de Banesto la cantidad de 45.900 euros, en concepto de multa coercitiva por el período comprendido entre el fin de semana 10-12 de noviembre de 2006 al de 10-12 de octubre de 2008 incluido, para su posterior ingreso en el Tesoro Público, apercibiéndole de embargo de sus bie-

nes, así como las cantidades que vayan venciendo, haciéndole saber que se adoptarán las medidas de localización y averiguación de sus bienes conforme a lo previsto en los artículos 589 y 590 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el embargo de bienes y todas las actuaciones tendientes al cobro total de las cantidades que se pueda adeudar, todo ello de oficio por el Juzgado.

Oficiase al Punto de Encuentro, a fin de que certifiquen los fines de semana en que la madre no haya entregado a su hija, desde el fin de semana 24-26 de octubre de 2008 incluido, hasta la actualidad, incluyendo los períodos de vacaciones».

Con fecha 27 de marzo de 2009, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de los de Madrid se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Se deniega la petición de pago fraccionado de la multa coercitiva y se acuerda el embargo del salario que percibe la Sra. Rosana en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, que se efectuará conforme a lo establecido en el artículo 607 de la LEC, hasta cubrir la cantidad de 45.900 euros, librándose oficio a dicha entidad y haciéndoles saber que la primera retención se deberá efectuar el próximo 1 de mayo de 2009, y la cantidad retenida deberán remitirla a la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado núm. 2450, para su posterior ingreso en el Tesoro Público.

Líbrese oficio a la oficina de Averiguación Patrimonial a fin de que por dicha oficina se informe de los bienes y derechos de que sea titular D.^a Rosana, con DNI núm. NÚM000».

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 deje sin efecto el auto de 15 de enero de 2009 y alega que se señalan multas coercitivas de manera retroactiva desde el 17 de junio de 2006 debiendo anularse —sostiene— al 31 de octubre de 2006 y refiere que el Punto de Encuentro lleva sin ponerse en contacto con la apelante desde el sábado 17 de junio de 2006 y destaca que se está ignorando la propia recomendación del gabinete psicosocial.

Por su parte D. José Luis pide que se confirme el auto apelado y alega que la ejecución despachada se refiere al período comprendido entre el fin de semana 10-12 de noviembre de 2006 al de 10-12 de octubre de 2008 incluido, y recuerda que el Punto de Encuentro viene siguiendo el mismo protocolo desde el inicio de su intervención en el seguimiento del Régimen de Visitas establecido por la sentencia, pone de manifiesto que el que demuestra una admirable paciencia es el padre quien a pesar de conocer la permanente postura incumplidora de la Sra. Rosana acude cada fin de semana que le corresponde al Punto de Encuentro para nada; Recuerda la realidad que no es otra que el incumplimiento por la Sra. Rosana nada menos que desde junio de 2006 de su obligación de entregar a la hija

común menor Camino en cada fecha, de fin de semana o de vacaciones, que corresponde al padre D. José Luis en cumplimiento del Régimen de Visitas establecido en Sentencia.

En lo que se refiere al auto de 27 de marzo de 2009 D.^a Rosana pide que se acuerde como suma mensual a pagar respecto de la cantidad de 45.900 euros la de 260 euros al mes, salvo que se estime otra más ajustada que no deje en situación de insolvencia a la recurrente y alega que la cuantía de 45.900 euros tiene su origen en que el Juzgado tarda más de 30 meses en cumplir lo que acuerda en su Auto de octubre de 2006 y significa que por el Ministerio de Ciencia e Innovación el embargo de la suma mensual de 1331,10 euros en 35 meses y destaca que percibe un salario neto de 3106,42 euros abona una hipoteca de 1.627,09 euros y entre otros, gastos escolares de 247 euros y concluye que el embargo de la suma deja en descubierto a la recurrente en 243,77 euros y solicita que la suma adeudada se fraccione en una cantidad asumible, proponiendo la de 250 euros al mes.

Por su parte D. José Luis pide y alega que la sucesión de recursos sistemáticos para seguir incumpliendo con la entrega de Camino tiene esa pega y es que se llega a un momento en que hay que pagar una cantidad importante en concepto de multas coercitivas. Recuerda que la Sra. Rosana no sólo cuenta con los ingresos derivados de su trabajo como funcionaria del CSIC sino que también cuenta, aunque no los declare, con otros muchos ingresos provenientes de arrendamientos de fincas urbanas y rústicas de las que es propietaria y con ingresos de actividades agrícolas y tiene un importante patrimonio inmobiliario lo que la hace una persona muy solvente, y concluye que la apelante no quiere cumplir ni tampoco quiere pagar y concluye que no puede salirse con la suya cuando lo que está en juego es algo tan importante como la pérdida para el Sr. José Luis de la infancia de su hija.

Se resuelve en la primera instancia en el primer auto despachar la ejecución solicitada por la representación de D. José Luis parte ejecutante contra D.^a Rosana parte ejecutada y requerir a la Sra. Rosana para que en el plazo de 10 días abone en la cuenta corriente del Juzgado la cantidad de 45.900 euros en concepto

de multa coercitiva por el período comprendido entre el fin de semana 10-12 de noviembre de 2006 al de 10-12 de octubre de 2008 incluido, para su posterior ingreso en el Tesoro Público, apercibiéndole embargo de sus bienes, así como las cantidades que vayan venciendo, haciéndole saber que se adaptarán las medidas de localización y averiguación de sus bienes.

Concierno la cuestión suscitada en torno a las visitas del padre con la hija de 12 años de edad como nacida el 20 de noviembre de 1997.

Es de recordar en este sentido que la sentencia objeto de ejecución es de 17 de octubre de 2003 en el que se establece que durante tres meses a contar desde la fecha de esa resolución el progenitor no custodio podrá estar en compañía de su hija menor de edad los fines de semana alternos desde las 12 hasta las 20 horas del sábado y del domingo salvo que acuerden otra cosa ambos progenitores. Pasados los tres meses dichos, el régimen de estancias y visitas del progenitor no custodio con su hija menor de edad se determinará entre el padre y la madre en interés filial exhortándose a ambos para que lleguen a acuerdos sobre el particular.

En caso de desacuerdo, el régimen de estancias se concretará en los fines de semana alternos — en el sentido que después se dirá— y el primer período de las vacaciones escolares de Navidad y verano en los años pares y el segundo en los impares, así como la totalidad de las vacaciones de la Semana Santa en los años impares.

Los fines de semana comprenderán desde las 19 horas del viernes hasta las 21 horas del domingo y en caso de que a tales fines de semana vaya unido algún día no lectivo, abarcarán desde las 19 horas del último día lectivo hasta las 21 horas del último día no lectivo.

Se establecen además los períodos vacacionales que allí se indican.

En el año 2004, el 17 de marzo ya se presentó la demanda ejecutiva en el que pedía que se realizara el requerimiento a D.^a Rosana a cesar en sus maniobras de condicionamiento de la imagen del padre ante la menor y demás acciones u omisiones que tiendan a boicotear e impedir de factor el régimen de visitas, bajo apercibimiento de una posible modificación del

régimen de custodia si no da cumplimiento de buena fe a lo dispuesto en sentencia en cuanto al régimen de visitas.

En auto de fecha 12 de abril de 2004 se acordó a las vistas de las manifestaciones contradictorias de ambos padres en relación con el régimen de visitas establecido en sentencia, se acuerda que ésta se realice en el Punto de Encuentro más cercano al domicilio familiar, bajo el control de los profesionales que trabajan en el mismo y en tanto se regularicen las visitas y bajo la supervisión del Equipo técnico de este Juzgado que derivará a las partes al punto de encuentro correspondiente.

El 4 de mayo de 2004 se firma escrito presentado ante el Juzgado que pide requerir a D.^a Rosana con los apercibimientos procedentes a dar cumplimiento a la sentencia y a manifestar los motivos por los que el pasado viernes día 30 de abril no entregó a su padre a la menor Camino y alega que la parte ha pasado de la desobediencia encubierta a la más abierta oposición a la misma.

Se emite un primer informe de seguimiento de las visitas de 20 de febrero de 2005 que reseña las visitas realizadas a través del PE, 9 en 18 de julio de 2004, 12 y 26 de septiembre, 23 de octubre, 6 y 20 de noviembre, 18 de diciembre, 2 de enero y 12 de febrero, no realizándose las visitas los 4 días que se señalan por viajes del padre al extranjero habiendo aportado previamente la documentación del departamento universitario donde trabaja.

El 25 de julio de 2004 el padre no acude al PE tal y como había indicado y el 31 de julio de 2004 el padre acude al Punto de Encuentro para ver a la hija lo que no se produce porque la madre no acude al mismo tal y como había anunciado. El domingo 12 de septiembre de 2004 padre e hija juegan e interaccionan directamente entre ellos y el domingo 26 de septiembre madre acude con la hija y tras los incidentes que se relatan la niña pide irse a casa negándose a volver junto a su padre para continuar la visita.

El sábado día 23 de octubre de 2004, ambos progenitores acuden al Punto de Encuentro y cuando finaliza la visita la hija se despide del padre alegremente con un «hasta luego» y el día 6 de noviembre de 2004, sábado, madre e hija

acuden al centro y el encuentro entre padre e hija se produce en términos similares a las demás visitas, Camino se muestra distante al principio, aunque finalmente accede, sin problemas, a salir del Punto de Encuentro junto a su padre, y cuando finaliza la visita la hija se despide dando un beso a su padre.

El 20 de noviembre acuden también madre e hija al PE y padre e hija deciden salir al exterior del PE a comprar un regalo para Camino por su cumpleaños y el sábado 18 de diciembre de 2004 el encuentro entre Camino y el padre se produce en términos positivos. El domingo 2 de enero el encuentro se produce en términos habituales, y el sábado 12 de febrero y tras relatar las manifestaciones de madre e hija y las quejas de la situación se observa que padre e hija dialogan distendidamente.

Como conclusiones se indica que la hija ha manifestado en varias ocasiones que no quiere ver a su padre, aunque generalmente ha accedido sin mayor dificultad a estar en su compañía en el PE y que la madre ha mostrado una actitud vehementemente contraria respecto al RV entre padre e hija al considerar que aquél es negativo para la niña y que ha ocasionado graves repercusiones en la niña tales como miedo, pesadillas, y la madre se muestra muy disconforme con la labor facilitadora del régimen de visitas entre padre e hija que realiza el PE al que achaca graves quejas y sin ningún fundamento.

Y respecto de los encuentros reseña que la niña mantiene un actitud distante al principio de las vistas para posteriormente relacionarse con su padre de forma más distendida (aunque fría) y ambivalente.

Se sugiere la intervención del equipo psicosocial del Juzgado y Centro de Atención a la Infancia y se establezcan las adecuadas pautas de actuación necesarias para continuar la correcta progresión de la relación paterno-filial.

En 10 de marzo de 2005 el ahora apelado presenta escrito que suplica se acuerden las medidas para que la madre dé cumplimiento íntegro y de buena fe a las medidas sobre régimen de estancias de la menor con el padre y se acompañe certificación del PE que pone de manifiesto que el 26 de febrero acude el padre al PE para

cumplir las vistas con la hija y la madre se niega a realizar la misma no produciéndose en ningún momento el encuentro entre padre e hija; otra certificación de 27 de febrero igualmente reseña que el día 27 de febrero el padre acude al PE para cumplir las visitas con la hija y la madre no acude por el no se produce el intercambio establecido judicialmente.

Por providencia de 16 de marzo de 2005 se requiere a la madre para que dé cumplimiento a la sentencia y correspondiendo al padre disfrutar con la menor la totalidad de las vacaciones de Semana Santa, se cita a las partes para comparecer en el Gabinete Psicosocial a fin de dar cumplimiento a la sentencia.

En escrito de 21 de marzo de 2005 la ahora apelante insta la suspensión del procedimiento hasta que se acredite que el juicio criminal ha terminado o que se encuentra paralizado por motivo que haya impedido su normal continuación todo ello conforme al artículo 40 de la LEC, dictando providencia el Juzgado que nada procede acordar respecto del RV dada la incomparecencia del padre sin justificación alguna, habiendo comparecido madre e hija, comunicando la parte con posterioridad que tal situación obedeció por el Servicio de Correos instando nueva comparecencia y pide la no suspensión de las visitas adjuntando la certificación del PE que informa que los días 26 y 27 de marzo acudió el padre al PE para cumplir las visitas con la hija no acudiendo la madre por lo que no se produjo el intercambio, acordándose por el Juzgado citar a las partes para el día 8 de abril informando el equipo técnico de los Juzgados de Familia que la entrega de la menor se efectúa sin mayor conflictividad comprobándose después que la visita no se había desarrollado. Padre e hija únicamente estuvieron juntos la tarde el viernes que parece fue normal, habiéndose dormido la niña pero despertando para entrar en la cama pidió a su padre contactar telefónicamente con su madre a lo que accedió. Tras dicha conversación en la que la menor lloró se informó al padre de dónde se encontraba la madre para que le llevaran a la niña informando dicho equipo que lo más conveniente sería mantener un RV con el padre normalizado y establece siendo imprescindible intentar no involucrar a la menor en el conflicto inter parental e indican-

do que el próximo fin de semana correspondería que el padre e hija lo pasaran juntos.

El siguiente informe del Equipo Psicosocial destaca que la madre no abandonó su actitud defensiva, obstruccionista y reactante marchándose después padre e hija y desde el Juzgado pudo comprobar el incidente que reseña en cuanto a la actitud de la madre respecto de ambos, acercándose a ellos y forcejeando levemente para llevársela comprobándose después que la visita se había desarrollado completamente informando el padre sobre las múltiples llamadas de la madre y allegados a casa y móvil y llegando a presentarse la policía a indicación suya en cuanto a los incidentes con el Equipo Psicosocial que el tipo de comportamiento que D.^a Rosana manifiesta se considera altamente perjudicial para la niña, confirmándose que la devolución de la niña se hizo sin problemas, concluyendo que lo más conveniente para la menor sería normalizar definitivamente la situación en la que el padre e hija puedan mantener un régimen de visitas establece reiterando que lo más perjudicial para la niña es mantenerla inmersa en el conflicto existente entre sus padres recordando el calendario de las visitas.

El siguiente informe indica también que la visita se había cumplido pasando el fin de semana tal y como acordaron todo ello con fecha 9 de mayo de 2005.

Se presentan sendos escritos de la ahora apelante relatando la existencia de diligencias penales por malos tratos y recordando que el RV tiene el derecho de comunicación con la menor señalando que le ha sido negado a la madre el fin de semana.

El escrito de 26 de abril de 2005 del ahora recurrido pide la entrega de la niña el 6 de mayo y que se adopten las medidas para hacer cesar la actitud y conducta agresiva y rebelde de la madre cuya representación en posterior escrito señala que la interesada había esperado a la hija a la salida para despedirse de ella intentando darle un beso, no forcejeó para llevársela.

En ulterior escrito del ahora apelado, ante las denuncias de la parte contraria, se pide que las próximas visitas de la hija de fines de semana de mayo, junio se realicen a través del PE para comprobar estado de la niña a la entrega y

recogida, y cara al mes de agosto dada la actitud obstruccionista de la madre la entrega se haga por el Juzgado.

El escrito de quien ahora recurre de fecha 30 de mayo de 2005 pide que se acuerde que la entrega y recogida de la menor se realicen en el domicilio materno no bando (sic) la madre a hacerlo disponiendo el Juzgado que las entregas se realicen en el PE.

El informe psicológico posterior señala que la conflictividad, las contradicciones y la tensión dentro del grupo familiar no ha disminuido valorando que se mantiene la primera mitad de las vacaciones entregando la menor al PEF resolviendo el Juzgado en el sentido indicado en el citado informe.

Se incorpora a las actuaciones la comunicación de la interesada en la que participa que no efectuará su entrega en tanto en cuanto no sea reconocida en la Clínica Médico Forense.

El 4 de agosto de 2005 se acordó por el Juzgado requerir a la madre para que cumpliera con el RV bajo apercibimiento de pararle el perjuicio a que hubiere lugar en derecho.

El posterior escrito del ejecutante indica que la niña no fue entregada el 1 de agosto para pasar las vacaciones señaladas y suplica al Juzgado que adopte lo necesario para que la madre dé cumplimiento a la sentencia y resoluciones judiciales y acuerde la entrega de la niña al padre el 2 de septiembre, y se acompaña escrito el Equipo Técnico de PE de Aprome que participa que el intercambio previsto no se ha producido el 1 de agosto y en el mismo sentido el día 6 de agosto, tras lo cual y ya en 26 de agosto de 2005 se acuerda requerir a la madre para que haga entrega de la hija al padre el 2 de septiembre con apercibimiento de que en caso contrario podría incurrir en delito, compareciendo el interesado en la Secretaría del Juzgado y no haciéndolo la madre. Se provee en el sentido de disponer que se realicen las gestiones oportunas para localizar a la Sra. Rosana resultando todas ellas infructuosas. Se dispone oficiar a la Comisaría más cercana al domicilio materno para que auxilien para que la entrega sea efectiva.

La recurrente aludiendo a las actuaciones penales suplica en escrito de 28 de julio de 2005

que se deje en suspenso el régimen de visitas y vacaciones hasta que se emita el informe acordado por el Juzgado de Instrucción o bien que si se pudiera elaborar con mayor celeridad se emita informe psicológico por el Juzgado de Familia, presentado documento en el que consta que la hija ha asistido a terapia psicológica según certificación del CAVAS. Aportando con posterior escrito informe de los SS de Salud Mental de CAM que concluye que la niña necesita sentirse tranquila sin sensación de persecución y curar heridas emocionales considerando imprescindible el aplazamiento del RV y convivencia del fin de semana y realizar un replanteamiento sustancial del mismo contemplando como prioridad las necesidades y sufrimientos de la niña.

Y requiere un cambio radical basado en el acercamiento cariñoso de verdadero afecto y preocupación por sus necesidades.

Nuevo escrito del padre indica que se ha visto privado de poder disfrutar de su hija en el período vacacional señalando que la madre también incumplió lo acordado para el 2 de septiembre y 16 del mismo mes y se pide todas las entregas de la niña a su padre se lleven a cabo en el Gabinete Psicosocial del Juzgado proponiendo calendario de entregas.

El 2 de noviembre de 2005 se acuerda dados los obstáculos que pone la madre para que la hija tenga contacto con su padre, que la entrega se haga por el juzgado y nuevo calendario advirtiéndole expresamente a la madre que en caso de cualquier impedimento a ese RV se revisará en la fase de ejecución la G y C de la menor y se deducirá testimonio por desobediencia a los mandamientos judiciales produciéndose la entrega en el Juzgado el día 4 de noviembre de 2005 y el 11 de noviembre se realiza otra entrega y señalando el calendario posterior, lo que también se verifica el 18 de noviembre.

El 2 de diciembre se entrega también a la menor instando la madre se emita informe sobre aquélla y asimismo se diligencia que la niña es entregada en el Juzgado el día 16 de diciembre. Otra comparecencia de 22 de noviembre recoge extremos similares a los anteriores.

El recurso que interpone la ahora apelante contra el proveído de 2 de noviembre de 2005 pide se deje sin efecto el RV, en suspenso, hasta

que se aclare la veracidad de los hechos investigados acompañando certificación en el que comunica que la niña acudió en varios días a terapia psicológica.

Se interpone recurso de apelación contra el auto de 19 de octubre de 2005 que pide nuevamente dejar en suspenso el RV hasta que se emita el informe pericial acordado en el Juzgado de Instrucción y acordar el RV que proceda previa la realización de la prueba pericial.

Con el escrito de oposición al recurso se presenta el auto que acuerda el SP y archivo de la causa penal y asimismo informe psicológico del médico forense cuyas conclusiones establecen que el testimonio de la menor resulta increíble y los datos de la madre resultan inconsistentes observando indicadores de inducción adulta y de transmisión de una imagen negativa del padre.

El 7 de abril se produce la comparecencia de la madre e hija entregándosela al padre.

El 10 de mayo de 2006 se pide que se cambie el PE.

La comparecencia de 23 de junio de 2006 se produce sólo con el interesado sin que compareciera la madre e hija instando el ahora recurrido el 26 de junio el cumplimiento forzoso de la entrega de la niña solicitando la compensación de los días incumplidos y en auto posterior de 27 de junio de 2006 se acuerda librar oficio a la Comisaría más cercana a fin de que acompañen al padre hasta que se haga entrega efectiva de la hija para que pase las vacaciones de verano y en escrito de 23 de junio el padre había instado se adoptaran las medidas para el cumplimiento de aquella obligación de entrega y se acompaña el auto que desestima el recurso de reforma interpuesto por la ahora apelante que acordaba el archivo de las diligencias penales, así como auto que incoo diligencias previas contra la madre por desobediencia. Se deniega el cambio del PE.

La actuación policial de recogida de la menor no pudo llevarse a cabo por no encontrarse la madre e hija comunicando la madre que la menor será entregada al padre el 1 de agosto.

Esta Sala resolvió el recurso de apelación interpuesto contra decisión del juzgado pidiendo que se dejara en suspenso el RV y este Tribunal ya indicaba que múltiples han sido los impe-

dimentos cuando no el abierto incumplimiento puestos por la madre a las comunicaciones de la hija con el padre sin que al efecto concurriera motivo alguno determinante de la privación del derecho prioritario de la hija concluyendo por ello con la confirmación del auto de 19 de octubre de 2005.

En fecha 16 de junio de 2006 la recurrente relataba que no la llevará día 17 de junio de 2006 al PE. Se acuerda por la AP que se practique la diligencia acordada, instando el padre ante el incumplimiento de las visitas que se acuerde la compensación de las vacaciones, acordando el Juzgado recuperar con la totalidad de las vacaciones de Navidad y el resto en el verano.

Pide el ejecutante que se impongan a la madre una multa coercitiva inicial de 5.000 euros y el mantenimiento de multas mensuales por el tiempo en que dure el incumplimiento y que se fije las compensaciones que señala, y se acompañe documentos del PE que señalan que el 17 de junio de 2006 no se produjo el intercambio previsto porque no fue la madre e hija, el 15 de septiembre no se produce el intercambio por la misma razón, y el 29 de septiembre no se produce tampoco por la misma causa dictándose a continuación el auto antecedente de esta apelación que resuelve despachar la ejecución y requerir a la madre para que de cumplimiento a lo ordenado y entregue a la menor al padre en el PE el día 22 de diciembre de 2006 y asimismo el fin de semana del 10 de noviembre imponiendo una multa coercitiva de 600 euros por cada fin de semana de incumplimiento de lo ordenado y 200 euros por cada día de incumplimiento de vacaciones. Informa a continuación Aprovechando que el 10 de noviembre de 2006 el padre acude al PE y no así la madre.

La ahora recurrente recurre nuevamente resolución e insta dejar en suspenso el RV y el escrito de la oposición insta la desestimación del mismo y se acompaña copia del auto que acuerda continuar la tramitación de las diligencias por delito de desobediencia pidiendo contra la imputada apertura de Juicio oral.

D. José Luis pide se aplique sobre los incumplimientos el R de multas establecido en auto de 31 de octubre disponiendo oficiar al PE para que informen interponiéndose por la ahora recurrente

recurso de apelación contra el auto de 31 de octubre que pide dejar en suspenso el RV hasta que se resuelvan las Diligencias previas. Con la oposición a aquel recurso de apelación se acompaña escrito de acusación del MF contra la imputada por delito de desobediencia acordándose el 29 de enero de 2007 la apertura del Juicio oral.

Este tribunal dicta auto el 27 de junio de 2008 que resuelve recurso contra el auto de 31 de octubre de 2006 y que confirma la resolución del Juzgado.

Se insta por el Juzgado escrito que concrete los incumplimientos de la interesada presentando escrito que desglosa las multas coercitivas.

El Equipo Técnico de PE participa que los días que señala no se ha producido en el PE los intercambios previstos por no haber acudido la madre con la hija y si haber comparecido el padre; los siguientes informes participan también la falta de entrega al no haber acudido la madre con la hija y el de 1 de febrero de 2008 señala también el padre no acudiría por motivos médicos, así como tampoco el día 10 de octubre de 2008.

El informe psicológico de 17 de abril de 2008 considera lo más conveniente para poder desarrollar el RV que el grupo familiar acuda al CAI.

El informe del PE relaciona aquellas faltas de entrega de la menor.

Y tras los antecedentes de cuanto ha acontecido procesalmente es de señalar que el auto que fijó aquellas medidas es de 31 de octubre de 2006 y claramente como establece la parte dispositiva del auto apelado concierne al período comprendido entre el fin de semana 10-12 de noviembre de 2006 al de 10-12 de octubre de 2008 incluido por lo que no es objeto del período sancionado los incumplimientos desde el 17 de junio de 2006, por lo que tal cuestión claramente ha de ser desestimada.

Se cuestiona también la falta de comunicación del Juzgado sobre estos extremos lo que ciertamente no puede acogerse dadas las innumerables incidencias de esta ejecución sometida a incesantes recursos y continuos escritos de las partes, quienes obviamente son plenamente conocedoras del contenido de la sentencia y de las sucesivas resoluciones que han ido conformando aquella ejecución.

Y es lo cierto que no se produce indefensión de clase alguna en los términos del artículo 24 de la CE, a la vista de todo cuanto se ha expuesto siendo a estos efectos relevante y suficiente la comunicación del Centro del Punto de Encuentro que participa las inexistencias e incumplimientos de la interesada, estimando la Sala que dicha información emitida por el Centro Público y oficial es prueba de entidad cabal y rigurosa que acredita cumplidamente los extremos indicados, lo que determina el rechazo de este motivo de apelación y conduce a confirmar el auto apelado, todo ello en los términos indicados.

Y se recurre también el auto de 27 de marzo de 2009 que deniega la petición de pago fraccionado lo que ciertamente no puede acogerse dada la obstinada actuación de la recurrente de franco incumplimiento de lo resuelto en la sentencia y sucesivas resoluciones judiciales, estimando que la situación económica de la interesada no determina la estimación de la petición que se formula, al no haberse acreditado la imposibilidad de su pago, todo ello en los términos del artículo 217 de la LEC, y valorando especialmente la incidencia de tal actuación e incumplimiento en la situación fáctica analizada, todo lo cual conduce a confirmar el auto que ahora se apela.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No puede incluirse en el activo de la sociedad la vivienda que figura inscrita a nombre de la hija común, apareciendo también ésta como titular del préstamo hipotecario, sin que puedan tampoco incluirse los pagos realizados por los padres para la compra de dicho inmueble pues el carácter gratuito de tales actos no genera crédito alguno a favor de la sociedad de gananciales.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 29 de julio de 2010

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Carmen Neira Vázquez

Se plantea por la parte apelante la cuestión en torno a la segunda vivienda que se insta se incluya en el activo de la sociedad ganancial.

En lo que concierne a la vivienda sita en Montánchez, en la localidad de Almoharín, ninguna prueba existe en las actuaciones sobre el carácter ganancial de la misma en los términos del artículo 1347 y artículo 1397 ambos del CC, de manera que la información registral de la propiedad inmobiliaria acredita la titularidad de un tercero sobre aquella vivienda y en concreto de D.ª Amanda, hija de los interesados acreditándose también en los autos que la titularidad de préstamo hipotecario que grava esa vivienda corresponde a D.ª Amanda según es de ver en la información facilitada por Caja Extremadura, apareciendo toda la documentación relativa a los pagos de aquel inmueble a nombre de la interesada D.ª Amanda.

Es de recordar en este punto que la sentencia de divorcio de los ahora litigantes se dicta el 12 de febrero de 2007 y en el acto de la vis-

ta oral la ahora apelada señala que la vivienda objeto de cuestión se puso a nombre de su hija y explica que sus padres dieron la entrada y la mensualidad.

Admite en efecto que fue como una inversión.

Aclarando que el domicilio familiar estaba libre de cargas.

Verificadas aquellas declaraciones es de recordar en el mismo orden de cosas el contenido del contrato privado de compraventa formalizado para la adquisición de dicho inmueble, con fecha 4 de agosto de 2000 y que fue también suscrito por D.ª Amanda entonces de 17 años y emancipada de sus padres según se reseña en aquella escritura pública, desde el 22 de diciembre de 1998. Los gastos de notaría y Registro aparecen asimismo a nombre de la citada hija.

De todo ello se infiere la inexcusable condición del carácter ajeno de dicho inmueble a la sociedad ganancial, al pertenecer el mismo

según toda la prueba indicada a un tercero distinto de los cónyuges, partícipes de la sociedad conyugal, por lo que la condición de ganancial no puede predicarse de un bien perteneciente a la citada anteriormente D.^a Amanda.

Todo ello no conduce sino a desestimar este motivo de apelación.

No puede acogerse tampoco la pretensión subsidiaria en cuanto al crédito hacia la sociedad de gananciales por parte de la mencionada hija común del matrimonio por cuanto tal pretensión no se formuló en el escrito inicial del ahora recurrente y ni tan siquiera en el acto de formación de inventario establecido en los artículos 809 y 810 de la LEC, así formulado como una partida consistente en un crédito a favor de la hija común de los interesados, sin que se haya formulado de forma clara y detallada la partida o petición en cuestión, en dicho acto procesal.

En cuanto al fondo del asunto no consta de forma cabal y rigurosa que tales aportaciones tuvieran aquella naturaleza estimando en su caso el carácter gratuito de tales actos que no

generan crédito alguno a favor de la sociedad de gananciales.

Se desestima también, por lo expuesto este motivo del recurso.

En lo que se refiere al siguiente motivo de apelación y concerniente al mobiliario de la citada vivienda perteneciente a D.^a Amanda carece también de prueba el carácter ganancial de los muebles de la mencionada vivienda de Almojarín, todo ello en los términos del artículo 217 de la LEC, sin que quepa analizar la petición subsidiaria en torno a la existencia de un crédito a favor de la sociedad por parte de la hija común en cuanto tampoco fue inicialmente formulada tal pretensión por el demandante, así como tampoco en el acto de formación de inventario según es de ver en el folio 71 de los autos.

Los documentos aportados a los folios 120 y ss. de las actuaciones conciernen a obras realizadas en el inmueble propiedad de un tercero ajeno a los cónyuges ahora litigantes, como miembros de la sociedad conyugal, por lo que tampoco en este punto pueden tener favorable acogida las pretensiones del recurrente.

La inexistencia personal del demandado a la vista del juicio verbal señalada tras la celebración del inventario no conlleva que se le tenga conforme con el inventario presentado por la parte contraria.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 9 de julio de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

Abordando, en primer lugar, la cuestión procesal planteada por la parte recurrente, fundamental en orden a la aceptación de la pretensión formulada por la misma, en relación a la aprobación de inventario en los términos solicitados por la parte actora, por considerar que no debe tenerse por comparecido a la parte demandada, conviene precisar que, ciertamente, el artículo 809 del texto procesal antes citado regula el acto procesal relativo a la diligencia de formación de inventario, al que es necesario mandar citar a los cónyuges, para proceder, por parte del secretario judicial, con los cónyuges, a formar el inventario de la comunidad matrimonial.

Cierto es que establece dicho precepto que si alguno de los cónyuges no comparece sin mediar justa causa se le tendrá por conforme con la

propuesta de inventario que efectúe el cónyuge que ha comparecido.

Aun manteniendo la duda de si es necesario que los cónyuges comparezcan personalmente a dicha diligencia de formación de inventario, o de si es posible tener por comparecidos a los cónyuges, si éstos lo hacen por medio de procurador y letrado que les represente y defienda, es lo cierto que a la diligencia de formación de inventario sí compareció personalmente el demandado, formulando expresa oposición a la solicitud, planteada de contrario, de formación de inventario, en los términos señalados por la parte actora, al tiempo que defendió, sobre el fondo del asunto, otra pretensión distinta a la planteada por la parte hoy recurrente, al tiempo que justificaba la no aportación de documentos relacionados con

sociedades que no tenían el carácter ganancial, afirmando que dicho demandado no era socio de las mismas, aportándose la documental relativa a las sociedades constituidas antes y después de la vigencia de la sociedad legal de gananciales, que no tenían tal carácter.

La dirección letrada de la parte actora aun afirmando que el demandado no había aportado los libros y cuentas a los que se refirió en el escrito rector del proceso, no solicitó expresamente, en este acto sobre diligencia de formación de inventario, que se requiriera expresamente a dicho demandado para su aportación, al tiempo que manifiesta que dado que el citado demandado no propone propuesta alternativa solicita la aprobación del inventario de la actora.

Dado el resultado de dicha diligencia de formación de inventario, que concluyó sin acuerdo, y de conformidad con lo establecido en el artículo 809.2 de la ley procesal, se convocó a las partes a la vista, que tuvo lugar el día 8 de octubre de 2009, compareciendo no solamente el letrado del demandado, hoy apelado, sino también su procurador, que le representó con todas las consecuencias formales y sustantivas aplicables al caso, de tal modo que, según doctrina y jurisprudencia reiterada, no es viable la pretensión planteada por la apelante, pues, ciertamente, al acto de la vista, que se tramitó con arreglo a lo previsto para el juicio verbal, la parte demandada compareció a la misma, de modo que no era necesario la presencia personal del propio demandado.

Por otra parte, tampoco es posible aplicar las previsiones señaladas en el artículo 304 del texto procesal, por cuanto que no consta que se

formulase por la actora interrogatorio concreto sobre cuestiones sustantivas, relativas a la problemática suscitada tanto en la instancia como en la alzada, en lo que se refiere a la solicitud sobre el carácter ganancial de las participaciones de las distintas sociedades.

A mayor abundamiento, y como quiera que la vista se desarrolla conforme a las normas previstas para el juicio verbal, con remisión a lo dispuesto en los artículos 443 y siguientes de la ley procesal, es lo cierto que la parte demandante tampoco propuso prueba alguna, en los términos que indebidamente reprodujo por medio del escrito de formalización del recurso, lo que determinó en su momento la denegación en esta alzada de la prueba propuesta, de manera que incurrió dicha parte demandante en el error de confundir las previsiones legales y las consecuencias procesales distintas, según se trate del acto relativo a la diligencia de formación de inventario o de aquel otro, sobre la vista, en los términos ya señalados, por lo que la concreta pretensión formulada en el acto de la vista por la parte actora, en el sentido de tener por no comparecido al demandado, con las consecuencias previstas en el artículo 809, en modo alguno podría prosperar, como tampoco era posible admitir como única propuesta, de inventario, la ofrecida por la actora.

Por todo lo anteriormente indicado, es de rechazar la argumentación formal y procesal planteada por la parte recurrente en orden al éxito de la pretensión, sobre el fondo del asunto, y que se indica expresamente en el suplico del escrito de interposición del recurso.

Se excluye del inventario la vivienda al mediar confesión de privatividad que se expresó vigente el matrimonio en la misma escritura pública de adquisición del inmueble y estamos precisamente en un procedimiento cuya única finalidad es la de formación del inventario de la sociedad de gananciales lo que requiere probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos y ello sin perjuicio de que acreedores o herederos ejerciten acciones en pos de que se declare la ganancialidad del bien tal como prevé el mismo precepto.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 24 de junio de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª Soledad Jurado Rodríguez**

El artículo 1324 del Código Civil establece: «Para probar entre cónyuges que determinados

bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por

sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges», y reiterada doctrina jurisprudencial (STS 15 enero y 25 septiembre 2001, 8 octubre 2004 y 29 noviembre 2006, y las RDGRN de 21 enero 1991 y 13 junio 2003) ha venido indicando respecto de este precepto que la confesión recae sobre hechos y también puede hacerlo sobre situaciones jurídicas y también puede destruirse por prueba en contrario, pero confesado por uno de los cónyuges que los bienes objeto de la confesión son privativos del otro, ello confiere una titularidad, no sólo *inter partes*, sino *erga omnes*, con la excepción de los acreedores y los legitimarios. Los requisitos para que esta confesión produzca efectos entre los cónyuges serán: 1) que el autor de la declaración sea uno de los cónyuges; 2) que el confesante sea aquel a quien deba perjudicar la confesión; 3) que el confesante tenga la capacidad de obrar y poder de disposición, y 4) que la confesión se haya efectuado constante matrimo-

nio. Concurriendo estos requisitos, la confesión por parte de un cónyuge acerca de que los bienes comprados por el otro constante matrimonio son privativos es perfectamente válida y eficaz y desvirtúa la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil. Siendo esta doctrina de plena aplicación al presente caso, la privaticidad de la vivienda se presenta plenamente en todos sus efectos, ya que la manifestación tuvo lugar vigente el matrimonio en la misma escritura pública de adquisición del inmueble y estamos precisamente en un procedimiento cuya única finalidad es la de formación del inventario de la sociedad de gananciales lo que requiere probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, única finalidad del analizado precepto, y ello sin perjuicio de que acreedores o herederos ejerciten acciones en pos de que se declare la ganancialidad del bien tal como prevé el mismo precepto, procediendo en consecuencia la estimación del recurso en este extremo y la exclusión de la vivienda del activo de la sociedad.

Vincula a las partes que en la escritura pública de compraventa otorgada tres meses antes del matrimonio ambos compradores expresen que adquirirían por mitad y en proindiviso, señalando el precio, la cantidad que se retiene por pago de hipoteca y haciendo mención al resto de dicho precio que fue recibido antes por los vendedores, sin mención alguna a aportaciones privativas de ninguno de ellos, ni tampoco a reserva alguna sobre derecho de reembolso por dichas cantidades que, con carácter privativo, se hubiesen podido aportar.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 18 de junio de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, solicita que se declare el carácter ganancial de la vivienda sita en Tres Cantos, en el porcentaje de 18,82%, declarando privativo el resto así como el trastero de dicha vivienda; alega que se realizaron pagos antes del matrimonio con dinero privativo del recurrente, y se adquirió dicha vivienda antes del matrimonio, sin que la apelada acredite pago alguno antes de dicho matrimonio.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, ha solicitado la confirmación de la sentencia.

Para el análisis de la problemática suscitada en esta alzada, y ya planteada en su momento en la instancia, se hace preciso tener en consideración la doctrina y jurisprudencia aplicable al supuesto que nos ocupa, entre otras, sentencia de esta propia Sala de 14 de septiembre de 2004, para lo que se hace preciso tener en cuenta argumentos y prueba documental que ha obviado interesadamente el recurrente, con referencia a la escritura pública de compraventa de fecha 13 de junio de 1997, de dicha vivienda, pues aun siendo cierto que se adquiere tres meses antes del matrimonio dicha vivienda, también lo es que expresamente ambos compradores expresan que adquieren por

mitad y en proindiviso, señalando el precio, la cantidad que se retiene por pago de hipoteca y haciendo mención al resto de dicho precio que fue recibido antes por los vendedores, sin mención alguna a aportaciones privativas de ninguno de ellos, ni tampoco a reserva alguna sobre derecho de reembolso por dichas cantidades que, con carácter privativo, se hubiesen podido aportar.

Así las cosas, el planteamiento de la parte recurrente debe rechazarse, puesto que no es posible enervar los actos propios realizados por el recurrente cuando no hace constar en el momento de la adquisición tal derecho de reembolso ni mención expresa tampoco que ese derecho se ejerce sobre dinero de carácter privativo aportado, de modo que la atribución del carácter proindiviso, o de ganancialidad, se infiere de la propia voluntad de los cónyuges, en tanto en cuanto no se hace manifestación alguna sobre la reserva de derecho de reembolso antes indicado a fin de propiciar, en el momento oportuno, previa expresa petición al respecto, la efectividad del derecho de reembolso, conforme al artículo 1358 del Código Civil.

Sentado lo anterior, conviene resaltar, en una correcta aplicación de lo dispuesto en el artículo 1355 del texto legal antes citado, la vinculación, en principio y por regla general, de la doctrina de los propios actos expresamente aplicables para las adquisiciones conjuntas, permitiéndose a los cónyuges, de común acuerdo, poder atribuir el carácter proindiviso, o ganancial, a cualquier bien adquirido a título oneroso, antes o durante el matrimonio, aun en el supuesto del carácter privativo, en parte, de la procedencia de los fondos empleados en la adquisición, y ello quiere decir que el bien al que se le ha atribuido

voluntariamente la condición de proindiviso o ganancial lo va a ser de manera definitiva, siendo irrelevante cualquier demostración posterior del carácter privativo del dinero empleado en su adquisición (doctrina de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sentencia 11 de enero de 2002).

Conforme a lo anteriormente expuesto, no son válidos los argumentos expresados por el recurrente en su escrito de formalización del recurso, a propósito de la aportación, en 1996, de 48.143,55 euros, y por cuanto que la esposa también advierte de la aportación de dinero privativo, por medio de entregas del padre de la misma, y así lo corrobora expresamente este último, en el acto de la vista por medio de la testifical practicada, aportando la documental pertinente en pruebas de los pagos efectuados desde el año 1997 a 2005.

Obvia en todo momento el recurrente la existencia de la escritura de compraventa de 13 de junio de 1997, en la que se hace constar, por comparecencia de ambos, el caso proindiviso y la compra por mitad de dicho inmueble.

A ello hay que añadir que ya en el convenio de separación de 2005, y en el de divorcio del año 2006, se reconoció expresamente el carácter ganancial tanto de la vivienda como del trastero, por parte del hoy recurrente, y así conjuntamente se han venido abonando por mitad el préstamo hipotecario y todo los gastos afectantes a la propiedad del mismo.

Por todo cuanto antecede, en aplicación de lo dispuesto en los preceptos anteriormente indicados, y lo señalado en el artículo 1324 del texto legal ya citado, el recurso debe ser desestimado.

Reconocido por el ex esposo que su ex esposa recibió unas cantidades por herencia y que se ingresaron en una cuenta común, le corresponde a él acreditar que la disposición de fondos fue para adquirir bienes privativos, por lo que no habiéndose acreditado tal extremo procederá reconocer a la esposa un crédito frente a la sociedad de gananciales.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 10 de junio de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª Soledad Jurado Rodríguez**

Por la parte demandada se pretende la inclusión en el activo de la sociedad de mobiliario adqui-

rado por el esposo a costa de cuentas comunes desde la separación de hecho (en julio 2006)

hasta la disolución de la sociedad con el dictado de la sentencia de divorcio de 26 octubre 2007, lo que es denegado por la sentencia de instancia al considerar que con los extractos bancarios aportados por la demandada es imposible determinar lo que pretende la parte. Este pronunciamiento es objeto de impugnación por la demandada alegando error en la valoración de la prueba por cuanto lo que el Juzgador denomina extractos bancarios no son tales sino que son los extractos de movimientos de la tarjeta que disponía el esposo con cargo a la cuenta común del Banco de Santander donde se encuentran disposiciones importantes para la compra de mobiliario. Este motivo recurrente procede ser desestimado por las mismas razones contenidas en la sentencia de instancia pues, en definitiva, no queda acreditado lo esencial como es qué mobiliario que no se encuentre en ninguna de la dos viviendas pretende la demandada que se incluya en el activo, lo que desde luego no lo prueba las trece páginas de movimiento de la tarjeta que como documento núm. 11 se aporta por dicha parte, ni ello puede sólo deducirse (como pretende la recurrente) simplemente por los establecimientos donde se hacen las compras, máxime si éstos son centros comerciales en los que se adquiere todo tipo de bienes y productos.

Por la misma parte demandada se pretende la inclusión en el pasivo de 41.231,59 euros afirmando que esa cantidad la heredó la esposa parte en el año 1993 y parte en 1999, y que se invirtió exclusivamente en la sociedad de gananciales. La sentencia desestima esta pretensión al considerar que no ha quedado acreditado que dicha cantidad fuera dedicada a levantar cargas del matrimonio, único caso en el que daría derecho de reembolso (artículo 1398.2.º y 3.º), y siendo este pronunciamiento también objeto de recurso, para su resolución ha de partirse de que en todo momento el demandante ha reconocido esa herencia percibida por la esposa y que se limita escuetamente a negar su inclusión en el pasivo con la simple afirmación de que el destino del dinero no fue la sociedad de gananciales, pero sin ni tan siquiera alegar, y menos probar, cuál fuera el destino privativo del dinero heredado. Por la parte demandada en cambio se reitera que el destino del dinero fue

el de la sociedad de gananciales, aportándose documental en el acto del juicio (documento núm. 8) que acredita que el 30 marzo 1993 se hace un ingreso de 2.500.000 pesetas en la cuenta bancaria del BCH cuyos titulares eran ambos esposos, cuenta de la que se detraen mediante cheque 2.400.000 pesetas al día siguiente ingresándose 2.400.000 pesetas en cuenta del Banco Santander titularidad también de ambos esposos el mismo día 31 marzo 1993. El artículo 1398 del Código Civil dispone que el pasivo de la sociedad estará integrado, por lo que a este caso interesa, por el importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad, siendo así lo decisivo para la resolución de esta litis la acreditación de que el dinero heredado por la esposa fue gastado en interés de la sociedad de gananciales, con lo que se entra de lleno en la doctrina de la carga de la prueba pues el Juzgador de instancia niega la inclusión en el pasivo al considerar que la misma pesaba por entero sobre la esposa como parte que interesaba su inclusión en el pasivo del inventario, no obstante, para conocer cuál de las partes litigantes puede verse perjudicada por una ausencia de pruebas, ha de acudirse a la doctrina sobre el *onus probandi* elaborada durante años por las Sentencias emanadas del Tribunal Supremo interpretando el ya derogado artículo 1214 del Código Civil y que ahora ha tenido en gran parte su plasmación legal en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y según los apartados segundo y tercero de este precepto, corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, incumbiendo al demandado la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior, estableciéndose en el primer apartado del mismo artículo que cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarás las pretensiones del actor o las del demandado, según corresponda a uno u otro la

carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones, y, finalmente, el apartado sexto dispone que para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. Aplicando esta doctrina al caso de litis, en principio indudablemente corresponde a la esposa acreditar los requisitos que se derivan del citado artículo 1398.2 CC, esto es, que adquirió dinero privativo y que éste se gastó en interés de la sociedad, pues bien, en cuanto al primero de estos hechos, ya se ha indicado que la otra parte reconoce que la esposa heredó en los años 1993 y 1999 el equivalente en pesetas de 41.231,59 euros, de ahí que sólo deba ser objeto de prueba el segundo de los hechos consistente en que ese dinero se gastó en interés de la sociedad. Respecto de 15.025,30 euros la anterior documental analizada acredita que esa cantidad se ingresó en cuenta común de ambos esposos, en consecuencia, con ello la esposa, dentro de las dificultades de la probanza de la cuestión en sí, lo

que se agrava sobremanera por el transcurso del tiempo, cumplía lo que le viene impuesto por el artículo 217.2, siendo entonces a la otra parte a la que, en virtud de lo dispuesto en el tercer apartado del precepto, le correspondía acreditar que ese dinero no se invirtió en la sociedad de gananciales, hecho de mas fácil prueba que lo contrario pues podría haberse probado en la adquisición de cuáles bienes la esposa gastó el dinero o en la existencia de dos cuentas separadas de los esposos de tal forma que en la que fuera titularidad de la esposa se hubiera depositado esa cantidad heredada de la que sólo dispusiera ella, pero no sólo nada de esto se ha probado sino que, como se indicó, ni tan siquiera se ha alegado, por eso, como ante la prueba aportada por la esposa correspondía al esposo la aportación de otra que la desvirtuara, la ausencia de prueba sobre el destino del dinero privativo sólo puede perjudicar a la parte que correspondía aportarla que, según lo dicho, sería el esposo, y al no haberlo ni siquiera intentado, procede, con revocación de la sentencia de instancia, la estimación del recurso en este extremo.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

La actual situación personal del menor debe ser mantenida de momento, sin perjuicio del seguimiento que de la misma haya de realizar la propia administración protectora que, como es obvio, deberá cuidar del mayor interés del menor que no descarta en el futuro, pendiente su evolución, un mayor y mejor acercamiento hacia el progenitor demandante.

AP Baleares, Sec. 4.^a, Sentencia de 20 de julio de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Aguiló Monjo**

Tratándose el proceso que ahora se examina de oposición a una resolución administrativa en materia de protección de menores, podría pensarse, aunque el tema no ha sido nunca decidido de forma unánime e, incluso, la última jurisprudencia del Tribunal Supremo parece inclinarse a solución contraria, que la labor jurisdiccional se detiene en revisar la bondad o no de la resolución administrativa discutida, al tiempo en que fue dictada y que los avatares posteriores carecen de trascendencia.

Lo cierto es que la documental aportada al procedimiento y la testifical practicada desvela

que los «riesgos» que sustentaron la resolución administrativa combatida y que abocaron a la declaración de desamparo y tutela automática, se mantienen, de modo que ello confirma su corrección inicial y su actual mantenimiento, como a continuación se argumentará.

No se discute, ni siquiera por el promotor del proceso, actual recurrente, que la declaración de desamparo de su hijo Hugo, fue adoptada en su día de forma correcta y fundada y que, incluso, la asunción de tutela institucional y automática que conlleva, contó con su anuencia entonces. Lo que ahora está en cuestión es que

desde la declaración administrativa de desamparo se han sucedido hechos y circunstancias que podrían revelar un restablecimiento de las relaciones paterno-filiales, una constatación de datos hacia una evolución favorable y positiva lo que, contrariamente a lo que se dice en la sentencia combatida, redundaría en beneficio del menor. Es en estos argumentos en los que se apoya el recurso interpuesto.

En distintas resoluciones tiene declarado este tribunal que «tanto la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, como la Ley del Parlament Balear 7/1995, de 21 de marzo, de Guarda y Protección de los Menores Desamparados contemplan dos situaciones de desprotección social del menor, que implican un distinto grado de intervención: Las situaciones de riesgo para el menor —sea cual fuere su naturaleza— que perjudiquen el desarrollo personal o social de aquél y el desamparo. En el primer caso la entidad pública competente pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducir las, intentando eliminar los factores de riesgo actuando en la propia familia del menor a través de medidas de apoyo o ayuda familiar; medidas económicas, cuando la causa determinante de riesgo proceda de carencias o insuficiencias de recursos de esta clase; prestaciones de tipo formativo o psicosocial, con la finalidad de mantener el hogar familiar como soporte básico y facilitar su normal integración social; medidas técnicas, a través de actuaciones profesionales, para restablecer y facilitar el adecuado ejercicio de las funciones parentales, mejorando las relaciones socio-familiares y promoviendo el desarrollo y bienestar del menor. Por su lado el desamparo se refiere a aquellas otras situaciones de gravedad bastante como para intervenir drásticamente, extrayendo al menor desamparado del entorno familiar en que se halla, con asunción de la tutela por parte de la entidad pública competente, haciendo tránsito —si así conviene al interés del menor— hacia una definitiva inserción del niño en un núcleo familiar distinto al de la familia de origen. El artículo 172.1, párrafo 2.º del Código Civil considera como situación de desamparo «la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando

éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material». El desamparo es un concepto jurídico relativamente indeterminado, que ha de integrarse mediante juicios de valoración, atendiendo básicamente a criterios de la legislación precedente de protección de menores, respecto a la cual se ha sustituido el anticuado concepto de abandono por la institución del desamparo en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por entender que el segundo era, conceptual y gramaticalmente hablando, de mayor amplitud, confiéndose así al órgano encargado la posibilidad de una más amplia interpretación y predominio del interés del menor. En efecto, el concepto de abandono se incorporó al Código Civil por Ley de 24 de abril de 1958 procedente de la legislación administrativa sobre actividades de beneficencia y tras la reforma de 4 de julio de 1970, en el artículo 174 del Código Civil se prescindía del consentimiento de padres o tutores para la adopción en caso de abandono, el cual era definido como la carencia, respecto del menor de catorce años, de persona que le asegure la guarda, alimento y educación con abstracción de la causa, voluntaria o involuntaria, que lo pudiera originar. También integraban el abandono otros supuestos sobre la base de la entrega del menor en una casa o establecimiento benéfico sin que los padres mostraran en treinta días (esto por Ley de 13 de mayo de 1981) voluntad de asistencia efectiva. De otro lado, la situación de abandono debía ser apreciada y declarada por el juez competente para conocer del expediente de adopción. En contraste con la situación anterior, el desamparo se configura como base imprescindible para una inmediata intervención administrativa de protección, sin el límite de los catorce años, que no ha de desembocar necesariamente en adopción; además, el desamparo abarca supuestos, no sólo de carencia de personas que se hagan cargo del menor, sino también aquellos casos en que, existiendo tales personas, están imposibilitadas para el ejercicio de los deberes de protección o se revele el mismo como inadecuado. Se sustrae, en fin, de la intervención judicial, la apreciación y declaración del desamparo. Por consiguiente, el antiguo abandono tenía la tacha de culpabilidad de quien abandonaba, requería resolución judicial y el transcurso de cierto lapso de tiempo, pretendiendo la reforma de 1987 (y lográndolo,

al decir de la Exposición de Motivos de la LO 1/1996) una agilización considerable de los procedimientos de protección del menor, al permitir la asunción automática de la tutela por parte de la entidad pública competente, en los casos de grave desprotección del menor. Esta ampliación del concepto de desamparo, cuyo referente jurídico no es otro que el interés del menor, ha sido fruto de la incorporación a nuestro ordenamiento de los principios que inspiran el sistema de protección de menores diseñado por un conjunto de textos internacionales como son el Convenio de La Haya sobre competencia y legislación aplicable de 5 de octubre de 1961 (BOE de 20 de agosto de 1987), sobre alimentos, de 2 de octubre de 1973 (BOE de 16 de septiembre de 1986), sobre sustracción de menores de 25 de octubre de 1980 (BOE de 24 de agosto de 1987) y sobre adopción internacional de 29 de mayo de 1993 (BOE de 1 de agosto de 1995), o la Convención Universal de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. El desamparo se define sustancialmente por tres notas: a) el incumplimiento de los deberes de protección; b) la privación de la necesaria asistencia moral o material del menor; y c) un nexo causal entre el incumplimiento de los deberes y la privación de la asistencia.

Discute el actor en el presente supuesto la medida administrativa, por la que se declaraba, en relación a su hijo D. Hugo, el desamparo y asunción urgente y cautelar de la tutela del menor, pues considera que en la actualidad no se dan las circunstancias descritas anteriormente para llegar a tan drástica solución, enfatizando acerca de los cuidados que ahora puede dispensar a su hijo, sobre las posibilidades económicas y de vivienda que tiene, llegando a afirmar que la tutela institucional y su sistema resulta perjudicial para el menor.

Considera este tribunal que la decisión no es desde luego fácil, pues están en juego intereses personales, familiares e institucionales de primer orden, en función de buscar el mayor beneficio del menor.

Entiende la Sala que estando sustraída la declaración de desamparo a la actividad jurisdiccional y confiada la misma a la administra-

ción tuitiva, dotada, al propio tiempo, de profesionales técnicos y organismos especializados, la labor judicial en su mayor medida se limita al control y revisión de si en su momento se daban los requisitos, antes enunciados y enumerados, en los que la desprotección y el desamparo consisten y, además, será la propia administración la que deba realizar el seguimiento de la situación y su progresión o regreso.

Dispone el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1996 que «los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente ley y a la mencionada normativa internacional» (en especial la convención de Derechos del Niño de la ONU). En su artículo 11 se establece la responsabilidad de las administraciones públicas de articular medios en beneficio de los menores, a quienes se otorga el derecho de acceso, pero, también impone a los padres, el deber de utilizarlos, lo que no consta fuera cumplido por D. Cirilo durante largo tiempo. En parecidos términos se pronuncia la Ley de esta Comunidad 17/2006, de Atención a los Derechos de la Infancia y la adolescencia.

Es cierto que los órganos jurisdiccionales tienen como función la tutela de los derechos fundamentales y, también, por ende, la protección de los derechos del niño que el artículo 39 de la Constitución les dispensa, de conformidad a los acuerdos internacionales que velan por ellos, de modo que no es impensable su intervención cuando la declaración de desamparo y asunción de tutela automática va flagrantemente en contra de los intereses del menor. La supremacía del interés del menor está proclamada en la Ley Orgánica de Protección, y así lo dispone en su artículo 2, en concordancia con otras leyes ordinarias, de modo que todo el ordenamiento jurídico, desde la norma suprema está imbuido de la misma idea y tiene idéntica finalidad.

Sin embargo, no es éste el caso que se aprecia en los presentes autos, en el que la mayor protección de los intereses del menor no se salvaguarda con la seguridad necesaria, dejando sin efecto la declaración de desamparo pretendida por el apelante, como así entiende, también, el Ministerio Fiscal, entre cuyas funciones institucionales se encuentra la de velar por los menores e incapacitados. Es por ello que se considera

que la actual situación personal de Hugo debe ser mantenida de momento, sin perjuicio del seguimiento que de la misma haya de realizar la propia administración protectora que, como es

obvio, deberá cuidar del mayor interés del menor que no descarta en el futuro, pendiente su evolución, un mayor y mejor acercamiento hacia el progenitor demandante.

La sola expresión de su deseo de querer estar en compañía del menor no basta para reintegrar al menor con su madre biológica, cuando ésta, en la actualidad, carece de las necesarias habilidades parentales y cuando los hechos evidencian que no ha tenido interés en recuperar a su hijo, pues ni siquiera instó la ejecución de la sentencia por la que se revocaba la primera declaración de desamparo del menor. También es determinante que desde hace tiempo el menor no mantiene contacto alguno con su madre no habiendo solicitado ésta la fijación de un régimen de visitas.

AP Málaga, Sec. 6.^a, Sentencia de 8 de junio de 2010

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María Inmaculada Suárez-Bárcena Florencio

Tanto la Ley Orgánica 1/1996, de 16 de enero, de Protección Jurídica del Menor (Ley que modifica parcialmente el Código Civil) como la Ley de Enjuiciamiento Civil se inspiran en diversos Convenios y Tratados Internacionales, como en «La convención de Derechos del Niño», de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 (Convenio ratificado por España el 30 de noviembre de 1990); y en la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo (Resolución A3-0772/92) y contienen una serie de principios que se pueden sintetizar en lo que al caso que aquí nos ocupa en los siguientes: A) El interés superior de los menores, sobre cualquier otro que se estime legítimo (interés reflejado, antes de la comentada Ley, en las normas constitucionales, en el Código Civil; y por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias de 2 de mayo de 1983; 12 de febrero de 1992 y de 21 de julio de 1993, entre otras). B) En relación íntima con el bien de aquéllos (se integra y funde dentro de él), la condición o carácter educativo, que toda medida de amparo ha de tener con respecto a los mismos. C) La idea de que las limitaciones a la capacidad de obrar del menor, se han de interpretar de manera restrictiva. La Jurisprudencia ha venido, a tenor de lo dispuesto en el artículo 172 CC, considerando como situación de desamparo, la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de

los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material, de manera que el desamparo ha de considerarse, en primer lugar, como una situación fáctica querida o no en la que se encuentran los menores y que se caracteriza, en esencia, por la falta o privación de la asistencia y protección necesarias, y ello determina, por ministerio de la Ley, la tutela automática de dichos menores por parte de la Entidad Pública a quien en el respectivo territorio esté encomendada la protección de los menores, e implica por ende, la privación de la guarda y custodia que sobre dichos menores pudiera corresponder, a sus padres naturales o biológicos. Se ha reiterado doctrinal y jurisprudencialmente que para apreciar la situación de desamparo se han de examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, atendiendo fundamentalmente al interés del menor sin desconocer, empero, la necesaria protección de la situación familiar a que pertenece dicho menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 39.1 de nuestra Constitución, por lo que se hace necesario estimar que la asistencia moral y material de los menores en orden a la declaración de desamparo, ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales, de tal manera que sólo se estime la existencia del desamparo cuando se acredite efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la con-

ciencia social más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego, es decir, los de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en esa situación (SSTC 143/1990 y 298/1993). Lo anterior entronca directamente con el principio de prioridad de la propia familia natural proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 30 de diciembre de 1986 en su artículo 9, que proclama el interés del niño a ser educado por sus padres naturales, lo que por otro lado reconoce también el artículo 172.4 de nuestro Código Civil. En definitiva, la situación de desamparo, sea voluntaria o querida por los progenitores, ha de ser siempre estimada restrictivamente. Traída al caso que nos ocupa, la anterior Doctrina, resulta que la Sentencia apelada ha rechazado la oposición de la madre biológica a la declaración del desamparo del menor y acogimiento familiar permanente con los tíos paternos, con los cuales ha permanecido el menor acogido, ininterrumpidamente desde el año 2002, cuando el menor contaba con una edad de cuatro meses, resolución que esta Sala ha de confirmar, pues, la revisión de todo el material probatorio obrante en las actuaciones, función propia de esta alzada, permite a la Sala colegir que no ha incidido la juzgadora *a quo* en error valorativo alguno y en definitiva que el menor, en el momento en que fue declarado en desamparo, y aún en la actualidad, estaba y está en tal situación conforme a los artículos 172 del Código Civil y 23.1.a) e i) de la Ley 1/1998, de atención al menor. Cuando la Administración intervino, según resulta de la abundante documental obrante en autos, el menor que nos ocupa, estaba en evidente y manifiesta situación de riesgo, siendo buena prueba de ello el hecho de que, tras revocarse, primero por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Málaga, y luego por la Audiencia Provincial, la primera declaración de desamparo del menor que nos ocupa, cuyos padres hicieron plena y total dejación de los deberes legales inherentes a la patria potestad sobre su hijo, dejándolo con sus tíos paternos, que lo acogieron, ya desde aquel entonces de hecho, el menor no volvió con la madre hoy recurrente, que ni interesó la ejecución de aquellas Sentencias, ni realizó

actividad alguna que permitiera revelar el más mínimo interés en recuperar a su hijo. Si a ello añadimos, que, en el interin entre aquel procedimiento y el que nos ocupa se decretó el desamparo respecto de otro hijo de la hoy recurrente, Vidal, hermano de Benito, que actualmente se encuentra bajo medida de Acogimiento familiar permanente, ratificada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Granada, en autos núm. 986/05, y, posteriormente, por la Audiencia Provincial de Granada en Rollo de Apelación núm. 302/06, y ello motivado por las razones que transcribe la juzgadora *a quo* en el fundamento de derecho segundo de la Sentencia apelada, que procede dar aquí por reproducidas, al objeto de evitar repeticiones innecesarias, no podemos sino concluir, que la situación de desamparo del menor, que lleva acogido desde el año 2002, y por tanto, sin contacto alguno con sus padres, era y es evidente, estando absolutamente justificada la intervención de la administración en aras a asegurar la protección del interés preferente del menor. La parte recurrente, no ha aportado ni una sola prueba que permita considerar que hayan cambiado, en la actualidad, las circunstancias que determinaron la Resolución de desamparo. Pretende la madre defender su actual situación de estabilidad psíquica, en los informes del equipo de Salud mental de Guadix de 20 de abril de 2005 (folio 121 de los autos) y en el emitido por D. Bartolomé en 20 de septiembre de 2008, aportado como documento núm. 4, que evidencian que ha estado asistiendo, durante todo este tiempo a sus citas de salud psíquica programadas y siguiendo el tratamiento prescrito, informes que ponen de manifiesto, además, que los rasgos de personalidad permanecerán, con tendencia a atenuarse con la edad y situaciones sociales más favorables; si bien, estos informes en que la misma pretende apoyarse, ponen de manifiesto como caracteres de la personalidad de la madre «la impulsividad, heteroagresividad y escasa tolerancia a la frustración», lo que evidentemente entraña notables riesgos en cuanto a su capacidad para hacerse cargo del menor. Si a ello añadimos, que la madre no ha acreditado una vida laboral estable, ni tiene siquiera una estabilidad domiciliaria, dependiendo continuamente de sus padres, no podemos sino concluir, que no han variado en absoluto, en la actualidad las circunstancias que

determinaron la Resolución administrativa. La sola expresión de su deseo de querer estar en compañía del menor, no basta para reintegrar al menor con su madre biológica, cuando ésta, en la actualidad carece de las necesarias habilidades parentales, y cuando los hechos evidencian que la misma no ha tenido interés en recuperar a su

hijo, cuando, ni siquiera instó la ejecución de la sentencia por la que se revocaba la primera declaración de desamparo del menor, que desde noviembre de 2002, no mantiene contacto alguno con su madre, en la medida que, desde esa fecha, y hasta el procedimiento que nos ocupa, ni tan siquiera solicitó visitar al menor.

FILIACIÓN

El resultado de la prueba biológica es que existe una probabilidad de paternidad del 99,99%, lo que permite declarar plenamente acreditado que el demandado es el padre del menor y, en todo caso, como efectivamente queda un porcentaje de un 0,01% de que no lo sea, ante la contundencia del resultado, correspondería a la parte demandada la carga de probar que se encuentra en ese 0,01%.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 23 de junio de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª M.ª Soledad Jurado Rodríguez**

Se plantea por el recurrente en segundo término que no puede entenderse suficientemente acreditada la paternidad del demandado con la sola prueba biológica, única practicada en orden a acreditar la filiación del menor, motivo recurrente que de la misma forma se rechaza porque es el propio demandado el que en la contestación a la demanda condiciona su negativa a la declaración de paternidad a que dicho hecho sea acreditado en período probatorio y es el caso que habiéndose

practicado la prueba biológica en el laboratorio consensuado por ambas partes (f. 56), el resultado de la misma es que existe una probabilidad de paternidad del 99,99%, lo que permite declarar plenamente acreditado que el demandado es el padre del menor Eulalio, y, en todo caso, como efectivamente queda un porcentaje de un 0,01% de que no lo sea, ante la contundencia del resultado, correspondería a la parte demandada la carga de probar que se encuentra en ese 0,01%.

Ante la negativa del demandado a la práctica de la prueba biológica, se declara la filiación paterna en base a la prueba testifical especialmente de amigas de la madre, a la que trataron en los años 1978-1979 y que conocieron la relación con el demandado. De sus declaraciones no se aprecia o percibe insinceridad, son coherentes, de personas muy próximas a la madre en aquellos días de relación con el demandado; son coincidentes y contestes en datos sustanciales, como el conocimiento directo de la relación de la pareja, confesión de datos íntimos, confesión del embarazo, inexistencia de otro hombre, declaraciones todas ellas adornadas de detalles propios de quienes vivieron de cerca los acontecimientos.

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 1 de junio de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. Julio César Picatoste Bobillo**

D.ª Lucía ejercita acción de reclamación de filiación extramatrimonial del artículo 133 del CC contra D. Tomás. Afirma en la demanda que

su madre, María Teresa, y el demandado mantuvieron entre los años 1978 y 1979 una relación sentimental, no formal, pero íntima, fruto de la

cual nació la actora el 20 de septiembre de 1979. Su madre falleció cuando ella tenía 13 años de edad. Ya enferma, encargó al abogado vigués D. Nazario la realización de gestiones encaminadas a obtener el reconocimiento de la paternidad, sin éxito, pues el demandado, a través de otro abogado, se opuso a tal reconocimiento. Debido al quebrantado estado de salud de la madre de D.^a Lucía, desistió de instar todo procedimiento y falleció poco después.

El demandado niega en absoluto toda relación con la madre de la demandante, no sólo sentimental, sino incluso todo trato personal con ella, que reduce a mero conocimiento como trabajadora en la aseguradora Mediodía donde él tenía concertada alguna póliza. Niega también haber tenido, durante todo este tiempo, noticia alguna sobre las pretensiones de la actora o su madre. Todo, dice, se reduce a un artificio en busca de ventajas económicas.

Se reprocha por el demandado la indebida admisión a trámite de la demanda, en cuanto que no habría cumplido la exigencia del artículo 767.1 de la LEC, al faltar el principio de prueba de los hechos en los que la pretensión se funda.

La STS de 18 de marzo de 2002 advertía de la necesidad de dar al precepto una interpretación espiritualista, en el sentido de que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento oportuno para tener por cumplido el requisito a que aquél se refiere; la razón de la exigencia legal, explica el TS, es la de posibilitar el control de la razonabilidad de la demanda; aquel requisito procesal «constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca puede dar lugar a una restricción, ni a un obstáculo a la posibilidad que abre el artículo 29.2 de la Constitución». En sentido similar se expresa la STS de 4 de mayo de 1999.

Por su parte, la STS 3 de febrero de 2006 insiste en la misma línea cuando recuerda que la jurisprudencia del TS ha flexibilizado significativamente el requisito de admisibilidad del artículo 767.1 de la LEC, al punto de haber considerado bastante el ofrecimiento de pruebas a practicar en su día de modo que la demanda ofrezca una razonable verosimilitud (SSTS 6 de octubre de 1993, 20 de octubre de 1993, 3

de septiembre de 1996, 3 de octubre de 1998 y 7 de julio de 2003 entre otras muchas); de ahí que haya estimado cumplida aquella exigencia con la aportación con la demanda de actas notariales (STS 3 de febrero de 2006). También la STS de 1 de octubre de 1999 admite el carácter de principio de prueba de las actas notariales de manifestación acompañadas con una demanda de filiación (*vid.* también la STS de 2 de febrero de 2006).

En el caso que enjuiciamos estimamos que se satisface la exigencia legal de admisibilidad del artículo 767.1 de la LEC. Con la demanda se acompañan dos actas notariales a las que se incorporan manifestaciones de amigas de juventud de la madre de D.^a Lucía (Rosalía y Sonia) dando noticia del conocimiento de la relación mantenida por el demandado y la madre de la demandante fruto de las cuales nació ésta.

Ha de unirse a esta aportación la certificación de nacimiento de D.^a Lucía en la que consta como nombre del padre el del demandado. Y debe contabilizarse también la propia iniciativa de la actora al proponer la prueba biológica en la demanda.

La suma de todos los datos referidos constituye, a no dudarlo, principio de prueba suficiente al efecto de dotar de verosimilitud y seriedad a la demanda.

Este motivo del recurso debe, por consiguiente, ser desestimado.

Hemos de valorar ahora la negativa de D. Tomás a someterse a la prueba biológica que la actora solicitó ya desde la misma demanda. Atendamos, en primer lugar, a las pautas señaladas por la doctrina jurisprudencial en relación con el valor probatorio que debe atribuirse a la negativa a someterse a esa prueba, pautas que podemos resumir y sistematizar del siguiente modo:

1. La STS 24 de mayo de 2001, señalaba que la negativa podrá ser valorada «como un “indicio muy cualificado” que en unión del conjunto de otras pruebas, puede llevar al ánimo del Tribunal la convicción de paternidad postulada» (SS de 20 de julio de 1990, 21 de octubre de 1994 y 24 de junio de 1996, entre otras). También la citada sentencia hace notar que la «tendencia de aumentar cada vez más el valor probatorio de la

conducta negativa del demandado se da en las últimas sentencias de esta Sala, sobre la materia» (SS. de 17 de noviembre de 1997, 3 de octubre de 1998 y 28 de marzo de 2000, entre otras).

2. Ni la doctrina del TC ni la del TS avallan la posibilidad de que se haga la declaración de paternidad con base única y exclusivamente en la negativa del afectado a someterse a la prueba biológica de paternidad; ello no obstante, sí se entiende que tal negativa representa o puede representar un indicio «valioso» o «muy cualificado» que, puesto en relación o conjugado con las demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a que éstas en sí mismas y por sí solas no fueran suficientes para estimar probada una paternidad que por sí es de imposible prueba absoluta (STS 27 de febrero de 2007).

3. La vinculación del afectado a la práctica de la prueba biológica no constituye propiamente un deber, sino una carga procesal (SSTS de 7 de diciembre de 2005 y 2 de febrero de 2006); su incumplimiento —dice la STS de 27 de febrero de 2007— no puede dar lugar a imponer su realización mediante medios coactivos, sino que únicamente determina que, en caso de ser injustificada la negativa, recaigan sobre la persona renuente las consecuencias de la falta de prueba, siempre que concurren los requisitos determinados por la doctrina constitucional y la jurisprudencia civil, la existencia de indicios suficientes para, conjuntamente con la consideración de dicha negativa como indicio muy cualificado, considerar determinada presuntivamente la paternidad reclamada.

4. Ha declarado la antes citada sentencia de STS 24 de mayo de 2001 que «dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el artículo 39 CE, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente

de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (artículo 118 CE), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que en otro caso, bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al artículo 24.1 CE por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el artículo 24.2 CE (STC 7/1994 fundamento jurídico 6 y las resoluciones en ella citadas)».

De ahí que el TS, en la misma sentencia, proclame que «cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación, permitido por el artículo 135, *in fine*, del Código Civil, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE (AATC 103/1990, 221/1990).

5. El Tribunal Constitucional (STC de 14 de febrero de 2005) en sintonía con la doctrina de la Sala Primera del TS considera que la negativa a la práctica de la prueba biológica de paternidad no puede interpretarse como una confesión presunta del afectado.

La STC 177/2007, de 23 de julio, recuerda que «dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el artículo 39 CE, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos

casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (artículo 118 CE), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que en otro caso, bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al artículo 24.1 CE por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el artículo 24.2 CE (STC 7/1994, FJ 6y las resoluciones en ella citadas)».

En el presente caso, como ya adelantamos, el demandado se opuso a la práctica de la prueba biológica. La razón con que se excusa no podemos por menos de considerarla en verdad inconsistente. Aduce que dada su condición de empresario relevante en el sector de la telefonía móvil, titular de una importante y boyante empresa, que cuenta con un elevado número de trabajadoras, podría ser fácil y tentador objetivo para aspirantes a fingidas maternidades fuente de demandas.

El argumento carece de solidez alguna. Es un riesgo más que remotísimo y un temor harto infundado. Es más, bastaría con una demanda frustrada por una prueba biológica contraria a la demandante para que cualquier eventual pretensión injustificada decidiese no arriesgar un clamoroso fracaso. Máxime si el temor lo centra el demandante en el ámbito de las trabajadoras de su empresa.

Por tanto, estamos ante una justificación de tintes absurdos. Dicho de otro modo, la negativa es sencillamente injustificada. Pero es que la negativa se torna más perjudicial para el demandado contemplada desde la perspectiva del desarrollo del proceso. Vencido en primera instancia, propone en la segunda una batería de pruebas (inadmitidas) encaminadas a destruir determinados resultados probatorios que le han sido adversos y que, en realidad, versan sobre aspectos secundarios, accesorios y hasta algunos fútiles. Y sin embargo, pese a encontrarse ante una sentencia condenatoria no se decide a proponer la

prueba fundamental; la sigue rehuyendo. Si ya no son admisibles las banales excusas dadas para eludir la prueba biológica dadas en un principio, se hace más costoso entender que, ya terminada la primera instancia, se mantenga en la negativa cuando comprueba que el resultado del proceso le es adverso; parece que en tal trance debiera avivarse el interés por atajar una contrariedad de tal entidad, pues de no ser cierta la paternidad, podría darle un vuelco al resultado del proceso en la primera instancia sometiéndose a la prueba capital; en su lugar, como decimos, propone otras pruebas insustanciales. Sin duda, persistir en la negativa, refuerza una valoración del indicio en contra del demandado.

Con todo, y de acuerdo con la doctrina antes anotada, acudimos a otros elementos probatorios que, sumados a la negativa a someterse a la prueba biológica, permitan componer un mosaico probatorio de entidad bastante para sustentar la convicción del tribunal sobre la realidad de los hechos en que la demanda funda la reclamación de la demandante.

La actitud del demandado es de radical negación de los hechos; no sólo se niega todo tipo de relación con la madre de la demandante; niega también haber tenido otro trato que el que derivase de la mera relación profesional de seguros: él cliente y ella trabajadora en Mediodía.

Niega, al mismo tiempo, haber tenido noticia alguna de este asunto hasta el mes de julio de 2007, declaración que no podemos tener por cierta a la vista del testimonio del abogado Sr. Nazario al que luego nos referiremos.

Por lo demás reconoce la oficina que tenía en la calle Ramón Nieto, que es escenario citado por algunos testigos.

En cuanto a la demandante, explicó coherentemente la razón de la tardanza en plantear una reclamación que su madre intentó en vida, pero abandonó. Salvo la identificación del padre hecha por la madre, no pudo proporcionarle muchos datos más, dado que murió cuando D. Lucía todavía era una niña de trece años. También explica que no hay fotos ni cartas, lo que es razonable por el tipo de relación habida entre María Teresa y el demandado. Ello no obstante, aportó a juicio una fotografía de grupo en la que aparece su padre y documentos de seguros concertados

por el demandado, cuya conservación entre las pertenencias de su madre se explicaría por razones sentimentales; es, ciertamente difícil entender que se guarden papeles correspondientes a persona con la que no media vínculo alguno.

Hay varios testimonios que declaran a instancia de D.^a Lucía. Se trata de amigas de la madre, a la que trataron en los años 1978-1979, y que conocieron la relación entre María Teresa y el demandado. De la audición de sus declaraciones no se aprecia o percibe insinceridad; son declaraciones coherentes, de personas muy próximas a María Teresa en aquellos días de relación con el demandado; sus declaraciones son coincidentes y contestes en datos sustanciales, como el conocimiento directo de la relación de la pareja, confesión de datos íntimos, confesión del embarazo, inexistencia de otro hombre, declaraciones todas ellas adornadas de detalles propios de quienes vivieron de cerca los acontecimientos.

Rosalía se declara amiga íntima de María Teresa; su trato y afecto recíprocos tenían una cercanía y cariz fraternal, según ella misma explica (ambas carecían de hermanas). Conoce al demandado, Tomás, porque María Teresa salía con él; aclara que esta relación no era de noviazgo; «fue un lío», explica. En este extremo coinciden todos los testigos que conocieron a la pareja en aquellos años; califican la relación como no formal, al margen de las esperanzas que pudiese cifrar María Teresa, de quien sus amigas dicen estaba realmente enamorada del demandado. También afirma que no había otro hombre.

A Rosalía, y por ese vínculo de amistad íntima que le unía a la madre de la demandante, le consta que tenía relaciones íntimas con el demandado porque ella se lo contaba; conoce el lugar donde se producían los encuentros íntimos de la pareja; dice también que estuvieron dos veces en pisos de Camelias y Florida, y ella, la testigo, con un amigo de Tomás, apodado «Bucanero».

Declara también que cuando María Teresa dio a conocer su embarazo Tomás no quiso saber nada, e incluso le propuso abortar en Portugal. La testigo habló con él en la discoteca Olimpia; le contestó mal, le dijo que de él no era, que andaba por ahí con todos; Rosalía reaccionó abofeteando al demandado.

Sonia era también muy amiga de María Teresa, aunque su amistad es posterior al embarazo; refiere que ella siempre le dijo que el padre era Tomás. Se ofreció a ir a hablar con él; acudió a su taller, y reservadamente se entrevistó con él en una oficina que describe con detalle; él le reprochó que ella tenía muchos hombres y le ofreció 500.000 pesetas para zanjar la cuestión.

María Virtudes declara, por su parte, que ella le comentó que tenían relaciones sexuales, en su taller; no eran novios formales. Llevaba una agenda donde anotaba los días del período y en color distinto otros que correspondían a los días que tenían relaciones sexuales. Cuando conoció el embarazo no tuvo duda alguna de que era de él, pues no había otro hombre.

Adriana sabía que Tomás era el padre porque se lo dijo ella; el demandado se puso en contacto con este testigo a la que reprochó que anduviese diciendo que era de él. María Teresa, dice esta testigo, no tenía relación con otros hombres. El demandado tenía un coche deportivo, no recuerda el color. Conoce el episodio del abogado al que acudió María Teresa.

Declara en juicio también el abogado D. Nazario, con el que la madre de D.^a Lucía fue a hablar en el año 1992 a propósito de la paternidad del demandado; el Sr. Nazario envió una carta al demandado Tomás. En respuesta recibió una llamada telefónica de otro letrado —D. José Manuel Olivares— que lo hacía en nombre del Sr. Tomás transmitiéndole el mensaje de su cliente que negaba la paternidad y que no quería saber nada del asunto. A la vista de esta negativa, el testigo explicó a María Teresa los pasos que debían seguirse en el caso de intentar la reclamación judicial de la paternidad; pero ella, ya enferma, dijo que no se sentía con fuerzas para poner en marcha el proceso.

Las testigos que declaran a instancia de la actora son contestes al decir que el demandado tenía un Alpine —algunos hablan de un deportivo o llamativo— y también, según algunos testimonios, tenía un 1430. No negada la posesión de este segundo turismo, el demandado afirma que el Alpine lo había vendido antes de 1978. No es suficiente con decir o saber que el vehículo se ha vendido, o que en esas fechas no figuraba a nombre del demandado, pues lo

decisivo es si, por tener su posesión, lo usaba o no, pues aún en la hipótesis de que no fuese propietario en determinadas fechas, puede figurar a nombre de otra persona (ej. un familiar) o de la propia empresa y seguir en la posesión y uso del turismo.

Varios son los testigos que declaran a instancia del demandado. De sus declaraciones destaca el juzgador *a quo* sus contradicciones, extremos que, sin embargo, constituyen para el apelante muestra de espontaneidad. Sin embargo, se trata de contradicciones llamativas, algunas provocadas por cierto empeño en eludir todo trato, incluso conocimiento, del demandado con María Teresa.

El testimonio de Landelino, que era empleado del Olimpia, dice que conocía al grupo de María Teresa pero que la única relación que le vio fue con Dámaso; es el único testigo que afirma tal cosa. Dice que el demandado nunca habló con las cuatro chicas, lo que se contradice con otros testimonios. Recuerda lo de la bofetada que Rosalía propinó a Tomás, lo que refuerza la credibilidad de la declaración de aquélla; este testigo, puesto en trance de aclarar ciertos extremos y contradicciones, termina por reconocer que tiene fallos de memoria; siendo así, su testimonio carece de entidad y credibilidad; no podemos tomarle en consideración.

Raimundo era, en aquel tiempo, del grupo de amigos del demandado. Dice no conocer todas las chicas con las que Tomás salía. Manifiesta no conocer a María Teresa. Pese a no conocer a todas sus novias, afirma que no tuvo una novia rubia. Las afirmaciones hechas ante notario son aún más rotundas: es que nunca le vio con una chica rubia; no había según él, ninguna chica rubia en la pandilla. Refiere que conoce a Tomás en el año 1973, con motivo de la compra de una vivienda, y en esa fecha, dice el testigo, tenía una novia venezolana; sin embargo, en su declaración en el acta notarial sitúa esa relación en 1978; teniendo en cuenta que a partir de 1979 deja ya de salir y tener relación con Tomás, es notorio que en las dos declaraciones está situando el noviazgo de la venezolana en dos fechas muy distantes correspondientes al inicio y al final de la relación entre María Teresa y Tomás. No parece que, por ese dato, fuera difícil de

situar el noviazgo con la mujer venezolana en uno u otro momento. Desde luego, ese noviazgo no duró tantos años; el mismo demandado lo contrae a los años 1978/79. No es creíble este testigo, tanto por este dato con el que transmite inseguridad, como por el hecho de que ese empeño en negar todo contacto o conocimiento de una mujer rubia se ve contradicho por otro testigo.

Marco Antonio, amigo del demandado, dice no conocer a María Teresa. Insiste en que nunca le vio con una chica rubia. Es difícil aceptar lo que este testigo dice en el acta notarial; no se trata de que el demandado no haya tenido una novia rubia; no, va más allá; en diciembre de 2007 afirma que nunca le vio hablando con una chica rubia entre los años 1978 y 1979. Habrá de convenirse en la poca credibilidad que puede merecer tal declaración. Además, ese denodado empeño por negar toda relación del demandado con mujer alguna que fuese rubia, como ya hemos dicho, entra en contradicción con el siguiente testimonio.

Ángel es amigo de Tomás; a diferencia del demandado y de los demás testigos que éste trae a juicio, sí reconoce conocer a María Teresa, aunque de vista. Pero este testigo dice que Tomás tuvo una novia extranjera rubia (la venezolana). Luego dice que la rubia era Bombi (en el acta notarial dice que era morena); después habla de la rubia a la que se refiere él trabajaba en Mediodía. Cualquiera que sea el nivel de confusión de este testigo, sí está admitiendo la existencia de alguna mujer rubia en el entorno del demandado, con lo que frontalmente contradice a los testigos anteriores. Pero es que en su relato hecho en acta notarial, aún habla de otra mujer rubia. De este testimonio se desprende —en contradicción con los demás— que el grupo de Tomás conocía al grupo de María Teresa que asiduamente acudía al Olimpia. De hecho, uno del grupo de los hombres tenía relación con una amiga de la demandada. Es Olegario. Este testigo dice que conocía a «Gatita»; tuvo una relación con Bombi; niega, sin embargo, haber acudido con ella de haber (sic) a piso alguno.

En suma, es el grupo de testigos que declara a instancia de la demandante el que, al igual que ocurrió con la apreciación directa del juzga-

dor de instancia, el que ofrece mayor credibilidad y coherencia por las razones ya expresadas hasta aquí.

Importa ahora decir que no podemos atribuir valor al planteamiento del demandado, para quien todo esto no sería sino una fabulación urdida, al cabo por razones económicas, por la demandante y las amigas de su madre, en una acción conjunta de testimonios falsos, en la que estaría también implicado un abogado en ejercicio. Tal planteamiento supone, en definitiva, atribuir la demanda a una acción conjunta de testimonios falsos concertados para conseguir un beneficio económico. No vemos que haya base alguna para admitir esta hipótesis.

Tampoco podemos dar valor a los testimonios de Casiano y Dámaso (ambos asesores fiscal y económico-financiero, respectivamente) del demandado, quienes habrían sido testigos de ciertas conversaciones telefónicas del demandado a quien, al parecer, un interlocutor desconocido —un tal Dámaso—, advertía de que había personas que estaban buscando pruebas sobre su paternidad. Nada extraño hay, por lo demás, que D.^a Lucía, u otras personas con ella relacionadas, estuviesen recabando o interesándose por los testimonios de que pudiera valerse para llevar a juicio. Por lo demás, no se entiende que no haya sido traído a juicio como testigo a aquel interlocutor telefónico.

SUCESIONES

Queda imprejudgada la acción de partición de la herencia, pendiente de llevar a cabo y por su cauce propio la previa liquidación de la sociedad de gananciales del causante.

AP Pontevedra, Sec. 6.^a, Sentencia de 30 de junio de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Julio César Picatoste Bobillo**

D.^a Cecilia promueve juicio de división judicial de la herencia de su madre, D.^a Visitación, fallecida el 2 de febrero de 2003, con testamento otorgado el 3 de enero de 1990 (sin designación de comisario contador partidor); con anterioridad, el 16 de marzo de 1987 había fallecido su marido, D. Leovigildo, bajo testamento otorgado el 25 de marzo de 1951 (a la herencia de éste —objeto de una adjudicación parcial el 3 de agosto de 1999— había renunciado la promovente el 13 de junio de 1987).

En ningún momento se practicó la liquidación de la sociedad de gananciales del referido matrimonio, como expresamente lo reconoce la promovente. La demanda se formula contra los hermanos de la actora, hijos comunes del matrimonio y contra la heredera universal de un hermano fallecido.

Los demandados esgrimen como primer motivo de oposición la necesidad de practicar previa liquidación de la sociedad de gananciales y reprocha a la actora que pretenda traer a la masa hereditaria la mitad del dominio de los

bienes gananciales, pues dicha mitad son los derechos que detenta la causante respecto de la sociedad, lo que no es posible ya que la misma no es dueña de una mitad de cada cosa o derecho de la sociedad, lo que supone el reconocimiento de que debe realizarse la liquidación que no ha solicitado. Recurrída la sentencia por la actora, los demandados reproducen por vía de impugnación de sentencia la práctica de la liquidación de la sociedad de gananciales.

La cuestión capital y primera que se plantea la Sala es la que, desde un principio, ha constituido el eje principal y primero de la oposición de los demandados, tanto en la primera como en la segunda instancia, a saber: la necesidad de la previa disolución de la sociedad de gananciales habida entre los padres de los aquí litigantes, no practicada en vida de la causante después del fallecimiento de su marido. Frente a ese motivo de oposición, la demandante sostiene que esa disolución de gananciales puede realizarse dentro del procedimiento de división judicial del patrimonio hereditario, como una operación más.

Este tribunal ha venido decantándose por la necesidad de acudir a la previa liquidación del patrimonio ganancial; así lo hemos dicho en anteriores resoluciones, como la sentencia de 26 de noviembre de 2002 (Sección 1.^a de esta Audiencia), donde se recordaba la STS 8 de junio de 1999 en la que se dice que «era obligada la liquidación de la sociedad de gananciales como presupuesto previo a la práctica de las operaciones particionales, cuya omisión, valorada debidamente por la resolución de instancia, provoca el pericimio de estos motivos». En el mismo sentido la STS de 14 de diciembre de 2005 a cuyo tenor fallecidos ambos cónyuges, es necesario liquidar la sociedad de gananciales existente, para proceder a continuación a la partición del haber hereditario del primeramente fallecido, y seguidamente, de manera separada, proceder a la partición de los bienes integrantes de la segunda herencia.

También la sentencia de esta Audiencia (Sec. 1.^a) de 14 de diciembre de 2005 y las de esta misma Sección de 5 de octubre de 2007 y 15 de octubre de 2007.

La tesis había sido ya sostenida en anteriores resoluciones del Tribunal Supremo (SSTS 7 de diciembre de 1988 y 22 de julio de 1997), y también las Audiencias Provinciales siguen la misma línea (S. de 9 febrero 1998, de la AP de A Coruña Sec. 4.^a y S. de 10 octubre 1994 de la AP de Granada). En la STS de 17 de octubre de 2002, aunque en hipótesis referida a caso de fallecimiento de persona que había contraído dos matrimonios, se dice que «como presupuesto o elemento esencial, se cuenta la determinación del patrimonio hereditario del causante. Y para poder hacerlo es imprescindible la fijación del suyo y de cónyuge herederos del mismo, correspondientes a su parte de los bienes gananciales. En otro caso se estaría practicando una partición de patrimonio a sabiendas de que es parcialmente ajeno».

Insiste en el mismo criterio la SAP de Segovia de 28 de septiembre de 2000 cuando, con cita de las SSTS 31 de diciembre de 1912, 22 de agosto de 1914, 10 de enero de 1934, 17 de abril de 1943, 5 de junio de 1985, 7 de diciembre de 1988, 18 de marzo de 1991, 22 de febrero de 1997 y 8 de junio de 1999; y de las Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notaria-

do de 5 de octubre de 1893, 12 de noviembre de 1895, 28 de enero de 1898, 14 de marzo de 1903, 26 de febrero de 1906, 11 de septiembre de 1907, 29 de enero de 1908.

También la AP de Las Palmas (Sec. 3.^a) 11 de marzo de 2005 en la que se dice: «Tal previa liquidación es un *príus* lógico para que, una vez concretados los bienes que de la masa ganancial ha correspondido a cada uno de los cónyuges, pueda llevarse a cabo la división judicial de la herencia. Ello, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de los bienes gananciales, según se recoge en el artículo 1344 del Código Civil y se señala en las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1990 y 12 de junio de 1990. Tanto en el cuaderno particional de la actora como en la resolución judicial combatida se parte de la base de que los bienes que se recogen en la misma son gananciales, mas precisamente por eso mal puede llevarse a cabo la división instada sin que, como se deja dicho, se concreten los bienes que de tal masa ganancial correspondía a la cónyuge fallecida». También se traen a colación la antes citadas SSTS de 17 de octubre de 2002 y 8 de junio de 1999 y las de 22 de julio de 1997 y 7 de diciembre de 1988. En igual sentido la SAP de Cantabria (Sec. 3.^a) de 12 de diciembre de 2005 con apoyo en la jurisprudencia ya citada y la de la Sección 1.^a de esta misma Audiencia de 6 de julio de 2006.

Es evidente, por lo tanto, que la liquidación de gananciales es operación necesariamente previa a la división del haz hereditario del causante; no puede saberse cuál sea éste, si previamente no se ha liquidado la sociedad conyugal. El reconocimiento jurisprudencial en la materia es, como hemos visto, claro al respecto y responde a la propia lógica y naturaleza de las cosas; es preciso conocer cuál es el haz hereditario del causante y para ello debe liquidarse previamente la comunidad (SSTS 17 de octubre de 2002, 20 de febrero de 2002, 8 de junio de 1999, 7 de diciembre de 1988 y 22 de julio de 1997).

Sentado lo anterior, la cuestión que cabe plantearse —no lo hicimos en anteriores resoluciones, donde remitíamos a un proceso separado— es si es preciso que esa liquidación del régimen económico- matrimonial haya de realizarse en proceso separado y previo o si puede llevarse

a cabo en el seno del proceso de división judicial de herencia. El tema es polémico, tanto en la doctrina como en los pronunciamientos jurisdiccionales de las Audiencias Provinciales. No hay, en ninguno de los dos ámbitos, criterio uniforme.

Es cierto que la doctrina jurisprudencial ha venido reconociendo que entre las facultades de los contadores-partidores estaba la de liquidar la sociedad ganancial existente entre el causante y el cónyuge viudo (SSTS 17 de abril de 1947, 8 de marzo de 1995, 17 de octubre de 2002), criterio que se discute desde el punto de vista dogmático, se ha admitido como solución de eficacia práctica. Bien es cierto que, normalmente, la tesis parece vinculada a supuestos en los que el contador-partidor estaba nombrado en el propio testamento, de modo que parecía facultado para, con intervención del cónyuge sobreviviente, realizar las operaciones liquidatorias de la sociedad conyugal. La STS de 23 de octubre de 1997 admite la aceptación tácita, sin oposición, de los coherederos para que el contador-partidor designado por el causante lleve a cabo la liquidación de la sociedad conyugal con el cónyuge viudo, sin intervención de los herederos del cónyuge premuerto. En todo caso se trata de jurisprudencia anterior a la LEC 1/2000 que regula un procedimiento especial para la liquidación del régimen económico-matrimonial. Es de hacer notar que el artículo 293 de la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia —no aplicable en este caso dado que el proceso se ha iniciado antes de la entrada en vigor de la citada Ley— admite que el contador-partidor pueda llevar a cabo la liquidación de la sociedad conyugal con el cónyuge sobreviviente o sus herederos, pero es en el marco de una partición no judicial, sino de la realizada por el contador-partidor designado por el causante en el propio testamento o en escritura pública (artículo 283 de la citada Ley).

En la doctrina y decisiones de los tribunales están perfiladas al respecto dos posiciones; una se muestra favorable a que, en algunos casos, pueda llevarse a cabo la liquidación del patrimonio ganancial como una operación más de la división de la herencia; para ello se argumenta la propia doctrina jurisprudencial antes anotada que ha venido reconociendo que entre las facultades de los contadores-partidores está la de

liquidar la sociedad ganancial existente entre el causante y el cónyuge viudo.

En segundo lugar, se dice que el artículo 807 de la LEC está pensado para los casos en que el matrimonio se disuelve como consecuencia de un proceso previo de nulidad, separación y divorcio, pero no cuando la disolución se produce *ope legis* por fallecimiento de uno de los cónyuges (artículos 85, 1392.1.º y 1415 del CC).

Se aducen también razones de economía procesal y la existencia de conexión entre ambas liquidaciones. Y, por último, que no hay merma de garantías procesales.

Frente a la anterior tesis, otro sector doctrinal se muestra contrario y entiende que en defecto de acuerdo entre los interesados, en caso de disolución por muerte es preciso acudir primero al proceso específico previsto ahora para la liquidación de la sociedad conyugal, y determinado así el haber partible, acudir al procedimiento de división judicial de herencia. Cabe excepcionar el supuesto en que todos los bienes del matrimonio sean gananciales y los cónyuges fallezcan abintestato, con descendientes comunes y sin deudas particulares.

La nueva LEC contempla dos procedimientos claramente diferenciados para los distintos tipos de liquidaciones de masas patrimoniales distintas, la conyugal y la hereditaria. En la propia Exposición de motivos de la LEC (apartado XIX) hace notar el legislador que junto con la voluntad de establecer una mayor simpleza en la división de la herencia, se lleva a cabo la regulación de un nuevo procedimiento específicamente concebido para servir de cauce a la liquidación del régimen económico-matrimonial, con el que se da respuesta a la imperiosa necesidad de una regulación procesal clara en esta materia que se venía poniendo reiteradamente de manifiesto durante la vigencia de la legislación precedente.

Por último, se añade que reconocidos en el nuevo sistema legal dos procedimientos diferenciados para la liquidación y división de dos universalidades patrimoniales diversas, la sustanciación acumulada contraría lo dispuesto en el artículo 77.1 de la LEC.

No descartamos, matizando así nuestra anterior posición de remitir siempre y en todo caso a un proceso previo de liquidación, que haya ca-

sos en los que, por sus especiales características, pueda obviarse ese proceso previo y separado. Pero en este caso es de destacar la existencia de desacuerdo entre los interesados habida cuenta la especial oposición de los herederos demandados que exigen la previa liquidación del patrimonio conyugal. Pero al margen y además de lo dicho hasta aquí nos encontramos con otro escollo más que en todo caso impide admitir que pueda entrarse en la división del patrimonio hereditario y que la liquidación previa del patrimonio gananciales pendiente de tal operación pueda hacerse por el contador-partidor designado en este proceso y en el seno de su tramitación.

Reconoce la propia demandante que la liquidación de gananciales está sin practicar, tanto en el hecho expositivo sexto de la demanda como en el apartado 7 del décimo octavo, pero yerra al decir que «el partidor ha de llevar a la masa en cada uno de los bienes gananciales, una mitad del dominio de los mismos, pues dicha mitad son los derechos que en cada bien detenta la causante».

No es cierto que cada cónyuge tenga sobre cada bien que forma parte de la sociedad de gananciales una cuota representativa de un 50%. No hay cuotas sobre los bienes gananciales concretos que integran el patrimonio ganancial. Hay titularidad conjunta sin atribución de cuotas (*vid.* SSTS 26 de septiembre de 1988, 26 de febrero de 2004 y 7 de junio de 2006). Es sabido que la sociedad de gananciales se configura como una comunidad de tipo germánico, de suerte que la titularidad de cada cónyuge recae sobre el todo; sólo en el momento de la extinción del régimen se concreta respecto de cada bien la titularidad de cada cónyuge.

Sin embargo, contrariando esta concepción, la demandante, D.^a Cecilia, ha reseñado como propiedad de la causante y, por ende, integrantes del activo que como tal se lleva al inventario, la mitad de diversos bienes gananciales, cual si cada una de esas mitades formase parte del patrimonio de su causante, es decir, como si fuera titular *ab origine* de una cuota concreta de cada uno de los bienes gananciales; dicho de otro modo, ha hecho una anticipada y peculiar división y liquidación del patrimonio ganancial. En efecto, en su propuesta de inventario, y como parte del activo, en el capítulo de bienes gananciales enumera: 1. Los derechos de la causante

(1/2) en el ajuar doméstico (lo que en su testamento, y como legado que hace a su hijo Jesús Ángel, denomina «de puertas adentro» del piso que habita). 2. Los derechos de la causante (1/2) en once doceavas partes de las rentas producidas por el arrendamiento del local comercial de la casa número 1 de la calle General Arrando de Madrid, más los incrementos producidos desde febrero de 2003 hasta la fecha de la partición. 3. Los derechos de la causante (1/2) en once doceavas partes del pleno dominio del local comercial situado en la casa número 1 de la calle antes citada de Madrid. 4. Los derechos de la causante (1/2) en un tercio en proindiviso y en pleno dominio de la casa y finca sita en Vigo-Coya, CAMINO000, número NÚM007, que correspondió a la causante y a su esposo en virtud de Sentencia de 10 de julio de 2003 de la Sec.5.^a de esta Audiencia. 5. Los derechos de la causante (1/2) en la mitad proindiviso y en pleno dominio de una finca rústica denominada DIRECCIÓN000 (de 628,80 m²) en Caleiro, Villanueva de Arosa. 6. Los derechos de la causante (1/2) en la mitad en proindiviso y en pleno dominio de una finca rústica denominada DIRECCIÓN000 (838,40 m²) en Caleiro, Villanueva de Arosa.

Como decimos, lo que la promovente hace es llevar al inventario de la causante, es decir, como parte de su haz hereditario, una personal liquidación por mitad de cada uno de los bienes gananciales del matrimonio. Siendo así, no tiene sentido decir que la liquidación de los gananciales subsistentes la podrá hacer el contador-partidor como una operación más de la división del patrimonio hereditario si ya le viene hecha aplicando un criterio de división por bien que no es aceptable y menos con la oposición de los demás herederos. Nada habría que objetar si éstos lo admiten, pero, como queda dicho, se oponen y exigen una previa liquidación de la sociedad de gananciales.

Lo que la demandante propone no es aceptable; sostiene (en escrito de fecha 13 de junio de 2006, no ya en el de oposición a la impugnación contraria) que si los demandados no están de acuerdo con el inventario tal como se formula por ella —incluyendo las mitades respectivas de bienes gananciales en el activo de la masa hereditaria— promuevan el incidente a que se refiere el artículo 794 de la LEC; pero ello supone una

subversión de las normas del procedimiento. La controversia a que dicho precepto se refiere ha de tener por objeto exclusivamente decidir sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario y el juicio verbal que con tal motivo se suscite sólo podrá decidir sobre tales extremos, pero no puede tal incidente convertirse —con alteración de su objeto legalmente predeterminado— en una liquidación del patrimonio ganancial aún no liquidada.

Sostiene también la demandante, en el escrito de oposición a la impugnación de los demandados, que el no acogerse en la sentencia la necesidad de previa liquidación de gananciales es debido a que ello ya fue objeto de discusión en el procedimiento anterior de juicio de testamentaría número 641/2003 tramitado en el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de esta ciudad en el que quedó establecido —se dice— que deben traerse a esta masa hereditaria todos los derechos de la causante en cada uno de los

bienes gananciales. Lo cierto es que ni de la lectura del auto de 18 de noviembre de 2003, ni del que dicta esta Sección el 7 de junio de 2004, que acuerda una nulidad de actuaciones, ni en el posterior de 23 de mayo de 2005, en el que se tiene por desistida a la parte demandante, se desprende en modo alguno tal pronunciamiento o indicación.

Por todo lo dicho, ha de acogerse el recurso que por vía de impugnación ha sido deducido por D.^a Marta y otros y, en consecuencia, se desestima la demanda formulada por D.^a Cecilia, en el entendimiento, como es lógico, de que la pretensión deducida queda imprejuzgada, pendiente de llevar a cabo y por su cauce propio la previa liquidación de la sociedad de gananciales solicitada por los demandados e impugnantes. Dada la estimación de la impugnación y la correlativa desestimación de la demanda rectora de autos, huelga ya hacer toda consideración sobre el recurso principal.

CUESTIONES PENALES

Se absuelve a la madre del delito de impago de pensiones alimenticias a la que estaba obligada en virtud de la sentencia, al estar en la creencia de que dichas pensiones se compensaban con la pensión compensatoria que tenía que abonarle el padre bajo cuya custodia estaba el hijo.

AP Albacete, Sec. 2.^a, Sentencia de 15 de julio de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Sánchez Purificación**

Por el citado Juzgado se dictó Sentencia de fecha 12 de noviembre de 2009, cuya parte dispositiva dice así: FALLO: «Que debo condenar y condeno a Felisa, como autora responsable de un delito de abandono de familia en su modalidad de impago de pensiones del artículo 227 del Código Penal, a la pena de diez meses de multa con una cuota diaria de seis euros, así como la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, y al pago de las costas del procedimiento, incluidas las de la acusación particular.

Y a que en orden civil indemnice a la hija menor del matrimonio, en la persona de su padre Higinio, en la cantidad que se fije en ejecución

de sentencia y que resulte de sumar las pensiones de diciembre de 2005 hasta noviembre de 2009, ambas incluidas, a razón de 75 euros mensuales, con las debidas actualizaciones conforme al IPC, más los intereses del artículo 576 LEC».

No se aceptan los expresados en la Sentencia apelada, que se sustituyen por los siguientes:

«Por Sentencia de 27 de abril de 2004, posteriormente aclarada, del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Albacete se estableció la obligación a Higinio de pagar 300 euros mensuales a su hasta entonces esposa, Felisa, mayor de edad y sin antecedentes penales, suma que nunca abonó, por lo que fue condenado mediante Sentencia de 23 de enero de 2008 por abandono de familia.

Por Sentencia de 19 de diciembre de 2005 de la Audiencia Provincial de Albacete se fijó la obligación de la Sra. Felisa de pagar 75 euros al Sr. Higinio como pensión alimenticia de su hija común, cantidad que no abonó bien por acuerdo entre éstos, bien en la creencia de que se compensaba parcialmente con la obligación más cuantiosa del Sr. Higinio».

1. Condenada la ahora apelante, Sra. Felisa, por un delito de impago de pensiones alimenticias a su hija menor (artículo 227 del Código Penal), apela dicha condena por considerar que ha habido «error en la apreciación de la prueba» por el Juzgado, ya que existiendo obligación de pago por el denunciante, su ex marido, a abonarle pensión compensatoria (300 euros mensuales), hubo acuerdo de reducir o compensar su obligación de 75 euros de aquélla, motivo por lo que no abonó la misma.

La Sentencia no atendió dicha alegación por entender que el acuerdo invocado es dudoso y además prohibido por la ley e improcedente si los beneficiarios son distintos (la apelante, de la pensión compensatoria, la hija menor de la pensión alimenticia).

2. Desde luego, no resulta controvertido que antes de surgir la obligación alimenticia de 75 euros mensuales cuyo impago ahora se reprocha a la apelante-acusada ya existía obligación del denunciante-Acusación Particular y ex marido de aquélla de pagarla una pensión compensatoria de 300 euros mensuales, por cuyo impago absoluto (nunca abonó cuantía ninguna —según expresa la Sentencia del Juzgado Penal—) fue penalmente sancionado (Sentencia del Juzgado Penal núm. 2 de Albacete de 23 de enero de 2008). Así, el denunciante debía abonar 300 euros mensuales desde el 27 de abril de 2004 (fecha de la Sentencia que le impuso dicha obligación, del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 —entonces— de Albacete) y nunca pagó suma ninguna; mientras que la obligación de la acusada de pagar 75 euros a su ex marido (aunque en concepto de alimentos para la hija común) surgió más de año y medio después (por Sentencia de 19 de diciembre de 2005).

En dicha situación, no cabe reprochar a la acusada no abonar a su ex marido 75 euros, cuando desde mucho antes éste se negó a pa-

garle a ella 300 euros, y nunca le pagó ninguna pensión mensual.

En dichas circunstancias, desde luego es razonable y creíble el alegato de la acusada-apelante relativo a su falta de dolo o intención de no abonar la pensión y correlativo «abandono de familia», ausencia de intencionalidad contra el bien jurídico protegido en la norma por la que se le acusa (artículo 227 del Código Penal) que determina su absolución por falta de punibilidad, conforme al artículo 5 del Código Penal. Tanto si se considera que hubo acuerdo en reducir la obligación mayor del denunciante en la suma de 75 euros (la Sentencia destaca que es «dudoso» el acuerdo, dudas que no pueden perjudicar a la acusada, conforme al principio *in dubio pro reo* que la doctrina jurisprudencial deriva del mismísimo artículo 24 de la Constitución), como si se considera que hubo compensación, o que aún no existiendo propiamente compensación en sentido jurídico civil sí estaba en la creencia lógica, aún no jurídica, de que no estaba obligada frente a su deudor que lo era en suma y por obligación muy superior, lo que supone un «error de prohibición» con iguales consecuencias absolutorias (artículo 14 del Código Penal).

3. Por tanto, no se advierte intención de desatender o abandonar a la hija común por parte de la acusada, falta de dolo o error de prohibición que determina su absolución, sin necesidad de un especial examen sobre si es o no compensable la deuda mensual impuesta por Sentencia con respecto al crédito que ostentaba de su ex marido.

No obstante, no siendo esencial dicho examen (pues la absolución viene determinada por falta de dolo o error de prohibición en la acusada), debemos destacar que no debe descartarse dicha compensación, descarte que infiere el Ministerio fiscal y la Sentencia apelada del hecho de que no sean acreedores y deudores recíprocos ambos ex cónyuges (si una de las pensiones, el acreedor es la hija menor, no su progenitor custodio). Y es que, aún siendo cierto que muchas Sentencias de las Audiencias Provinciales del orden penal destacan dicha falta de compensación por no existir la indicada reciprocidad, dicha doctrina contrasta con la doctrina civilista, en particular, la del Tribunal Supremo, según la cual, si bien la finalidad de la pensión alimenticia de los hijos es en su favor, quien lleva a cabo la atención y

por tanto quien dispensa los alimentos es el cónyuge custodio, motivo por lo que los alimentos no se abonan al hijo sino al progenitor que le atiende, de tal modo que su falta de pago determina a éste a asumir dicha falta, prestando los alimentos de igual modo, por lo que se produce de hecho una subrogación en el crédito (artículo 1158 del Código Civil), pasando la titularidad de dicho crédito del hijo al progenitor custodio, que atiende igualmente los alimentos al hijo, aún sin la contribución del progenitor deudor. En dicha situación, que es la existente en el caso, ya se puede decir que es el cónyuge custodio el acreedor de las pensiones impagadas, cuya falta de pago ha asumido y suplido al alimentar el hijo/a común, por lo que dicha doctrina jurisprudencial civilista ha reconocido la legitimación del progenitor custodio para reclamar el pago de las pensiones no abonadas, tanto si el hijo es menor como si es mayor de edad (esto último ya evidencia con mayor intensidad que es por haber habido una subrogación en el crédito, respecto a las pensiones impagadas pasadas); y por tanto ello determina que sí haya reciprocidad en el crédito y débito que permite la compensación, haya o no acuerdo en realizarla.

Así, en las Sentencias Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000 y de 30 de diciembre de 2000 se indica que del artículo 93.2 del Código Civil emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos; que por

consecuencia de la ruptura matrimonial el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; que en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. Dice también el Tribunal Supremo que no puede olvidarse que la posibilidad que establece el artículo 93, párrafo 2.º, del Código Civil de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran. De todo lo expuesto termina concluyendo que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el artículo 93, párrafo 2.º, del Código Civil, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores.

Teniendo la madre el domicilio en Barcelona y los hijos en Nerja, se absuelve a aquélla de la falta de incumplimiento del régimen de visitas al acreditarse la falta de medios económicos para poder trasladarse hasta la ciudad donde residen los hijos.

AP Málaga, Sec. 3.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Andrés Roderó González**

En el mencionado Juzgado de Instrucción número Dos de Torrox, en fecha 7 de julio de 2009, se dictó sentencia cuyos hechos probados dicen: «Ha quedado acreditado y así se declara probado, las malas relaciones que existen entre las partes litigantes y la tensa situación que exis-

te entre los mismos como consecuencia, entre otras circunstancias, de la ruptura de la relación sentimental que entre ellos existía dando lugar a la interposición entre ellos mismos de sendas denuncias que se han acumulado en el presente procedimiento. Mediante Sentencia de fecha 3

de diciembre del año 2008 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Granada en los autos núm. 14B/08 sobre modificación de medidas definitivas se acordó, entre otros pronunciamientos: A) Que los hijos menores de edad, Alejandro, David y Daniel, queden bajo la guarda y custodia del padre siendo la patria potestad compartida; B) Que la comunicación de los menores con la madre se desarrollará, a falta de otro acuerdo entre los progenitores, tres fines de semana al mes, desde las 18 horas del viernes hasta las 19 horas del domingo, así como las vacaciones de Semana Santa y el 70% de los períodos vacacionales de Navidad y verano, quedando fijado tales períodos en la forma que se señala en la referida resolución; C) La madre contribuirá con la cantidad de 150 euros mensuales en concepto de alimentos de cada hijo. Ha quedado acreditado que en el mes de diciembre del año 2007 la Sra. Virtudes trasladó su domicilio de la localidad de Nerja a Barcelona al no tener trabajo y residir allí sus padres. Este traslado a Barcelona fue comunicado al Sr. Pedro Jesús. A día de hoy, la denunciada no puede hacer frente al régimen de visitas acordado mediante resolución judicial al no contar con ingresos económicos que le permitan trasladarse tres fines de semana todos los meses para poder estar con sus hijos». A dichos hechos probados correspondió el siguiente fallo: «Que debo absolver y absuelvo a D.^a Virtudes y al Sr. Pedro Jesús de las faltas que se le imputan por no ser los hechos constitutivos de infracción penal, sin perjuicio de las acciones civiles que pudieran corresponder a las partes, y sin perjuicio de la tramitación de denuncia que la Sra. Virtudes dice haber presentado frente al Sr. Pedro Jesús declarando de oficio las costas causadas».

La presunción de inocencia es un derecho subjetivo y público, que opera fuera y dentro del proceso, en el entorno del cual significa que toda condena debe ir precedida de una legítima actividad probatoria siempre a cargo de quien acusa.

En cuanto a la errónea apreciación o valoración de la prueba, en relación con el principio *in dubio pro reo*, en términos generales y sin comprender en ellos el formalmente calificado como recurso de apelación contra sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado, debe señalarse que históricamente se ha entendido por recurso de

apelación el medio de impugnación a través del cual se articula la segunda instancia. Es decir, el mecanismo que posibilita un nuevo examen de la causa, incluso en su totalidad, de ahí que puedan oponerse a la sentencia dictada en primera instancia cualesquiera motivos de impugnación, ya sean de índole material o procesal, ya se dirijan a cuestionar errores *in iudicando* o errores *in procedendo*, no pudiendo, por tanto, tasarse o limitarse dichos motivos de impugnación, lo que en suma viene a posibilitar el control del Juez *ad quem* sobre la determinación de los hechos probados y sobre la aplicación del derecho objetivo efectuadas en la primera instancia, lo que en principio no revestiría especial problemática respecto de la aplicación del derecho llevada a cabo en la primera instancia, pues en orden a la subsunción de los hechos objeto del proceso en las normas jurídicas, tanto el Juez *a quo* como el Juez *ad quem* se hallan en una similar posición institucional, si bien, no cabría efectuar igual afirmación en lo que respecta a la revisión en vía de apelación de la apreciación probatoria efectuada en primera instancia, ya que en el desempeño de dicho menester no se aprecia esa identidad de posiciones a la que acaba de aludirse, pues el Juez *ad quem* carece de un elemento inherente a la valoración de la prueba llevada a cabo ante el Juez *a quo*, cual es el de la inmediatez en su práctica para que perciba por sus sentidos lo que ya otros ojos y oídos no van a ver ni oír, lo que es un pilar básico a tener en cuenta respecto de la actividad probatoria que en el juicio oral tiene lugar, juicio en el cual también se acogen las pruebas de la instrucción, sean anticipadas, sean preconstruidas, sean de las que previene el artículo 730 de la Ley Procesal Penal, todo lo cual, sin duda alguna tiene una trascendencia fundamental en lo que afecta a la prueba testifical y a la del examen del acusado, y no tanto respecto de la valoración del contenido de documentos o informes periciales, pues en principio nada obstaría una nueva valoración de los mismos en la segunda instancia.

Efectuadas las anteriores consideraciones, quien ahora decide entiende que, si bien la valoración de los medios de prueba en la primera instancia no puede convertirse en una potestad judicial incontrolable, en el ámbito del recurso de apelación, cuando se alega vulneración del

principio *in dubio pro reo* y errónea apreciación o valoración de la prueba, la potestad del Órgano Judicial de la instancia ejercida libremente en uso del principio de inmediación y cumplida la obligación de razonar el resultado de dicha valoración, debe centrar la del Juez de apelación en verificar si hubo pruebas de cargo, si la denegación de otras pruebas propuestas carecía de fundamento o si las inferencias lógicas que llevan a deducir la culpabilidad o la no culpabilidad han sido realizadas por el Juzgador de instancia de forma no arbitraria, irracional o absurda, así como de acuerdo con la Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no debiendo revisarse, de darse estos supuestos, las razones en virtud de las cuales se dio credibilidad a un testimonio o a otro, de la misma o de distintas personas, o si se dio determinado alcance a evidencias documentadas en el proceso, siempre que tales declaraciones o las evidencias documentadas se hubieran practicado o producido con observancia de los principios constitucionales y de legalidad ordinaria, y que genéricamente consideradas estén incorporadas al debate del plenario de manera que las partes hayan tenido oportunidad de interrogar y contrastarlas adecuadamente. Es decir, si la prueba ha respetado los principios de constitucionalidad y legalidad ordinarias y no llega a conclusiones notoriamente ilógicas o incongruentes por contrarias a las evidencias de su resultado, el Juez *ad quem* no debe alterar las apreciaciones llevadas a cabo por el Juzgador *a quo* en la valoración de la prueba de acuerdo con las facultades que le confieren los artículos 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 117.3 de la Constitución, ya que una cosa es el derecho a la presunción de inocencia y otra distinta el derecho al acierto del Juez cuando interpreta la norma y valora la prueba, entendiéndose quien ahora decide que de este modo lograrían armonizarse el alcance del principio de inmediación y la posibilidad existente en el recurso de apelación de que el Juez de apelación pueda valorar las pruebas practicadas en la primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo*, dado que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se le planteen, al asumir la plena jurisdicción no sólo en lo que respecta a la subsunción de los hechos en la

norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba.

Es por todo cuanto antecede y en concreto por lo dicho en materia de armonización al final del precedente párrafo, que quien ahora sentencia, tras examinar las evidencias resultantes del material probatorio puesto a su disposición, llega en conciencia a la misma convicción moral a que en su día llegó la Juzgadora de instancia respecto de la falta acreditación inequívoca de la culpabilidad de Virtudes por causa de la autoría de los hechos enjuiciados, no habiéndose suscitado duda alguna indiciariamente reveladora de que el relato de hechos tenidos por probados en la sentencia recurrida no sea acomodado a lo realmente acontecido, careciéndose por ello de argumentos para rectificar la valoración de la prueba practicada bajo su inmediación realizada por la Juzgadora *a quo*, y, por ende, de motivaciones para corregir el proceso reflexivo interno que le llevó a la solución absolutoria de la antes citada que, clara, certera y concisamente se detalla en los fundamentos de derecho primero y segundo de la sentencia recurrida, que a fin de evitar reiteraciones innecesarias se dan por reproducidos en la literalidad de su propio texto, sin que la decisión cuestionada pueda ser tachada de arbitraria o absurda, ya que resulta acomodada a la realidad que aflora de las pruebas obrantes en el procedimiento interpretadas con arreglo a las reglas de la lógica y la experiencia, no mereciendo, por tanto, reproche alguno la valoración de las pruebas practicadas bajo su inmediación realizada por la Juzgadora de instancia, ni tampoco las consecuencias jurídicas derivadas de dicha valoración, siendo por ello que, por los propios fundamentos de dicha resolución, que se aceptan y dan por reproducidos, por estimarlos en conciencia acertados y correctamente formulados, procede rechazar el recurso de apelación contra la misma interpuesto, y ello por no haberse llevado al ánimo de quien ahora decide indicios racionales derivados de prueba acreditativa de que el relato de hechos contenido en dicha sentencia no sea acomodado a lo realmente ocurrido, no estimándose tampoco procedente corregir en esta segunda instancia la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico referidos por la Juzgadora *a quo* a dichos hechos declarados probados, y ello, por ser acomodadas a Derecho la aplicación e interpretación realizadas en la

primera instancia, no pudiendo por tales motivos acogerse la pretensión de la parte recurrente de hacer valer sus conclusiones sobre las de la Juez del Juzgado de Instrucción número Dos de Torrox, máxime cuando, como ya se ha dicho, no constan elementos de prueba ni argumentos jurídicos bastantes para desvirtuar estas últimas, realizadas en correcto y fundado uso de la facultad que a los Jueces confiere el Estado de hacer valer la convicción de su conciencia formada en base a datos suficientemente fundados, sobre las particulares versiones de los afectados por los hechos de autos e igualmente sobre las convicciones de las conciencias de los acusadores y defensores sujetos a su jurisdicción, todo lo cual viene en suma a determinar la no estimación de lo pretendido con el recurso de apelación aludido, toda vez que dado lo limitado de la condición humana de los Jueces en la búsqueda de la verdad, en el supuesto de versiones totalmente contradictorias sobre los hechos enjuiciados provenientes de uno y otro afectado por los mismos, a falta de mayor verosimilitud de una u otra y a falta de otras pruebas inequívocamente demostrativas sobre cuál de ellas se acomoda a la verdad, debemos optar en la duda por no negar toda veracidad posible a la versión ofrecida en descargo de su proceder por la ahora apelada Virtudes y, en su consecuencia, por entender que en dicha duda no ha quedado destruida la presunción de inocencia amparadora de la misma con arreglo al artículo 24.2 de la Constitución, y de la que se deriva que dicha situación sólo puede quedar obviada por prueba fehaciente en contrario, es decir, debe presumirse que la antes citada es inocente de la falta contra las personas del artículo 618.2 del

Código Penal que de contrario se le imputa, a no ser que mediante la correspondiente prueba se hubiere acreditado, sin lugar a duda racional alguna, su culpabilidad, lo que a juicio de quien ahora sentencia, como ya ocurrió a juicio de la Juzgadora de instancia, no ha acontecido en el presente procedimiento, todo lo cual conlleva la desestimación de lo pretendido en el recurso de apelación aludido, lo que a la postre no viene a ser otra cosa que la necesaria derivación del principio *in dubio pro reo* interpretado a la luz del derecho fundamental a la presunción de inocencia, lo que no tiene sólo un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve el mandato de no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza, ya que, aunque el Juez no tiene obligación de dudar ni de compartir las dudas que abrigen las partes, sí la tiene, en cambio, de no declarar probado un hecho del que dependa un juicio de culpabilidad si no ha superado las dudas que inicialmente tuviese sobre él, siendo de este modo como el principio *in dubio pro reo* revela su íntima conexión con el derecho a la presunción de inocencia, pues en virtud de este derecho, nadie puede ser condenado por un hecho del que quien juzga no esté cierto, es decir, convencido de su certeza, a lo que hay que añadir, naturalmente, que a este juicio de certeza sólo puede llegarse mediante la apreciación racional de una prueba de sentido incriminatorio, constitucionalmente lícita, y celebrada en las debidas condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e intermediación, esto es, en las condiciones propias de un proceso justo, como así ha ocurrido en el supuesto examinado.

OTRAS CUESTIONES

Para el internamiento no voluntario en un centro asistencial de personas de avanzada edad que no pueden prestar su consentimiento por padecer enfermedad degenerativa, habrá de tramitarse el expediente destinado a acreditar si se encuentran en condiciones de decidir por sí mismas, si padecieran alguna alteración psíquica o mental y si dicha alteración influye en su capacidad para conocer el alcance de sus actos.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 22 de junio de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

El Ministerio Fiscal ha interpuesto recurso de apelación contra el auto dictado por el juzgado,

de 1 de octubre de 2009, que acordó denegar el internamiento por vía de autorización judicial,

de D.^a Milagrosa, por entender que los supuestos relativos a ingresos en centros geriátricos de personas afectadas de cuadros propios de la ancianidad no están dentro del trámite del internamiento con dicha autorización judicial, de modo que se acuerda remitir testimonio de las actuaciones a la fiscalía, para valoración y adopción de las medidas necesarias para la protección de la persona ingresada, por si la misma estuviera afecta a un proceso de incapacidad, sin que haya lugar a ningún otro pronunciamiento.

Por contra, el Ministerio Fiscal entiende necesaria la autorización judicial para proceder al internamiento de la persona antes indicada, interesando que se deje sin efecto la resolución dictada por el Juzgado y, en su virtud, se proceda a continuar el procedimiento sobre autorización judicial del internamiento de D.^a Milagrosa.

No se comparten los argumentos que han servido de base, en la resolución apelada, para denegar el trámite procesal correspondiente a la autorización judicial de internamiento, en los términos previstos en el artículo 763.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y a este respecto, esta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse recientemente (*vid.* auto de 11 de junio de 2010), de modo que se reitera lo ya indicado en aquella resolución, dictada con ocasión de la solicitud de autorización judicial de internamiento en un centro asistencial, o residencia, referente a una persona anciana aquejada de la enfermedad de Alzheimer.

En efecto, el citado precepto trae causa del artículo 17 de la Constitución, que reconoce el derecho fundamental a la libertad y a no ser privado de ella, si no es con la observancia de lo establecido en el propio artículo, y en los casos y en la forma prevista legalmente.

De conformidad con el artículo 10.2 de la CE de los Derechos Fundamentales, y en concreto la libertad, deben interpretarse de acuerdo con los tratados internacionales vigentes en España por virtud del artículo 96.1 de la Constitución.

Por ello, el Tribunal Constitucional entiende incluida en el artículo 17.1 la privación de libertad de los enajenados, al preverlo expresamente el artículo 5.1 del CEDH de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979.

Para esta privación de libertad, según doctrina consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe establecerse judicialmente que el afectado padece una perturbación mental real, comprobada médicamente, de forma objetiva, y que esta perturbación presenta un carácter y magnitud que justifica el internamiento.

De esta forma, el internamiento psiquiátrico constituye una privación de libertad justificada que debe autorizarse judicialmente como una concreción del amparo que los Jueces y Tribunales prestan a la protección de los derechos y libertades fundamentales (artículo 53.2 de la Constitución).

Abordando el supuesto que nos ocupa, en relación a la cuestión relativa a si es o no necesaria autorización judicial para el ingreso involuntario de personas de avanzada edad que, por razón de un proceso degenerativo no puede prestar su consentimiento, y son ingresadas en un centro asistencial, o residencia, cabe precisar que, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia de fecha 1 de julio de 1999), se trata de una privación de libertad que exige el proceso de autorización del internamiento previsto en el artículo 763 de la ley procesal. De hecho, la acogida de personas con etiología de demencia senil, o cualquier alteración psíquica que determine su posible incapacidad, en una residencia, en cuanto que no se lo permite salir de ella equivale a «detención», a los efectos del artículo 5.1.e) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Tribunal Constitucional, Sentencia de 4 de junio de 1990).

Dicho lo que antecede, cabe decir que el presupuesto de partida para la aplicación del artículo 763 es que la persona a internar no pueda decidir por sí misma, por razón del trastorno psíquico y, en suma, no pueda prestar por válidamente su consentimiento en el momento de ingresar, ni durante el tiempo que dura el internamiento, pues dicho internamiento será involuntario desde el momento en el que la persona afectada no puede prestar válidamente su consentimiento al mismo, y faltando dicho consentimiento se hace necesaria la intervención judicial para controlar la situación personal de la persona internada, en aras de la protección de

aquellas que sufran discapacidad psíquica, sean enfermos mentales o ancianos con demencia senil, o disminuidos psíquicos.

Así las cosas, lo anterior no obsta para que el afectado pueda recibir una más amplia protección por la vía de la posible declaración de incapacidad, dado que no es posible equiparar el internamiento involuntario con persona incapaz, de modo se puede internar a persona que no estén incurso en causa de incapacidad, o puede haber sido declarado incapaz que no necesite autorización judicial para ser internado. Téngase en cuenta que los trastornos psíquicos no han de provenir necesariamente de una enfermedad de carácter psiquiátrico, sino que pueden comprender también una enfermedad degenerativa, entre otras, la enfermedad de Alzheimer.

Por todo cuanto antecede, y siguiendo la doctrina de la Audiencia Provincial de Las Palmas, auto de 8 de mayo de 2008, que se reitera

en el auto de 27 de marzo de 2000, de la Audiencia Provincial de Segovia, y dado que se considera de aplicación el citado precepto antes aludido, en orden al internamiento no voluntario en un centro asistencial de personas de avanzada edad que no pueden prestar su consentimiento por padecer enfermedad degenerativa, habrá de tramitarse el expediente destinado a acreditar si se encuentra en condiciones de decidir por sí misma, si padeciera la alteración psíquica o mental antes aludida, o cualquier otra, y si dicha alteración influye en la su capacidad para conocer el alcance de sus actos, pues en el caso de que se llegue a la conclusión de que no está capacitada debido a la alteración psíquica que padece, derivadas de la demencia senil, con el padecimiento de la enfermedad de Alzheimer, se deberá entonces autorizar su internamiento.

En conclusión, es lo procedente estimar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA, INSTRUCCIÓN Y PENALES

GUARDA Y CUSTODIA

Custodia compartida por semestres no siendo obstáculo que hasta ahora el padre no se haya ocupado de forma efectiva del hijo y dicha tarea la haya desarrollado principalmente la madre.

**Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza,
Sentencia de 21 de septiembre de 2010**

Magistrado-Juez: **Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Forcada Miranda**

Que el artículo 91 del Código Civil establece que: «En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinara conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas, con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cauteles o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna»; y en orden al precepto indicado y a las medidas complementarias que tal pronunciamiento ha de conllevar, debe indicarse que se adoptan las que se reflejan en la parte dispositiva de esta resolución y en la forma que allí se detalla, consecuente con el relato de hechos acreditados que recogen los anteriores fundamentos de esta resolución. La parte demandante acredita trabajar como [...] en el [...] en un horario que se le ha certificado el 3 de junio de 2010 de lunes a viernes de 9 a 14 horas y de 15 a 18 horas, y en verano de 8,30 horas a 15 horas y en todos los casos con flexibilidad. Aporta nóminas de enero y febrero de 2010 por netos de 1.624 y 1.218 euros. El demandado trabaja en la empresa [...], que dijo es negocio familiar, que el 17 mayo de 2010 le cer-

tifica cobrar 12 pagas al año de 1262,10 euros y un horario de lunes a viernes de 9,30 a 17 horas y sábados de 13,30 a 20,15. Aporta nóminas de diciembre de 2009 y enero de 2010 por netos de 1.262 euros y 1.228 euros. El gabinete adscrito al juzgado ha emitido informe pericial de fecha 16 de septiembre de 2010 en los términos que constan en las actuaciones.

Tras la celebración de la vista en los autos principales se ha aportado certificado del colegio [...] de 17 de septiembre de 2010 rectificando otro anterior, justificantes de diversos gastos y de recibos y extracciones y operaciones bancarias así como extracto de la cuenta común y cuadro aportado por el esposo acerca de cómo ha sido el reparto de las visitas con el hijo durante la pendencia del proceso. En definitiva el padre mantiene su petición de custodia compartida y la madre solicita la custodia en exclusiva para ella pero sin oponerse a un amplio régimen de visitas a favor del padre. Si consideramos que durante las visitas el progenitor que las disfruta está de hecho ejerciendo la custodia del menor, en realidad no parece que exista mayor discrepancia para fijar una custodia compartida máxime cuando durante unas visitas amplias el progenitor visitante se convierte de hecho en progenitor custodio ya que existe de hecho un reparto casi al 50% de la tenencia de la compa-

ña del hijo menor. El fiscal informó que la vista en contra de la custodia compartida pero ofreció un amplio margen de visitas a favor del padre que incluya fines de semana de viernes a lunes por la mañana y dos o tres tardes entre semana, lo que en definitiva supone un reparto compartido de la custodia. Por tal motivo se acuerda un sistema de custodia y de visitas en el fallo que es acorde a la capacidad de ambos progenitores para preocuparse y cuidar del menor, y a los reales intereses del menor de compartir su tiempo con el padre y con la madre de forma igual, y a los dictados de la vigente Ley 2/2010 aragonesa. Puede ser que el padre hasta este momento no se haya ocupado de forma efectiva del hijo y puede ser que tal tarea la haya desarrollado principalmente la madre, pero al momento de la ruptura de la convivencia no se duda de la capacidad del padre para compartir las tareas que hasta este momento había podido realizar la madre en exclusiva. La posibilidad de que la madre tenga una nueva relación fuera de esta ciudad y que pueda establecerse de forma permanente en otra ciudad en un futuro tampoco es un factor decisivo para darle la custodia del hijo ya que cualquier cambio de domicilio del menor debe ser aprobado por ambos progenitores y en caso de discrepancia por el juez, sin que quepan en este punto decisiones unilaterales. En caso de alteración por ello de las circunstancias actuales deberá de producirse la correspondiente modificación de medidas. El resto de medidas que contiene el fallo se ajustan a los hechos indicados y se destaca el acuerdo alcanzado por las partes para poner a la venta domicilio familiar, lo que libera de obstáculos el establecimiento de una custodia compartida e implica la no necesidad de gravar a las partes, de recursos similares, con prestaciones alimenticias a ninguno de ellos, fijándose medidas subsidiarias en el fallo que permitan que la custodia establecida funcione adecuadamente. La disolución del régimen económico-matrimonial es medida de previsión legal que no precisa de cita expresa.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso de autos,

FALLO: Que estimo en la forma relatada la demanda interpuesta por D. José contra D.^a Asunción y decreto la disolución por causa de

divorcio del matrimonio indicado con los efectos inherentes a tal declaración, acordando como medidas complementarias las siguientes:

1. Los cónyuges pueden vivir separados, cesando la presunción de convivencia conyugal, y se declaran revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de ellos hubiere otorgado a favor del otro, cesando la posibilidad, salvo pacto en contrario, de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

2. La guarda y custodia del hijo/a/os/as menor/es de edad, entendida como atribución de la compañía de los hijo/a/os/as menor/es de edad, se otorga de forma compartida a ambos progenitores en la forma detallada en el punto siguiente y compartiendo ambos progenitores además la autoridad familiar. Sobre el ejercicio de la autoridad familiar por los progenitores el artículo 68 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, señala que éstos han de actuar según lo que lícitamente hayan pactado en documento público, y en defecto de previsión legal o pacto actuarán, conjunta o separadamente, según los usos sociales y familiares. En los casos de divergencias en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al juez para que resuelva de plano lo más favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la Junta de Parientes con el mismo fin. A la vista de todo lo indicado, se acuerda que es necesaria la intervención de ambos progenitores, a título sólo ejemplificativo, para las decisiones relativas a la salida al extranjero de los hijo/a/os/as menor/es de edad, para las decisiones de adopción de los hijos menores en una confesión religiosa o similar, para decisiones relativas al cambio de centro escolar o cambio de modelo educativo y/o de domicilio del hijo/a/os/as menor/es de edad y posteriores traslados, y para cualquier tipo de intervención psicológica, quirúrgica o tratamiento médico no banal, esté o no cubierto por la Seguridad Social, naturalmente, todo ello fuera de supuestos de urgencia que si requieren la puesta en conocimiento del otro progenitor de las medidas adoptadas por la vía más rápida posible. Se impone también la intervención y decisión de ambos progenitores en las celebraciones religiosas, sin que al res-

pecto, tenga prioridad alguna el progenitor a quien corresponda el fin de semana del día en que vayan a tener lugar los actos religiosos. Notificada fehacientemente al no custodio una decisión sobre el menor que pretende adoptar el otro progenitor, recabando su consentimiento, se entiende prestado éste tácitamente, si en un plazo de 15 días naturales siguientes a aquél, no lo rechaza. En caso de discrepancia, será necesaria la previa autorización judicial para poder llevar a cabo la decisión objeto de desencuentro. Ambos progenitores, sin distinción, tienen derecho a ser informados por terceros de todos los aspectos que afecten a sus hijos, y a que se les facilite a los dos, toda la información académica y boletines de evaluación, así como a obtener información a través de las reuniones habituales con tutores o servicios de orientación del centro escolar, tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. Del mismo modo, como regla general, los progenitores tienen derecho a obtener información médica de sus hijos y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten. En cuanto a comunicaciones telefónicas e información sobre los hijos, el progenitor custodio como detentador de la guarda y cuidados diarios y permanentes del hijo/a/os/as menor/es, y como receptor de toda la información educativa y de otro tipo del hijo/a/os/as menor/es, está en la obligación de comunicar al otro progenitor toda contingencia referente a su rendimiento, comportamiento escolar, etc., para aunar esfuerzos en orden a su buen desarrollo educativo y personal. Así, el custodio debe informar al otro progenitor inmediatamente que tenga lugar algún hecho relevante en el cuidado del hijo/a/os/as menor/es y de su patrimonio, que sólo él conozca. Los padres deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo. Sobre comunicaciones telefónicas se establece que no es necesario que la resolución judicial establezca una forma concreta de comunicación para que ésta pueda exigirse de la parte si se estima razonable y comprendida en el marco propio de las relaciones entre progenitor no custodio e hijo/a/os/as menor/es. Entendida la guarda y custodia del hijo/a/os/as menor/es de edad, como atribución de la compañía de los hijo/a/os/as menor/es de edad, es evidente que el

progenitor no custodio pasará a ejercer la custodia, así entendida, de los hijo/a/os/as menor/es, durante los períodos de visitas.

3. La madre tendrá la custodia del hijo menor los seis primeros meses de cada año y el padre tendrá la custodia del hijo menor los seis segundos meses de cada año. En defecto de acuerdo se establece el siguiente régimen de visitas mínimo para que el hijo/a/os/as menor/es pueda/n estar en compañía del progenitor no custodio, consistente en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, o en su defecto a las 17,30 horas, al lunes por la mañana siguiente en período escolar en que lo llevará directamente al colegio por la mañana o en su caso a las 21 horas del domingo fuera de período escolar y dos tardes entre semana que, a falta de acuerdo entre las partes, lo serán los martes y los jueves, desde la salida del colegio por la tarde, ya lo sea a las 13, a las 17, o a otra hora de la tarde, donde los recogerá el progenitor no custodio, hasta las 20,30 horas en que los retornará al domicilio del progenitor custodio, así como la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y verano. Las vacaciones escolares de verano por mitad, se dividen en dos períodos, el primero desde el último día lectivo por la tarde, 17 horas, hasta el 31 de julio por la tarde, 17 horas, y el segundo período del 31 de julio por la tarde, 17 horas, hasta el día anterior al comienzo del curso por la tarde, 17 horas. Las vacaciones escolares de Navidad por mitad, se dividen en dos períodos, el primero desde el último día lectivo por la tarde, 17 horas, hasta el 31 de diciembre por la mañana, 12 horas, y el segundo período del 31 diciembre por la mañana, 12 horas, hasta el día anterior al comienzo del curso, por la tarde, 17 horas. Las vacaciones escolares de Semana Santa y Fiestas del Pilar, atendida su actual corta duración, corresponderán íntegras cada año a un progenitor de la siguiente forma: Los años pares corresponden la Semana Santa a la madre y las Fiestas del Pilar al padre y los años impares corresponden la Semana Santa al padre y las Fiestas del Pilar a la madre. Fuera de los casos ya fijados de Semana Santa y Fiestas del Pilar, en caso de falta de acuerdo, la madre elegirá período en los años pares y el padre en los impares. Siempre que exista un derecho de opción, deberá mediar comunicación fehaciente

del mismo a la otra parte con al menos un mes de antelación a la fecha elegida, bajo sanción de pérdida del derecho de opción en otro caso. La entrega y recogida del hijo/a/os/as menor/es de edad, se realizará en el domicilio del progenitor custodio. Durante los períodos vacacionales se suspenderá el régimen de visitas establecido. Así, tras cada período de vacaciones las visitas se han de reanudar en la forma en que quedaron antes del comienzo del último período de vacaciones y el progenitor que disfrutó del último fin de semana antes de las vacaciones no disfrutará del primer fin de semana tras las vacaciones. Los llamados «puentes escolares» se unirán al fin de semana, por lo que el progenitor al que le corresponda ese fin de semana, tendrá a su hijo/a/os/as menor/es durante la totalidad de dicho «puente». Si los hijo/a/os/as menor/es padecieran alguna enfermedad que les impidiera las visitas y la salida del domicilio, el progenitor no custodio podrá visitarlos en el mismo durante una hora cada día, que señalará el progenitor custodio, de los que le correspondieran por el régimen de visitas expuesto.

4. Respecto a la vivienda familiar sita en calle [...], ambas partes han acordado en la vista que quede vacía y se ponga a la venta no atribuyéndose su uso a ninguna de las partes. Por lo

que en el plazo de dos meses como máximo a contar desde la fecha de esta sentencia deberá desalojarla el esposo repartiéndose en tal plazo las partes los enseres personales y todo ello con la finalidad de que desde tal fecha se ponga a la venta tal y como las partes han acordado. Hasta la venta efectiva de la vivienda los gastos que gravan la propiedad caso de IBI, hipoteca, seguro y derramas extraordinarias los abonarán las partes al 50% sin perjuicio de los reintegros que procedan al liquidar el consorcio.

5. No se fija pensión por alimentos para el hijo a cargo de ninguna de las partes que deberán atender sus necesidades a su costa el semestre que ostentan la custodia. Los gastos extraordinarios necesarios del hijo serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto.

6. El uso del vehículo [...] están las partes de acuerdo que lo sea para el esposo que deberá correr con todos los gastos que el mismo genere y todo ello hasta la liquidación del consorcio.

No procede adoptar ninguna otra medida de las solicitadas por las partes.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Ante la imposibilidad de que pueda llevarse a efecto el régimen de visitas se acuerda que los progenitores acudan a un servicio de orientación familiar y, caso de incumplir las pautas que marquen y sigan sin cumplirse las visitas, se entenderá que la menor se encuentra en situación de riesgo emocional y se valorará su sometimiento a tutela por la administración pública competente en materia de protección de menores.

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Colmenar Viejo, Auto de 16 de julio de 2010

Magistrada-Juez: **Ilma. Sra. D.^a Alicia Barba de la Torre**

Con fecha 5 de noviembre de 2009 se dictó por este Juzgado Auto, cuya parte dispositiva acordaba «someter a los cónyuges a terapia familiar y a tratamiento terapéutico a través de los Servicios Sociales de Terapia Familiar de su domici-

lio, que deberán elaborar el correspondiente Plan de Intervención para resolver la situación de incumplimiento del régimen de visitas fijado por resolución judicial de la manera más beneficiosa para la menor. Dicho Plan se llevará a la práctica

previo consentimiento de ambos progenitores o en su defecto, por autorización judicial.

Con fecha 24 de junio de 2010, se recibe informe elaborado por el Centro de Atención a la Infancia IV (CAI IV), en el que, tras la valoración del grupo familiar y con diversos contactos con los distintos servicios que han trabajado o trabajan con el grupo familiar, elaboran una valoración técnica que refleja el mantenimiento de los acusados síntomas de ansiedad y angustia en la menor. Respecto a D.^a [...] se detecta un posicionamiento de victimización que fomenta la dependencia e inmadurez emocional de la menor en cuanto al Sr. [...] aprecian en él dificultades actuales para asumir roles maduros e independientes, inhibiéndose de responsabilidades adultas, delegadas en su figura paterna.

Desde dicho Centro se aconseja la intervención psicológica de ambos progenitores, destacando el hecho de que el acento de la patología no recae en la menor, sino en los padres. Precisamente por ello aconsejan que no se reevalúe a la niña en el área psíquica, si no es estrictamente necesario. Asimismo, aconsejan el reestablecimiento de un régimen de visitas supervisadas para que la menor pueda reiniciar un mínimo vínculo con su padre, para conseguir un acercamiento progresivo. Dichas visitas supervisadas tendrían que realizarse en el Punto de Encuentro que les corresponda, y sustentadas en una observación y cuidado de la menor, respetando el momento psíquico en que se encuentra.

Por último, los profesionales de dicho centro llegan a la conclusión de que «no se considera pertinente, ni tiene cabida, iniciar desde el CAI ningún tratamiento ni con la menor, ni con el grupo familiar, ya que éste ni existe, ni lo demandan (ni siquiera mantienen, ni lo desean, un mínimo contacto telefónico para acordar lo que respecta a su hija en común). Para ofrecer a los padres un espacio de mediación requeriría en primer lugar una demanda por parte de éstos, y por otro lado se infiere que lo más sano para ambos es que terminen de separarse aunque tengan una hija en común».

A la vista de dicho informe, la Psicóloga adscrita al Equipo Psicosocial de estos Juzgados, que en ocasiones anteriores ha tenido la oportunidad de valorar al grupo familiar y co-

noce la problemática existente, pone de relieve la grave situación de riesgo emocional en la que se encuentra la pequeña, alertando de la posibilidad de que, de persistir dicha situación de conflictividad, la menor se vea afectada en su adecuado desarrollo psicoafectivo, estructura de la personalidad y capacidad de establecer vínculos afectivos saludables.

Asimismo se pone de relieve cómo se han agotado los recursos institucionales que la Comunidad de Madrid ofrece para el abordaje de conflictos como el presente, siendo así que, pese a ello, el vínculo paterno-filial no se ha reparado, sigue interrumpido el contacto paterno-filial y la menor continúa manifestando acusados síntomas de ansiedad, lo cual es llamativo a juicio de la psicóloga.

Así las cosas, resulta evidente y urgente la necesidad de adoptar medidas más rigurosas, dado el tiempo transcurrido sin que el progenitor paterno haya podido mantener contacto alguno con la menor, y la situación psíquica en la que se encuentra la menor, que no ha remitido.

Así las cosas, y con la finalidad de reparar el vínculo paterno-filial, y restablecer el régimen de visitas que en su día fue establecido por resolución de 26 de julio de 2007, confirmada en este punto por la Audiencia Provincial en Sentencia de fecha 25 de noviembre de 2008, de la manera que resulte menos perjudicial para la menor, y en virtud de las circunstancias expuestas, se considera adecuado para el interés de la menor, al amparo de la LO 1/1996, que ambos progenitores acudan al Servicio de Orientación y Mediación Familiar ofrecido por el Ayuntamiento de Colmenar Viejo (tel. 91 846 12 10), desde donde, con una misma línea de actuación, D. [...] y D.^a [...] recibirán pautas de actuación para el afrontamiento de un pronto restablecimiento del régimen de visitas paterno-filial (preferentemente en agosto o, como mucho, en septiembre), a través del Punto de Encuentro Familiar más próximo al domicilio de la niña (Avenida de la Albufera 67 de Madrid), visitas supervisadas inicialmente para irse ampliando progresivamente, en los términos y horarios que fijen los profesionales de dicho PEF.

En la medida en que es responsabilidad de los padres que el régimen de visitas se cumpla

correctamente, y de utilizar estrategias de afrontamiento que favorezcan la tranquilidad y la remisión de la sintomatología de la menor, se requiere expresamente a los progenitores para que acudan al Servicio de Orientación y Mediación Familiar del Ayuntamiento de Colmenar Viejo, y cumplan las pautas que se marquen desde dicho Servicio, con apercibimiento expreso de incurrir en un delito de desobediencia.

Asimismo, y en la medida en que los profesionales del Servicio de Orientación y Mediación Familiar consideren oportuno, podrán

intervenir también con la niña, en orden a la reparación del vínculo con su padre.

Asimismo, se apercibe expresamente a ambos progenitores que, en el caso de que no cumplan las pautas de! Servicio de Orientación y Mediación Familiar, o que sigan sin cumplirse las visitas paterno-filiales a través del PEF, se entenderá que se encuentra en una situación de grave riesgo emocional y se valorará su sometimiento a tutela por la Comunidad de Madrid, previo ingreso de la menor en un Centro de Protección de Menores

CUESTIONES PENALES

Dada la actitud rebelde, pertinaz y obstativa de la madre al cumplimiento del régimen de visitas se la condena por un delito de desobediencia grave a la autoridad a la pena de siete meses de prisión, debiendo indemnizar al padre en la cantidad de 6.000 euros.

Juzgado de lo Penal núm. 13 de Sevilla, Sentencia de 25 de noviembre de 2010

Magistrada-Juez: **Ilma. Sra. D.^a M.^a del Carmen Barrero Rodríguez**

El Ministerio Fiscal y la acusación particular imputan a la acusada la comisión de un delito de desobediencia grave a la autoridad, previsto y penado en el artículo 556 del Código Penal vigente.

El precepto pena a quienes desobedecieran gravemente a la autoridad o sus agentes, en el ejercicio de las funciones de su cargo. Se trata de un delito autónomo, diferenciado de los de atentado y resistencia, que se caracteriza generalmente por una actitud de oposición pasiva a las órdenes de la autoridad, no haciendo intencionadamente lo que se le ordena, aunque también puede consistir eventualmente en una actitud positiva mediante la realización deliberada de lo que la autoridad prohíbe.

La jurisprudencia ha precisado, a su vez, que para que el delito pueda entenderse cometido han de darse determinadas circunstancias o requisitos: a) ha de tratarse de un mandato legítimo, efectuado por la autoridad en la esfera o ámbito de sus propias competencias; b) el mandato debe revestir las formalidades legales oportunas; c) ha de ser claro, expreso y concreto; d) ha de estar di-

rigido finalmente, precisamente a la persona que deba obedecerlo y a quien luego va a imputarse, en su caso, la desobediencia y e) el elemento subjetivo que consiste en que ese incumplimiento lo será de manera voluntaria, intencional, en suma, maliciosa. Esta negativa al cumplimiento de las órdenes puede mostrarse no sólo en las situaciones abiertas y explícitas sino también cuando la persona obligada adopta una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo cuando no presentando dificultades y trabas que no demuestran sino una actitud rebelde, pertinaz y contumaz al cumplimiento de lo ordenado.

Algunos de estos requisitos requieren mayor precisión. Así el que el mandato haya sido dirigido concretamente al acusado no hay que interpretarlo en un sentido literal y formal, sino que lo que debe calibrarse, básicamente, es hasta qué punto el interesado que debe cumplir ha tenido conciencia exacta de la orden recibida.

La distinción entre el delito y la falta, en este ámbito, será siempre casuística, induciéndose de la gravedad de la desobediencia y del conjunto de circunstancias concurrentes.

Si descendemos al caso concreto, la abundante documental obrante en las actuaciones y prueba practicada en el acto del juicio oral, apreciada en conciencia a tenor de lo prevenido en el artículo 741 de la LECrim. permite estimar acreditados los siguientes extremos de interés:

1. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Dos Hermanas el 31 de julio de 2001 acordó la separación del matrimonio contraído por denunciante y acusada: Otorgó a la madre la custodia de la hija menor, nacida el 19 de junio de 2001 y estableció el derecho el padre a comunicar y visitar a su hija, en casos de desacuerdo, dos horas los martes y jueves de cada semana, en horario que se acomode a los turnos de su jornada laboral y siempre que no perturbe el descanso de la menor, y los fines de semanas alternos desde las 11 horas del sábado hasta las 18,00 horas del domingo, que podrán ser sustituidos por los días correspondientes a los de descanso laboral del demandado, ahora bien tanto el horario de comunicaciones como los días de disfrute del derecho de visitas han de ser comunicados con 72 horas de antelación al progenitor custodio. Asimismo le corresponderá la mitad de las vacaciones escolares o preescolares de Navidad, Semana Santa y un mes durante el verano, correspondiendo al padre la primera mitad de dichos períodos y el mes de agosto durante los años pares y a la madre los años impares».

El auto dictado el 30 de octubre de 2003 (folio 18) acordó que las visitas intersemanales se llevaran a cabo en el punto de encuentro, estableciéndose que para las restantes visitas de fines de semanas y vacaciones, el punto de encuentro será el lugar de entrega y recogida de la niña. Dicha resolución ha sido confirmada por la Sec. 2.ª de la Audiencia Provincial a auto de 27 de febrero de 2008.

2. El auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia el 31 de julio de 2006 (folio 32 de las actuaciones) acordó la modificación del régimen de custodia establecido en la sentencia de separación, confiando al padre la custodia de la hija menor y estableciendo un régimen de visitas a favor de la madre. En sus fundamentos de derecho dicha resolución estableció que «es un hecho acreditado el incumplimiento reiterado

del régimen de visitas por la Sra. ...», haciendo referencia a los reiterados intentos del juzgado para conseguir sin éxito el efectivo cumplimiento de dicho régimen. Hacía asimismo referencia dicha resolución a la negativa de la menor a relacionarse con su padre como una de las razones alegadas por la hoy acusada e invocaba el informe pericial elaborado por la psicóloga adscrita a los Juzgados de Familia de Sevilla. Dicho informe —así se recoge en el auto— descartaba que la negativa de la menor a estar con su padre respondiera a una causa objetiva y razonable y apuntaba como única causa posible para tal comportamiento la existencia de influencias eternas provenientes de su madre o del ámbito de la misma. Dicha resolución ha sido confirmada por la Sec. 2.ª de la Audiencia Provincial en auto de 27 de febrero de 2008 que hace referencia de nuevo, como fundamento de su decisión «al reiterado y grave incumplimiento por la madre de su obligación de facilitar la relación de la menor con su padre y el normal desenvolvimiento del régimen de visitas a pesar de los múltiples requerimientos judiciales, policiales y multas coercitivas impuestas». No consta en qué fecha concreta se ha llevado a efecto esta resolución ni cuál es el estado actual de la grave problemática que los progenitores mantienen en relación al régimen de custodia y visitas de la menor.

3. El objeto de enjuiciamiento en la presente causa comprende el período de mayo de 2006 a abril de 2008 que es el que ha sido objeto de acusación.

La particularidad que en este período nos encontramos es que el régimen de visitas se realiza a través del punto de encuentro familiar, por lo que disponemos de los diferentes informes que los técnicos correspondientes fueron facilitando al Juzgado de Primera Instancia que fijó el régimen de visitas a este propio Juzgado.

Costa así, por ejemplo, y sin ánimo de absoluta exhaustividad, lo que por otra parte resulta innecesario las siguientes incidencias:

- En los meses de mayo, junio y julio de 2006 no se llevaron a cabo ninguna de las visitas programadas por incomparecencia de la acusada, madre de la menor, al punto de encuentro.

- El mes de agosto de 2006 en que correspondía al padre pasar con la menor el mes de vacaciones —extremo este perfectamente conocido por la madre al establecerse así en la propia sentencia de separación— no se llevó a cabo la entrega de la menor. Las razones que se recogen en el informe emitido por los técnicos del punto de encuentro fue la negativa de la menor a marcharse con su padre —se alude a excusas inconsistentes— negativa esta que fue respetada por la madre que se llevó a la niña.
- El auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia el 31 de julio de 2006 concretó el primer fin de semana del mes de septiembre de 2006 que correspondía al padre disfrutar de la compañía de su hija, tras el disfrute del período de vacaciones, fijando los días 9 y 10 de septiembre. Ninguna duda existe del conocimiento por la acusada de dicha resolución, no obstante lo cual ese expresado fin de semana no se cumplió el régimen establecido al no acudir la madre al punto de encuentro (informe correspondiente a dicho mes).
- El día 19 de octubre de 2006 (folio 112) la acusada fue requerida personalmente por el Juzgado de Primera Instancia para el cumplimiento del régimen de visitas establecido en la sentencia de separación, bajo apercibimiento de poder incurrir en un delito de incumplimiento de resolución judicial, poniéndose en su conocimiento los días del mes de octubre y noviembre de 2006 en que tenía obligación de llevar a la menor al punto de encuentro. No obstante tal requerimiento personal, no se llevaron a cabo las visitas correspondientes a los días 25-27 de octubre de 2006, 11-12 de noviembre de 2006 y 25-26 de noviembre de 2006. En todos los casos el informe hace costar la negativa de la menor y la aceptación de la madre de la decisión de su hija.
- Lo mismo sucedió en relación con el fin de semana del 16-17 de diciembre de 2006 y el período de vacaciones que correspondía al padre disfrutar de su hija en la Navidad de 2006: Costa acreditado que el 30 de noviembre de 2006 (folio 54 de las actuaciones) el Juzgado de Primera Instancia de Dos Hermanas apercibió y requirió de nuevo de forma expresa a la acusada para que diera cumplimiento al régimen de visitas establecido en la sentencia de separación, informándola de los días del mes de diciembre de 2006 en que tenía obligación de llevar a su hija al punto de encuentro para el cumplimiento del régimen de visitas. No obstante tal apercibimiento, el fin de semana expresado y el período vacacional correspondiente no se llevó a cabo el cumplimiento de lo acordado. El informe emitido por los técnicos hace referencia a la negativa de la niña y de nuevo a la aceptación de la madre de la decisión de su hija.
- En el período de vacaciones de Navidad correspondiente al año 2007 (de 30 de diciembre de 2007 a 7 de diciembre de 2008), perfectamente establecido en la sentencia de separación y en consecuencia conocido por la madre, no se llevó tampoco a cabo el régimen de visitas. La razón en este caso fue la incomparecencia de la acusada —con costa que se ofreciera ninguna explicación— al punto de encuentro para efectuar el intercambio programado.
- El día 4 de julio de 2007 (folio 81 de las actuaciones) fue otra vez requerida personalmente por la Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Dos Hermanas para que diera cumplimiento al régimen de visitas establecido en la sentencia de separación, apercibiéndola expresamente de la obligación de entregar a la menor al padre a fin de que pudiera disfrutar del período vacacional que a ambos correspondía en el mes de julio de dicho año. Concretamente se apercibía a la madre de la obligación de entregar a la niña el día 5 de julio de 2007 a las 20,00 horas en la

puerta del Punto de Encuentro. La entrega no se llevó a cabo, haciendo de nuevo referencia los técnicos a la negativa de la menor.

- Consta un nuevo requerimiento personal a la acusada para el cumplimiento del régimen de visitas establecido en la sentencia de separación efectuado el 14 de abril de 2008 (folio 366), con traslado de los días del mes de abril de 2008 en que tenía la obligación de llevar a la menor al punto de encuentro para el cumplimiento del régimen. No obstante dicho requerimiento no se llevó a cabo, por ejemplo el régimen de visitas los días correspondientes al 16-18 de abril al mostrar la acusada su disconformidad.
- Al margen de estos requerimientos personales, constan numerosas citaciones efectuadas a la acusada a través de su representación procesal en autos: citaciones a las que no acudía, obstaculizando la práctica de los oportunos requerimientos. Requerimientos que, como ya puso de relieve la sentencia dictada por Sec. 7.ª de nuestra Audiencia Provincial el 2 de octubre de 2008, no eran ni siquiera precisos, pues la acusada tenía abogado y procurador en el proceso civil y estuvo al tanto de todas las resoluciones que en él se dictaban.

4. Es cierto que el régimen de visitas ofrecía en su desenvolvimiento práctico importantes dificultades al depender del calendario laboral del padre y del oportuno traslado de este calendario a la madre. Y es también cierto que probablemente en diferentes ocasiones pudo la acusada no tener conocimiento de los días concretos en que debía llevar a la menor al punto de encuentro. Pero también no es que, al menos en las cuatro ocasiones que hemos recogido en el punto precedente y en el relato de hechos, la acusada fue requerida personalmente, con los apercibimientos correspondientes, para el cumplimiento del régimen de visitas y que los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano fueron expresamente establecidos en la sentencia de separación por lo que desde el primer momento fueron perfectamente conoci-

dos por ésta: no obstante lo cual no se cumplieron en las Navidades y verano de 2006 ni en las Navidades y verano de 2007. Cabe destacar el incumplimiento casi reiterado de todas las visitas que suponían la pernocta de la menor con el padre. Así, por ejemplo, de enero a julio de 2007 y de 11 visitas previstas de esta naturaleza no se realizaron 10 y el período comprendido entre el 1 de agosto de 2007 y el 13 de febrero de 2008, de 9 visitas previstas con pernocta sólo se realizaron 3.

Es cierto que en muchas de estas ocasiones así como en los períodos vacacionales, la razón que se hace constar en los informes para el incumplimiento del régimen de visitas es la negativa de la menor a irse con el padre y la aceptación de la madre de esta negativa. Hay que advertir que en los diferentes informes del Punto de Encuentro los técnicos hacen constar la falta de razones objetivas para esta negativa y que «se ha podido observar una escasa implicación por parte de D.ª [...] en relación a la motivación y predisposición con la que la pequeña acude a las visitas con su padre, especialmente a las de fin de semana, no trayendo consigo en ninguna de ellas maleta o mochila para los días referidos», lo que revela que ya la madre conoce que la menor va a negarse a marchar con el padre y admite esta negativa. Del mismo modo destacan «una deficitaria colaboración de la madre de la menor en cuanto a las pautas indicadas por parte del Equipo Técnico dirigidas a fomentar en la menor una actitud positiva frente a las visitas con su padre», dirigiéndole frases con las que refuerza su inseguridad y llegando a manifestar en presencia de la menor frases como «no se vaya a creer que se la va a llevar así». Recoge uno de los informes que «en fecha 25 de octubre de 2006 [...] manifiesta en presencia de su madre y de las técnicas que le acompañan no querer marcharse con su padre en actitud serena y sonriendo, reprochándole la madre, con tono elevado y actitud de enfado, si “esas son formas de decir que no quiere marcharse”, repitiendo seguidamente la menor su negativa, esta vez mientras rompía en llanto». No consta, de otra parte, la existencia de informes psicológicos que aconsejaran, por suponer un perjuicio para la menor, la modificación del régimen de

visitas para suprimir los períodos vacacionales o la pernocta de la menor con el padre ni consta tampoco que en este concreto período de tiempo la acusada instara del Juzgado de Primera Instancia la modificación del régimen de visitas a tal fin, lo que, desde luego, nunca hizo el juzgado.

5. Lo expuesto pone de relieve una actitud rebelde, pertinaz y obstativa de la acusada al cumplimiento del régimen de visitas para el que había sido requerida, de manera especial en relación con los períodos que implicaban la permanencia de la menor con el padre fuera del punto de encuentro y en períodos más prolongados, concretamente períodos vacacionales y días con pernocta.

La negativa de la menor a marcharse con el padre en estos períodos no puede justificar la actitud obstativa y reiterada de la madre al cumplimiento de lo ordenado, limitándose a respetar sin más la decisión de la niña y a llevársela de nuevo con ella, amparándose en su voluntad. Es evidente que no puede dejarse a la voluntad de una niña de entre 5 y 7 años (edad que tenía en la fecha de los hechos) el cumplimiento o no del régimen de visitas y que no se acredita en absoluto la existencia de razones de entidad suficiente que, al margen de la influencia materna, justificaran esta negativa. Y ello con independencia de las fechas concretas que han quedado señaladas en que las visitas no se llevaron a cabo por la mera incomparecencia de la acusada al punto de encuentro.

Nos hallamos ante un supuesto en el que la intención de incumplir, al menos en los períodos que implicaban la pernocta de la menor con el padre, resulta evidenciada por la conducta de la acusada que, ante la mera negativa sin fundamento de la menor, impedía el ejercicio del derecho de visitas de forma reiterada, lo que justifica su condena como autora del delito que el Ministerio Fiscal y la acusación particular le imputan. Y es precisamente la reiteración de su conducta la que justifica, por su gravedad, la calificación de los hechos como delito, sin que sea de apreciar la continuidad delictiva, como así hizo la Sentencia dictada por la Sec. 1.ª de nuestra Audiencia Provincial el 11 de marzo de 2009 en relación con el período que contemplo.

No puede olvidarse que el derecho de visitas no sólo es un derecho del progenitor no custodio respecto de sus hijos menores sino también y fundamentalmente un derecho de los hijos cuya finalidad primordial es la de proteger y fomentar la relación entre los menores y el progenitor no custodio para posibilitar en aquéllos el desarrollo integral de su personalidad. Por ello sólo en casos excepcionales que así lo aconsejen puede excluirse tal derecho, lo que en el caso no se acredita.

Invoca la acusación particular la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia prevista en el artículo 22.8 del CP.

Hay reincidencia, dice el precepto, cuando al delinquir el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por delito comprendido en el mismo título de este código, siempre que sea de la misma naturaleza.

El período que es objeto de condena se concreta en los meses de mayo de 2006 a abril de 2008. La sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 fue firme y ejecutoria el 11 de marzo de 2009 (folio 579) y la dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 el 2 de octubre de 2008 (folio 454), en ambos casos con posterioridad a los hechos objeto de enjuiciamiento.

No concurren, por tanto, como así entiende el Ministerio Fiscal, circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

La pena se impone en la extensión que, atendida la entidad y gravedad del hecho en este concreto período, se expresa en la parte dispositiva de la presente resolución.

La responsabilidad civil derivada de los hechos constitutivos de delito o falta comprende la indemnización por los perjuicios materiales y morales. Los morales incluyen cualquier daño o sufrimiento en la integridad moral de una persona que sea personalmente sentido y socialmente valorado como inaceptable y comprenden tanto los susceptibles de valoración económica por su repercusión en el patrimonio de la víctima como los que no produciendo quebranto patrimonial consisten el simple dolor moral derivado del ilícito penal, refiriéndose en este sentido la Jurisprudencia a la inquietud, la preocupación, la angustia, la tristeza, [...]

Es claro que el proceder de la acusada, obstaculizando el contacto del padre con la menor —lo que llevó incluso al Juzgado de Primera Instancia a modificar el régimen de custodia— ha causado tales años.

La suma interesada por la acusación particular (390.000 euros) se considera absolutamente desproporcionada, compartiendo las consideraciones que ya realizó la Sec. 1.^a de la Audiencia Provincial en Sentencia de 11 de marzo de 2009 en su fundamento de derecho noveno.

La indemnización, por este concepto, ha de fijarse ponderadamente, teniendo en consideración la entidad del perjuicio causado en este

concreto período, en la suma de 6.000 euros, sin olvidar, como también puso de relieve la Sentencia de la Sec. 1.^a, que la auténticamente perjudicada por esta situación es la menor.

... Condeno a [...] como autora de un delito de desobediencia, ya definido. No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Se le impone la pena de prisión de 7 meses, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y abono de costas, incluidas las de la acusación particular.

Deberá indemnizar a [...] en la suma de 6.000 euros.

Revista de

Derecho de Familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Inscrito un bien a nombre de una persona y para su sociedad de gananciales no puede rectificarse la inscripción en base a un acta de manifestaciones en la que se viene a indicar que hubo un error y que el matrimonio se regía por el régimen de separación de bienes, siendo necesario el consentimiento de la esposa para que tenga lugar la rectificación.

DGRN, Resolución de 19 de junio de 2010

Se plantea la cuestión de si, practicada una inscripción de determinadas participaciones indivisas sobre varias fincas rústicas a favor del comprador para su sociedad conyugal, puede rectificarse el asiento, en el sentido de reflejar el carácter privativo de la titularidad de tales participaciones a favor exclusivamente del citado comprador, en virtud de un acta de manifestaciones otorgada unilateralmente por aquél, acompañada de determinados documentos con los que se pretende acreditar que el comprador y su esposa estaban acogidos, en el momento de otorgarse la escritura de compraventa, al régimen de separación de bienes catalán. En la citada escritura, otorgada el 26 de julio de 2002, el esposo manifestó que estaba «casado en régimen de gananciales con D.^a J. I. F.», y que adquiriría «en pleno dominio y para su sociedad de gananciales».

Entre los documentos acompañados al acta de manifestaciones objeto de la calificación recurrida figuran los siguientes: sendas certificaciones municipales de las que resulta respectivamente que el comprador estuvo empadronado en Aiguamúrcia (Tarragona) entre el 22 de enero de 1975 y el 22 de septiembre de 1985, y en el municipio de Valls (Tarragona) desde el día 23 de septiembre de 1985 hasta la fecha de la expedición de la certificación (21 de julio de 2009); y un certificado del Registro Civil del que resulta que el matrimonio se celebró en el año 1994 en Valls.

El Registrador entiende en su nota de calificación que, dado que los bienes se inscribieron,

conforme al título otorgado, con carácter ganancial, para poder practicar la rectificación, por razón de la naturaleza de la sociedad de gananciales, es necesario el consentimiento de la esposa del otorgante, y no sólo el consentimiento de éste o, en su caso, resolución judicial, de acuerdo con el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, sin que sea suficiente la documentación aportada para suplir dichos requisitos, pues aquélla lo que, en su caso, podría acreditar es la vecindad civil del marido al tiempo de la compraventa, pero no el régimen económico del matrimonio.

Es un principio básico en nuestro Derecho hipotecario (*cf.*, por todas, las Resoluciones de 2 de febrero de 2005 y 19 de diciembre de 2006) que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud. Por tanto, la rectificación de los mismos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. En el presente caso no se puede considerar que en el supuesto concreto se haya producido un error registral de los comprendidos en el artículo 212 de la Ley Hipotecaria, relativo a los errores materiales, ni en el artículo 216 que alude al error de concepto, pues el Registrador no cometió error alguno al inscribir el título de compraventa. En efecto, las participaciones de fincas adquiridas por el comprador se inscribieron a nombre del mismo para

su sociedad de gananciales, inscripción correctamente practicada por cuanto así resultaba de la escritura, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 93 núm. 4 del Reglamento Hipotecario, conforme al cual «Los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales se inscribirán, con esta indicación, a nombre del cónyuge adquirente». En tal situación, si bien la titularidad registral formal corresponde al citado comprador, es indudable la extensión de la protección que dispensa nuestro sistema registral al cónyuge que no compareció al otorgamiento de la escritura en atención a la propia naturaleza de la sociedad de gananciales, calificada por este Centro Directivo de comunidad germánica (*vid.* por todas la Resolución de 4 de abril de 2006), protección de los derechos concedidos por el asiento que se desenvuelve, entre otros medios, a través de la exigencia reglamentaria de la necesaria intervención de dicho cónyuge para la realización sobre tales bienes de cualesquiera actos de disposición, ya sean onerosos o gratuitos (*cf.* artículos 93 y 94 del Reglamento Hipotecario).

Como puso de manifiesto la Resolución de 11 de abril de 2000, respecto de los efectos de los asientos registrales, incluso respecto de los practicados en virtud de actos unilaterales (en el caso de la citada Resolución, el otorgamiento de una carta de pago y consentimiento para la cancelación de una hipoteca), el hecho de tratarse de actos unilaterales (en este caso la manifestación de ganancialidad del comprador) «no quiere decir que no produzca, por sí sola, efectos para cuya desvirtuación no basta con una nueva manifestación unilateral, en sentido contrario de quien la realizara. Dichos actos han producido, desde su realización, efectos a favor de terceros —en este caso el cónyuge del comprador—, y, por tanto, su desvirtuación precisará, bien el consentimiento del favorecido, bien la oportuna resolución judicial que confirme el error de hecho en que se incurrió al hacerlo. Téngase en cuenta que la confesión, que hace prueba contra su autor, sólo mediante prueba de error de hecho, que no cabe en el presente expediente, puede desvirtuarse (*cf.* artículo 1232 del Código Civil)».

Si, como alega el recurrente y así se refleja en el acta de manifestaciones, se produjo un error

en el título al reflejar que el comprador estaba casado en régimen de gananciales y manifestar que adquiría para su sociedad conyugal, practicándose así la inscripción, cuando en realidad el régimen económico-matrimonial era otro, se trataría de un defecto o error en el título que motivó el asiento al que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 40, letra d) de la Ley Hipotecaria, el cual, como dijo la Resolución de este Centro Directivo de 13 de septiembre de 2005 «es tajante al exigir el consentimiento de los titulares o la oportuna resolución judicial». En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo —Sala Primera— de 15 de diciembre de 2005 ha subrayado que el artículo 40 de la Ley Hipotecaria establece que la rectificación del Registro sólo podrá ser solicitada por el titular del dominio o derecho real que no esté inscrito, que lo esté erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto y se practicará con arreglo a las siguientes normas: d) cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente, la rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial. En los casos en que haya de solicitarse judicialmente la rectificación, se dirigirá la demanda contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho, y se sustanciará por los trámites del juicio declarativo correspondiente. La acción de rectificación será inseparable del dominio o derecho real del que se derive. Glosando este precepto legal afirma el Tribunal Supremo en la citada Sentencia que «En sus tres últimos párrafos prevé el artículo 40 de la Ley Hipotecaria —desde la reforma de 1944-1946 y a semejanza de lo establecido en el Sistema Registral alemán— la existencia de una acción encaminada exclusivamente a obtener la rectificación del asiento inexacto. Es ésta la acción que habrá de ejercitarse cuando la falta de traídos al juicio cuantas personas puedan ser afectadas directamente por la resolución que recaiga en la litis, ya que en otro caso podrá producirse una flagrante indefensión de quien, sin estar en el mismo, y no haber tenido en consecuencia la oportunidad de ser oído y defenderse en él, se viera constreñido a cumplir la sentencia que afecta a sus derechos e intereses».

Es cierto, no obstante, que este Centro Directivo ha declarado en diversas Resoluciones (*cf.*, entre otras, las Resoluciones de 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980, 10 de septiembre de 2004 y 13 de septiembre de 2005) que cuando la rectificación se refiere a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes y auténticos, independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, no es precisa la aplicación del artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, pues bastará para llevar a cabo la subsanación tabular la mera petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren y acrediten el error padecido. Sin embargo, es obvio que en el presente caso tal acreditación no se ha producido, toda vez que lo único que, a lo sumo, podría entenderse acreditado es la vecindad civil del comprador al tiempo de la celebración del matrimonio (lo que en rigor requeriría la prueba complementaria de la ausencia de la declaración contraria al cambio de vecindad civil por residencia a que alude el número 2.º del apartado 5 del artículo 14 del Código Civil; *vid.* Sentencia del Tribunal Supremo —Sala Tercera— de 20 de mayo de 2008), pero no el régimen económico-matrimonial, cuyo régimen de determinación, a falta o en defecto de pactos o capitulaciones matrimoniales, es mucho más complejo (*cf.* artículos 9.2 y 16 del Código Civil, y Resoluciones de 15 de junio de 2009 y 5 de marzo de 2010).

Por todo ello es evidente que se ha de descartar la admisibilidad a los efectos pretendidos de un acta de manifestaciones otorgada unilateralmente por el cónyuge comprador en el presen-

te caso en el que se trata de rectificar un asiento ya practicado, asiento en el que figuran inscritos los bienes para la sociedad de gananciales. Rectificación que con arreglo a lo dicho y a falta de una acreditación indubitada, que no se ha producido, requiere el consentimiento de la esposa o resolución judicial (por otra parte, no le es ajeno al recurrente esta idea en cuanto en ningún momento alega la innecesariedad de la acreditación del régimen económico-matrimonial, sino que se centra en intentar acreditarlo documentalmente).

No puede alterarse, por tanto, el contenido de los asientos sin dicho consentimiento o resolución judicial, o sin una acreditación fehaciente de lo manifestado que desvirtúe el contenido de la escritura pública de compraventa que motivó la inscripción vigente. Esta conclusión se ve reforzada, como indicó la Resolución de 4 de abril de 2006, por la especial naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, calificada, como se ha dicho, de comunidad germánica, con la sujeción de los bienes a un especial régimen de responsabilidad; la presunción de ganancialidad existente en nuestro Derecho (*cf.* art. 1361 del Código Civil); y la protección de acreedores y herederos forzosos (*cf.* art. 1324 del Código Civil y 95 núm. 4 del Reglamento Hipotecario); unido todo ello a la presunción de existencia y validez de los pronunciamientos registrales (*cf.* artículos, entre otros, 1, 32, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria).

Esta Dirección General ha acordado confirmar la nota de calificación recurrida y desestimar el recurso interpuesto, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos.

Es posible practicar anotación de embargo a favor de un cónyuge, en un procedimiento judicial seguido por él contra el otro cónyuge, en reclamación del pago de una deuda privativa, resultando que la finca sobre la que pesa el embargo se encuentra inscrita a nombre del cónyuge demandante y del cónyuge demandado con carácter ganancial.

DGRN, Resolución de 17 de agosto de 2010

Se debate en este recurso sobre si es posible practicar anotación de embargo a favor de un cónyuge, en un procedimiento judicial seguido por él contra el otro cónyuge, en reclamación del pago de una deuda privativa, resultando que

la finca sobre la que pesa el embargo se encuentra inscrita a nombre del cónyuge demandante y del cónyuge demandado con carácter ganancial. Además debe tenerse en cuenta la circunstancia de que no resulta ni del Registro ni del

mandamiento judicial, hecho alguno que determine la disolución del régimen económico-matrimonial.

En caso de que resultara del mandamiento o del Registro la disolución de la sociedad de gananciales, como ha señalado en reiteradas ocasiones esta Dirección General (véase Resoluciones citadas en los vistos), no cabría la anotación de embargo sobre cuotas o bienes concretos de naturaleza ganancial. Sólo sería posible el embargo y su correspondiente anotación sobre la parte que al cónyuge deudor le corresponda en la liquidación de la sociedad.

Sin embargo, en el supuesto de hecho de este expediente no consta la disolución del régimen económico-matrimonial de gananciales, por lo que, para que sea anotable el embargo de bienes gananciales, sería necesario que, estando demandado uno de los cónyuges, hubiese sido notificado al otro el embargo, como establece el artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario. Dicha notificación debe resultar expresamente del mandamiento presentado, como ocurre en el presente caso donde es, precisamente, el

cónyuge del demandado el que solicita el embargo.

La autonomía de los patrimonios privativos respecto del patrimonio ganancial; el reconocimiento en nuestro Derecho de la posibilidad de los cónyuges de contratar entre sí y, por tanto, deberse y responder, entre ellos; la naturaleza de la anotación de embargo —concebida no como un derecho real en cosa ajena sino como una medida cautelar en orden a garantizar el resultado de un proceso—; y la propia naturaleza de la sociedad de gananciales —que, si bien carece de personalidad jurídica propia, se considera, no obstante, como una comunidad germánica o en mano común sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división material mientras dure la sociedad—, determinan la posibilidad de que créditos privativos puedan hacerse efectivos sobre el patrimonio consorcial, y hacen que no exista obstáculo para la anotación pretendida.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del Registrador en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.

Se deniega la anotación de embargo por deudas de un cónyuge frente a un inmueble que figura inscrito por confesión de privatividad a nombre del cónyuge no deudor, no siendo suficiente notificar la demanda a este último, siendo preciso que la demanda se dirija contra ambos.

DGRN, Resolución de 4 de octubre de 2010

La cuestión que se plantea en el presente recurso es determinar si es posible tomar anotación preventiva de embargo en procedimiento seguido contra un cónyuge y notificado el otro, siendo así que los bienes constan inscritos como privativos por confesión a nombre del cónyuge no demandado.

Es cierto que la confesión de privatividad no aparece configurada en nuestro ordenamiento como una declaración de voluntad, que fija frente a todos el carácter privativo del bien al que se refiere (sin perjuicio de su posible impugnación si se efectúa en fraude o perjuicio de terceros o no se corresponde con la realidad), sino como un simple medio de prueba de esta circunstancia, que opera en la esfera intercon-

yugal y que carece de virtualidad para desvirtuar por sí sola la presunción de ganancialidad recogida en el artículo 1361 del Código Civil (*cf.* artículo 1324 del Código Civil); pero no lo es menos que la presunción de ganancialidad, tampoco es un título de atribución legal de esa cualidad a los bienes del matrimonio en tanto no conste que pertenecen privativamente a uno u otro cónyuge —o a ambos pro indiviso—, sino uno más de los medios de prueba (*cf.* artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

3. Ello plantea el problema de determinar el régimen jurídico aplicable a estos bienes confesadamente privativos, pues si no pueden ser tratados como privativos a todos los efectos, *inter partes* y frente a terceros, tampoco pue-

den ser reputados inequívocamente como gananciales, de manera que los actos dispositivos realizados sobre ellos con sujeción al régimen de tales bienes sean definitivamente inatacables (es evidente la posibilidad de impugnar esos actos si *a posteriori* se demuestra que los bienes eran realmente privativos del cónyuge del confesante y éste no prestó su consentimiento a la enajenación, como sucede en el supuesto regulado por el artículo 1389 del Código Civil). Adviértase en este mismo sentido cómo el propio Reglamento Hipotecario, a la hora de fijar los términos de la inscripción de tales bienes, y a diferencia del criterio seguido en otros casos —*cfr.* sus artículos. 93.1 y 95.1—, se abstiene de exigir su calificación en el asiento como privativos o gananciales, limitándose a ordenar que se inscriban a favor del cónyuge favorecido por la confesión, con expresión de esta circunstancia (*cfr.* artículo 95.4), produciéndose una cierta indeterminación registral en lo relativo a la titularidad de ese bien (aunque circunscrita al ámbito matrimonial y posibilitada por obvias consideraciones prácticas).

4. En tales circunstancias, la toma de posición sobre las exigencias del embargo del bien confesadamente privativo por deudas contraídas unilateralmente por el cónyuge confesante —sean o no, también deudas de la sociedad—, resulta ardua. De entender que a dichos bienes ha de aplicarse íntegramente el régimen de los gananciales en tanto no se acredite su privatividad —y sin perjuicio de las consecuencias inherentes a una justificación *a posteriori* de este extremo— el artículo 1373 del Código Civil, posibilita la anotación pretendida si mediante la notificación del embargo al cónyuge favorecido por la confesión, aun cuando la demanda se haya dirigido sólo contra el confesante. En tal caso habrá de reconocerse que aquél no sólo puede hacer valer la opción contemplada en dicho precepto sino también la interposición de la correspondiente tercera de dominio, y que en caso de no interponerse esta última, la enajenación alcanzada siempre quedará amenazada de ineficacia si se demuestra en el procedimiento al efecto iniciado contra el adjudicatario, que el bien era efectivamente privativo (*cfr.* artículos 593 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

5. Junto a estos inconvenientes no faltan consideraciones que aconsejan rechazar esa posición. En primer lugar, ha de reconocerse que la aplicación del artículo 1373 del Código Civil al supuesto ahora considerado es cuando menos discutible. En efecto, esta norma permite el embargo de bienes comunes por deudas contraídas sólo por un cónyuge, pero no porque se presuma la afección de aquéllos al pago de éstas (y porque se estime que para hacer efectiva tal afección basta con que sea demandado y condenado el cónyuge que la contrajo), sino a pesar de reconocer que en tal supuesto los bienes comunes no tienen responsabilidad alguna por la deuda que se trata de hacer efectiva (adviértase que el artículo 1373 del Código Civil está considerando las deudas propias de un cónyuge) y con el único objetivo de compaginar el derecho de los acreedores privativos de un cónyuge a agotar todas las vías posibles para el cobro de sus deudas aunque para ello tengan que realizar el contenido económico que a su deudor corresponde en el patrimonio común —esto es, imponer su disolución para poder proceder contra los bienes que puedan adjudicársele en la liquidación—, con la posibilidad del otro cónyuge de asegurar la subsistencia del régimen económico del matrimonio.

Desde esta perspectiva se hace ostensible lo inapropiado de la aplicación del artículo 1373 del Código Civil al supuesto ahora considerado. Por una parte, si ya es excepcional que por las deudas propias de un cónyuge se permita a su acreedor embargar directamente bienes ajenos a su patrimonio privativo (*cfr.* artículo 1911 del Código Civil), más lo será que por deudas totalmente ajenas al patrimonio común se permita al acreedor de un cónyuge trabar bienes que los titulares de ese patrimonio manifiestan públicamente que no forman parte de él y así lo consignan en el instrumento de publicidad de las titularidades inmobiliarias, es decir, en el Registro de la Propiedad. Por otra parte, la solución prevista en el artículo 1373 del Código Civil se manifiesta poco coherente con el supuesto ahora considerado, pues, frente a la alternativa que aquél concede al cónyuge del deudor (optar por tolerar el embargo o imponer la sustitución de la traba con disolución del régimen ganancial), la disyuntiva que ahora se abre a dicho cónyuge es

la de elegir entre la tercería de dominio o pedir directamente la disolución del consorcio, pues, en tal caso, como la liquidación es competencia exclusiva de los cónyuges —sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1083 del Código Civil— y éstos no incluirán en el activo del patrimonio común el bien confesado, éste quedará ya libre de la traba. En tal caso, si el acreedor quiere proceder contra él no tendrá otras vías que demandar a ambos cónyuges para que se declare la ganancialidad del bien y de la deuda y se ejecute aquél en virtud del artículo 1317 del Código Civil, o demandar al cónyuge deudor en su carácter de tal, y a ambos para que se declare la ganancialidad del bien y así poder proceder contra la parte de ese bien que corresponda al cónyuge deudor en la adición a la liquidación que resultará pertinente (*cfr.* artículo 1079 del Código Civil).

6. Por último, no puede dejar de reconocerse que ante la indeterminación que se produce en la titularidad del bien confesadamente privativo, lo más respetuoso con el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses, con los principios registrales de tracto y salvaguarda judicial de los asientos del Registro de la Propiedad, y con las exigencias de seguridad del tráfico, sería adoptar la solución que garantizara suficientemente los derechos de todos los interesados tanto si el bien es efectivamente privativo como ganancial,

lo que por otra parte aseguraría una posición inatacable de la ejecución.

7. Las consideraciones precedentes ponen de manifiesto que no es suficiente la mera notificación del embargo al cónyuge del deudor para poder trabar el bien confesadamente privativo en procedimiento seguido exclusivamente contra el confesante por deudas que contrajo unilateralmente. Por el contrario, debe demandarse a ambos cónyuges, dirigiendo contra cada uno pretensiones distintas, tal y como posibilita el artículo 538.2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en línea con la solución adoptada por el artículo 144.2 del Reglamento Hipotecario, según el cual «cuando se trate de bienes inscritos conforme al número 4 del artículo 95 el embargo será anotable si la demanda se hubiera dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, sea o no el cónyuge deudor». A este precepto deberá atenderse el Registrador de la Propiedad, que debe observar las normas de rango reglamentario en tanto no resulte que fueren claramente contrarias a la norma legal que trata de desarrollar (*cfr.* artículo 1 del Código Civil).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la Registradora en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.

Revista de

Derecho de Familia

SECCIÓN PRÁCTICA

SI AMBOS CÓNYUGES TRABAJAN, ¿EXISTE DERECHO A LA PENSIÓN COMPENSATORIA?

Nadie puede dudar que los parámetros sociales determinantes de la pensión compensatoria han cambiado sustancialmente desde que se instauró en nuestro país allá por el año 1981. Hoy es una realidad que las personas contraen matrimonio más tarde que sus generaciones precedentes. Según el INE la edad media para contraer matrimonio es de treinta años. ¿Qué trascendencia tiene este dato? Pues sencillamente que cuando se contrae matrimonio los cónyuges ya han sentado las bases para su futuro laboral, es decir, que la dedicación que exige el matrimonio no se constituye en un obstáculo para la etapa formativa de los cónyuges dado que los esfuerzos académicos o laborales que van a marcar el futuro profesional se han realizado, en su mayor parte, antes de que tenga lugar el enlace. Por tanto, cada cónyuge estará desde el punto de vista laboral en el lugar que le corresponde en función de los esfuerzos previos al matrimonio.

Lo anterior está en relación con el caso que vamos a comentar. Ambos cónyuges realizan actividad laboral fruto de la cual obtienen los ingresos que les reporta su profesión. Cuando surge la crisis de la pareja y se cesa en la relación se plantea la cuestión jurídica de si en estas condiciones el cónyuge que obtiene menos ingresos puede solicitar una pensión compensatoria que palie el desequilibrio económico existente entre ambos. Basta pensar en el caso en el que el esposo es médico y la esposa enfermera.

Como es normal, para resolver la cuestión, acudimos a una base de datos de resoluciones judiciales y nos encontramos con múltiples sentencias que apoyan tanto la tesis del esposo de que no se fije pensión compensatoria como la de la esposa de que se establezca la pensión.

Por ejemplo, da razón al esposo la Sentencia de la Sec. 24.^a de la AP de Madrid de fecha 8 de febrero de 2007: «el reequilibrio que trata de paliar dicha pensión no ha de suponer igualdad entre los patrimonios de ambos cónyuges, ni es dador de cualidades profesionales que no se tienen. Si ambos cónyuges trabajan no puede hablarse de desequilibrio, y cada cónyuge ha de procurarse su autonomía con los ingresos acoplados a sus actitudes y aptitudes para generarlos».

En cambio, da la razón a la esposa la Sentencia de la AP de Castellón de la Plana, Sec. 2.^a, de 20 de julio de 2009: «Los ingresos de ambos tienen una notable diferencia, pues el esposo percibe casi el doble que la esposa. Que la esposa pueda vivir bien con su sueldo, no quiere decir que el divorcio no le haya supuesto un desequilibrio económico apreciable en función del nivel que el matrimonio se podía permitir, por lo que se fija una pensión compensatoria de 300 euros por tiempo de diez años».

¿Qué pasa cuando existen resoluciones contradictorias de Audiencias Provinciales? Sencillamente que para eso está pensado el recurso de casación. En efecto, según se esta-

blece en el artículo 477 de la LEC podrá interponerse este recurso, cuando la resolución del recurso presente interés casacional y se considera que ello sucede cuando la sentencia recurrida resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Desde el punto de vista técnico hay que precisar que la Junta Magistrados Sala 1.^a del Tribunal Supremo adoptó el Acuerdo de 12 de diciembre de 2000 aclarando que por jurisprudencia contradictoria debe entenderse la relativa a un punto o cuestión jurídica sobre el que exista un criterio dispar entre Audiencias Provinciales o Secciones orgánicas de la misma o diferentes Audiencias, exigiéndose dos sentencias firmes de uno de esos órganos jurisdiccionales, decidiendo en sentido contrario al contenido en el fallo de otras dos sentencias, también firmes, de diferente tribunal de apelación, por lo cual la diversidad de respuestas judiciales, en razón a fundamentos de derecho contrapuestos, debe producirse en controversias sustancialmente iguales, lo que requiere expresar la materia en que existe la contradicción y de qué modo se produce ésta, así como exponer la identidad entre cada punto resuelto en la sentencia que se pretende recurrir y aquel sobre el que existe la jurisprudencia contradictoria que se invoca.

Pues bien, el caso que nos ocupa, es decir, si procede o no pensión compensatoria en un matrimonio en el que ambos cónyuges perciben los ingresos que les reportan sus respectivos trabajos, ha sido objeto de un recurso de casación que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2009. Esta sentencia de nuestro Alto Tribunal dio la razón a la esposa y confirmó la pensión compensatoria que se fijó por el Juzgado, señalando que el 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:

«El primer motivo se formula por entender el recurrente que existe una discrepancia entre las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid y las de la Audiencia Provincial de Orense en relación al reconocimiento de la pensión compensatoria. Dice que los extremos coincidentes entre ellas son que los requisitos para el reconocimiento de la pensión se centran en la ruptura matrimonial, la petición de pensión y la obtención de ingresos por parte de los dos, mientras que las dos Audiencias difieren en si es posible la pensión cuando cada cónyuge tiene una calificación profesional determinada y ejerce su profesión. Aporta el recurrente como base de su argumento las Sentencias 203 y 204 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 24.^a, de 26 de febrero de 2003 y la Sentencia de la propia sección de 27 de febrero de 2004, así como la 219 de 27 de febrero de 2003. La doctrina que aplican estas sentencias es la de que el reequilibrio del artículo 97 CC “no tiene que suponer una igualdad entre los patrimonios de ambos, sino hallarse cada uno de ellos, de forma autónoma en la posición económica que le corresponda según sus actitudes y capacidades para generar recursos económicos”. En cambio, las Sentencias de la Sec. 1.^a de la Audiencia Provincial de Orense, entre las que se halla la recurrida, entienden que aun cuando ambos cónyuges ejerzan una actividad profesional, los elementos probatorios llevan a concluir que se ha producido un desequilibrio, reconociéndose la pensión. El recurrente señala la necesidad de que esta Sala se pronuncie sobre que no cabe establecer pensión cuando los cónyuges son independientes económicamente uno del otro por percibir ingresos derivados de su trabajo, porque la pensión no es un mecanismo igualatorio de economías.

El artículo 97 CC establece una compensación para aquel cónyuge que sufra “un desequilibrio económico en relación a la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio”, redacción dada por la Ley 15/2005, pero que no

hace más que aclarar lo que decía la redacción de 1981. Ambas disposiciones parten de la base del desequilibrio económico, que implique un empeoramiento en la situación anterior en el matrimonio. El artículo 97 CC concibe legalmente este derecho como reequilibrador para aquel cónyuge a quien la separación o el divorcio produzca un desequilibrio en relación a las circunstancias económicas de que gozaba constante matrimonio y sólo se acreditará cuando se pruebe la existencia de dicho desequilibrio patrimonial. No supone un mecanismo igualatorio de las economías conyugales, porque su presupuesto esencial es la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de que un cónyuge gozaba durante el matrimonio y las de después de la ruptura. Esta doctrina ha sido mantenida de forma reiterada y unánime por esta Sala. Así la Sentencia de 10 de febrero de 2005, repetida en las de 5 de noviembre de 2008 y 10 de marzo de 2009, dice que “La pensión compensatoria es pues, una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el artículo 97 del Código Civil no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación), y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge receptor, lo que hace que esta Sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria [Sentencia de 2 de diciembre de 1987: ‘... todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos si se cumplen los requisitos legales como derecho concurrente (artículos 142 y ss. CC)’]. Se trata además de un derecho subjetivo sujeto a los principios generales de la justicia rogada y del principio dispositivo formal puesto que, según afirma la propia Sentencia de 2 de diciembre de 1987 «la ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil (desequilibrio en relación con la posición del otro, empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio)», razón por la que, sigue diciendo, ‘es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer’, con la consecuencia de que la renuncia a la pensión hecha por ambos cónyuges de común acuerdo en convenio regulador o la ausencia de petición expresa por la parte interesada en su demanda de separación o divorcio, impiden su estimación por el tribunal”.

De ello se deduce que no es posible afirmar que cuando ambos cónyuges sean independientes económicamente no hay pensión en ningún caso, porque a pesar de ello, puede haber desequilibrio. Sólo dejará de nacer el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, lo que no significa igual, ya que pueden trabajar ambos y producirse un desequilibrio cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares. El argumento del recurrente es falaz y el término de comparación es equívoco: no es que porque ambos trabajen ha dejado de producirse desequilibrio, sino que el artículo 97 CC utiliza un criterio diferente al de la pura existencia de ingresos económicos para la atribución del derecho a la pensión y ello con independencia de que el argumento del recurrente pudiera ser más o menos convincente para una reforma de esta materia. Pero ésta es una cuestión que no corresponde determinarla a este Tribunal».

CASOS PRÁCTICOS

I. REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

En la fase de inventario se atribuyó al esposo la administración de los bienes gananciales y en uso de dicha facultad procedió a arrendar a uno de los hijos un local comercial perteneciente a la sociedad posganancial por un plazo de diez años. ¿Tiene validez ese negocio jurídico?

No. Las facultades ordinarias de administración concedidas al esposo son insuficientes para concertar un arrendamiento por 10 años, superior por tanto a los 6 años fijados en el artículo 1548 del Código Civil, lo que se considera jurisprudencialmente como un acto de disposición sobre un bien ganancial que debe ser autorizado expresamente, bien por ambos cónyuges o bien por el Juez de forma supletoria.

II. FILIACIÓN

Al ser emplazada la madre en el procedimiento de reclamación de filiación paterna no matrimonial, ha pactado con el padre biológico comparecer ante el Registro Civil y efectuar un reconocimiento de paternidad al que ella dará su consentimiento, debiendo el padre desistirse del procedimiento judicial. ¿Es recomendable para el padre esta forma de determinación de la filiación paterna?

El padre debe valorar que si la filiación paterna queda determinada mediante sentencia judicial ya no podrá nunca impugnarse. En cambio, si la filiación paterna se determina mediante el reconocimiento cabe

la posibilidad de que en un futuro pueda ejercitarse una acción de impugnación de la paternidad.

III. RÉGIMEN DE VISITAS

¿Puede solicitarse la suspensión de visitas por vía del artículo 158 del CC al negarse la hija a relacionarse con el padre?

No. Después de fijarse el régimen de visitas, salvo que se trate de un supuesto urgente en el que puedan causarse graves perjuicios al menor, la suspensión o en su caso reducción del régimen de visitas deben resolverse por vía del proceso de modificación de medidas que implica tener en consideración el principio de contradicción, y un amplio derecho de defensa y de audiencia en favor de la parte demandada, así como la posibilidad de practicar pruebas de toda clase, incluyendo la pericial psicológica y la audiencia de la menor, lo que no es propio del procedimiento de solicitud de medidas urgentes previsto en el artículo 158 del Código Civil.

IV. PENSIÓN ALIMENTICIA

Tras un período breve de formación académica el hijo dejó voluntariamente los estudios y se dio de alta en el régimen de autónomos con la finalidad de explotar un negocio. Tras unos meses de actividad tuvo que cerrar por problemas económicos. Dado que continúa conviviendo con la madre en la que fue vivienda familiar, con ocasión del divorcio, ésta

ha solicitado la fijación de una pensión alimenticia para el hijo mayor de edad y el padre se opone tajantemente a su concesión. ¿Es viable la petición de la pensión alimenticia?

Es criterio reiterado de los juzgados y tribunales que, cuando el hijo ya se iniciado en el mundo laboral, las necesidades alimenticias que pueda tener en un futuro nunca pueden canalizarse por el procedimiento de separación o divorcio de sus padres, por lo que en este caso la pretensión está abocada al fracaso sin perjuicio de que el propio hijo que carece de recursos inicie un procedimiento de alimentos frente a ambos progenitores.

V. INCAPACIDAD

¿Es necesario solicitar el internamiento judicial no voluntario para ingresar en una residencia geriátrica a una persona que, por su avanzada edad, no puede decidir por sí mismo?

Para el internamiento no voluntario en un centro asistencial de personas de avanzada edad que no pueden prestar su consentimiento por padecer enfermedad degenerativa, habrá de tramitarse el expediente destinado a acreditar si se encuentra en condiciones de decidir por sí misma, si padeciera alguna alteración psíquica o mental y si dicha alteración influye en su capacidad para conocer el alcance de sus actos.

VI. CUESTIONES PROCESALES

Después de instar un procedimiento de ejecución reclamando las pensiones alimenticias desde la fecha de presentación de la demanda se dictó auto desestimando la reclamación al no figurar dicha pretensión dentro del título ejecutivo. ¿Puede interponer la madre una demanda de juicio verbal reclamando las pen-

siones devengadas desde la presentación de la demanda hasta el dictado de la sentencia que fijó la pensión?

Al estimarse la oposición a la ejecución cabe interpretar que la pensión alimenticia fue reconocida en su momento con efectos desde la fecha de la sentencia, por lo que tal cuestión ya fue resuelta definitivamente por medio de aquel auto que denegó la reclamación, siendo de aplicación por tanto la excepción de cosa juzgada establecida en el artículo 222 de la LEC, no procediendo en consecuencia iniciar ningún otro procedimiento para resolver la cuestión.

VII. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

La ex esposa solicitó la ejecución de la sentencia de separación y se opone el ex esposo alegando que dicha sentencia quedó sin efecto al dictarse en Ecuador la sentencia de divorcio. ¿Puede admitirse esta causa de oposición?

La controversia debe decidirse en función de que se haya concedido o no el perceptivo exequátur dado que la sentencia de divorcio dictada en Ecuador por sí misma carece de efectos en nuestro país.

VIII. REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Habiendo utilizado en exclusiva la vivienda familiar el esposo durante más de diez años, la esposa pretende en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales incluir en el activo un crédito de la sociedad frente a aquél por el uso exclusivo. ¿Puede aceptarse este planteamiento?

No. Ya sea porque el uso estuvo bajo la cobertura de una resolución judicial o por decisión unilateral, no puede incluirse ninguna partida de activo, pues, en el primer caso, se ocupaba en cumplimiento de una

sentencia y, en el segundo, la ocupación fue consentida por la esposa que no inició ningún procedimiento para que se acordase un uso rotario por ambos copropietarios o su venta para poner fin a la indivisión.

IX. FILIACIÓN

Si tenemos en cuenta que el artículo 180.4 del CC señala que «La determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción», ¿puede admitirse a trámite una demanda de reclamación de filiación paterna de un menor que ya ha sido adoptado?

Como señaló la STS de 27 de junio de 1987 no existe ningún obstáculo para la tramitación del procedimiento aunque el resultado final, caso de estimarse la demanda, no tenga efectos prácticos entre padre e hijo. No obstante, hay que reconocer que existen resoluciones de Audiencias Provinciales (por todas, la Sentencia de la AP de Murcia, Sec. 1.ª, de 28 de diciembre de 2004) que no conceden legitimación al presunto padre biológico para el ejercicio de la acción.

X. CUESTIONES PROCESALES

Habiendo interpuesto la esposa una demanda de separación ante los tribunales españoles ha sido emplazada para comparecer ante los tribunales polacos en virtud de una demanda interpuesta por su esposo en aquel país con posterioridad a que ella presentase la demanda. Ha planteado ante los tribunales españoles una cuestión de competencia, ¿puede tener éxito?

No. Cuando dos tribunales de distintos países están conociendo de demandas matrimoniales no pueden plantearse cuestiones de competencia sin perjuicio de poder denunciarse ante el tribunal polaco que

conoce del asunto su posible falta de competencia, a los fines contemplados en el artículo 17 del Reglamento núm. 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea.

XI. CONVENIO REGULADOR

¿Puede el Juez no aprobar la liquidación de gananciales que se contiene en el convenio regulador por entender que no se respeta la igualdad en los lotes prevenida en el artículo 1061 del CC?

El Juez no puede oponerse a la aprobación del convenio regulador que contiene la liquidación de la sociedad de gananciales en base a que las adjudicaciones no respetan el principio de igualdad al tratarse de una cuestión exclusivamente económico-patrimonial privada entre los cónyuges. Hay que tener en cuenta que el apartado 4 del artículo 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en sede de Procedimiento para la Liquidación del Régimen Económico-Matrimonial) dispone, de manera categórica, que, si ambos cónyuges llegan a un acuerdo sobre la Propuesta de Liquidación, se consignará éste en el acta y se dará por concluido el acto, llevándose a efecto lo acordado conforme a lo previsto en los dos primeros apartados del artículo 788 de esa Ley relativos a la entrega de los bienes adjudicados.

XII. FILIACIÓN

Si la persona frente a la que se dirige la acción de reclamación de paternidad se encuentra casada, ¿habrá que dirigir la demanda contra su cónyuge?

No. La sentencia que se dictase no podría incluir ningún pronunciamiento contra ella, no siendo por tanto parte integrante de la relación jurídica procesal, aunque lógicamente se vea afectada indirectamente por el resultado del procedimiento. Éste fue el cri-

terio seguido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003.

XIII. REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Tras la falta de acuerdo en la comparecencia de inventario se convocó a las partes a la vista no compareciendo personalmente a ella el demandado a pesar de que sí lo hicieran su abogado y procurador. ¿Puede aplicarse lo dispuesto en el artículo 809.1 de la LEC y tenerse al demandado por conforme con la propuesta de inventario que efectúe el cónyuge que haya comparecido?

No. Esta sanción únicamente se contempla para el supuesto de que el cónyuge demandado no comparezca personalmente al acto de la formación de inventario.

XIV. CUESTIONES PROCESALES

Los abuelos desde hace tiempo tienen la guarda de hecho de los nietos y pretenden que judicialmente se les atribuya la custodia para evitar que los padres puedan llevarse a los hijos en cualquier momento. ¿Qué procedimiento deben utilizar para conseguir tal finalidad?

Si han descartado la vía administrativa para la declaración de desamparo, pueden interponer un procedimiento solicitando la privación de la patria potestad y la constitución de la tutela en su favor. Hay que tener en cuenta que la obtención de la custodia por vía del artículo 158 del CC sólo sería temporal.

XV. FILIACIÓN

Es una opción totalmente aceptada en muchas parejas la exclusión temporal o definitiva de hijos, adoptándose para ello los métodos anticonceptivos perti-

nes, pero ¿qué pasa si la mujer conscientemente prescinde de estos métodos y queda embarazada sin haberlo consentido previamente con el esposo o compañero?

Si ello es así, y el embarazo no ha sido casual sino buscado a propósito por la mujer, no cabe duda de que cierto reproche moral puede achacársele, sin embargo, esta causa de oposición no tendrá ninguna eficacia en el procedimiento de reclamación de paternidad, ya que si el varón quiere excluir la prole le corresponderá a él ser parte activa en los métodos anticonceptivos.

XVI. REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Aunque la vivienda figuraba registralmente sólo a nombre del esposo por compra antes del matrimonio, la realidad es que, constante éste, se abonó parte del préstamo hipotecario. Antes de que tuviese lugar la liquidación de la sociedad de gananciales el esposo, aprovechando que la esposa no tenía atribuido el uso de la vivienda, la vendió a un tercero. ¿Qué debe incluirse en el activo de la sociedad de gananciales?

No habiendo optado la esposa por la petición de nulidad de la escritura de compraventa, procederá incluir en el activo de la sociedad de gananciales un crédito contra el esposo. Para su cálculo habrá que determinar el porcentaje que tenga carácter ganancial —lo abonado del préstamo hipotecario constante la sociedad de gananciales— y conocido éste se aplicará al precio real de la venta.

XVII. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Habiéndose despachado ejecución y seguida ésta en sus trámites, se solicitó finalmente la tasación de costas, alegando

el ejecutado que gozaba del beneficio de justicia gratuita por lo que el pago de aquélla quedaría en suspenso. ¿Es correcta esta tesis?

No. En el catálogo de derechos contemplados en el artículo 6 de la Ley 1/1996 de Justicia Gratuita no está comprendido el de no abonar las costas de la ejecución, y tampoco lo está en el derecho que se infiere del artículo 36 del mismo cuerpo legal, que exime del pago de las costas impuestas en virtud de sentencia (pero no del de las impuestas por ministerio de la ley —vid. artículo 539.2, párrafo 2, de la LEC—).

XVIII. FILIACIÓN

En los procedimientos de reclamación de paternidad, ¿cuándo procede excluir al padre de la patria potestad?

La exclusión de la patria potestad procede cuando el padre biológico no acepta su paternidad, no busca salir de dudas extrajudicialmente, y, demandado, no se allana a la pretensión. No obstante, si hay una oposición meramente formal a la estimación de la demanda hasta tanto no se practique la prueba biológica y luego el demandado se someta a su práctica sin problema alguno, no será de aplicación la sanción prevista en el artículo 111 del CC.

XIX. CUESTIONES PROCESALES

La parte demandada solicitó en el suplico de su escrito de contestación a la demanda que se adoptasen medidas de administración sobre el negocio ganancial hasta tanto tuviese lugar la liquidación de la sociedad. En la sentencia, no se entró a resolver esta petición en base a que no se había formulado reconvencción expresa. ¿Es incongruente la sentencia?

No. Como se trata de una medida de carácter dispositivo su petición debe ha-

cerse por medio de reconvencción expresa no siendo de aplicación a este caso la línea jurisprudencial permisiva de admitir como reconvencción la petición contenida simplemente en el suplico pues todas las sentencias que admiten este criterio se refieren exclusivamente a la pensión compensatoria.

XX. FILIACIÓN

Si es la madre la que se opone a la estimación de la demanda interpuesta por el padre biológico ¿puede aplicársele la sanción prevista en el artículo 111 del CC?

No. La previsión legal únicamente es aplicable al progenitor cuya filiación aún no está determinada antes del inicio del procedimiento judicial para la reclamación de la paternidad.

XXI. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

La sentencia de divorcio atribuyó a la esposa por el plazo de dos años el uso de la vivienda familiar propiedad de ambos cónyuges. Habiendo transcurrido este plazo, ¿puede presentar el esposo una demanda de ejecución solicitando el lanzamiento?

La posesión que tenía la esposa del inmueble estaba amparada por la sentencia de divorcio, si bien, también tenía como título de ocupación el ser copropietaria de la vivienda. Finalizado el título que le otorgó la sentencia de divorcio sigue vigente el de copropiedad, pero éste no la legitima para utilizar la vivienda en exclusividad, y precisamente por ello los tribunales están admitiendo estas demandas de ejecución con el fin de provocar que los copropietarios tengan que decidir sobre el destino de la vivienda sin el obstáculo que supone que uno de ellos esté dentro del inmueble.

XXII. PENSIÓN ALIMENTICIA

El padre se ha quedado en paro sin recibir ningún tipo de ingresos y presenta un procedimiento de modificación de medidas solicitando la suspensión de la pensión alimenticia. ¿Puede prosperar esta petición?

El criterio actual de los juzgados y tribunales es no acceder a dicha pretensión cuando los hijos son menores de edad y el padre, por su edad y cualificación, está en condiciones de realizar trabajos. Otro criterio distinto se sigue cuando los hijos son mayores de edad y están en condiciones de realizar algún trabajo remunerado ya que se sitúan en la misma posición que el padre.

XXIII. REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

En el procedimiento de divorcio se acordó que el esposo abonase en su integridad el importe de los vencimientos de los préstamos que se contrajeron para la financiación de un vehículo y unos muebles. Con ocasión de tramitarse el procedimiento de liquidación de la socie-

dad de gananciales, aquél pretende que se incluya en el pasivo un crédito a su favor por el importe actualizado de las cantidades abonadas desde la disolución de la sociedad de gananciales. La esposa se opone a la inclusión de este crédito al considerar que el abono fue en cumplimiento de una resolución judicial. ¿Procederá la inclusión en el pasivo del crédito?

Sí. La circunstancia de que en una sentencia de separación o divorcio se acuerde que uno solo de los cónyuges afronte el pago de los préstamos gananciales no modifica en absoluto el régimen jurídico de la sociedad de gananciales que, tras la disolución, se convierte en una comunidad ordinaria donde ambos cónyuges tienen igualdad en los beneficios y en las cargas. Otra cuestión distinta es que el pago de los préstamos se acordase como complemento de la pensión compensatoria en cuyo caso no procedería tener en consideración aquellos pagos pues no se hacían en concepto de pago de una deuda de gananciales sino como pago de pensión compensatoria sin derecho a un posterior reintegro.

Revista de

Derecho de Familia

TRIBUNA ABIERTA

UN CASO PRÁCTICO ACERCA DE LAS DIFERENCIAS DE TRIBUTACIÓN EN FUNCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y SU SOLUCIÓN

—o de cuando las rusas vuelven a tener encanto—⁽¹⁾

ÓSCAR JORBA JORBA
Abogado

Los temas fiscales son especialmente ásperos. Ello impide que lleguen a una buena parte de los Abogados que deben aplicarlos —en este caso, los matrimonialistas—. Es por ello que se pretende, en el presente artículo, presentar, de manera desenfadada e inteligible para los no expertos, el caso de un divorcio en el que el régimen económico-matrimonial de los interesados tiene unas consecuencias fiscales importantes. Al mismo tiempo se proponen soluciones al caso concreto y propuestas legislativas de cara al futuro.

I. PLANTEAMIENTO DEL CASO —SIN ENTRAR EN DETALLES PERSONALES—

D. JOSÉ y D.^a MARÍA contrajeron matrimonio en régimen de separación de bienes⁽²⁾. Después de varios años de amor, ahorros y dos hijos, decidieron adquirir, por mitad, en común y pro indiviso, un piso en Barcelona y un apartamento con su parquin en Calafell. También eran propietarios, cada uno, de 50 participaciones de la Compañía Mercantil SOCIEDAD, SL. Por cuestiones de la vida vivían en un piso propiedad de los padres de ella. Pasados los años —12 concretamente— la rutina hizo mella en sus vidas —cosa nada infrecuente— y se plantearon el divorcio para poder reiniciar sus vidas de forma independiente. Sus acuerdos de divorcio pasaban por los siguientes términos: la esposa se quedaría con la guarda y custodia de los dos hijos del matrimonio y con la propiedad del piso de Barcelona mientras que el esposo debería pagar una pensión de 300 euros mensuales por cada uno de los hijos, tendría un régimen de visitas amplio —la relación entre los esposos no era mala— y se quedaría con la propiedad del apartamento y el parquin de Calafell puesto que allí desarrollaba su actividad profesional. Para compensar la diferencia de valor entre ambas adjudicaciones la esposa entregaría al esposo sus participaciones en la SOCIEDAD, SL.

Ni cortos ni perezosos —él sí un poco perezoso— acudieron al Abogado. Especialista en Derecho Matrimonial. Les redactó un convenio regulador del divorcio literariamente brillante (sólo se percibía un error: en vez de hablar de ratificar el convenio a presencia judicial se hablaba de «rectificar» el convenio. No es infrecuente este lapsus). Por lo demás, todo en orden. Se reflejaban los pactos acordados, la distribución de propiedades y la situación de

(1) Como podrá observar el lector los nombres de los protagonistas son ficticios para evitar que su círculo más cercano pueda indentificarlos.

(2) Régimen habitual en Cataluña por ser el supletorio para el caso de que no se pacte otro.

los hijos —tema fundamental—. No se hablaba de las cuentas bancarias —ya se las repartirían ellos mismos si quedaba algún saldo—, ni de los dos vehículos puesto que quedaban uno para cada uno ya que estaban uno a nombre de cada uno, es decir, eran privativos de cada esposo —el del esposo pendiente de pago durante tres años de préstamo personal—.

El abogado (matrimonialista) presentó la demanda ante el Juzgado competente junto con el convenio regulador debidamente firmado («por triplicado ejemplar y a un solo efecto»). El Juzgado fue ágil, les llamó para la ratificación del convenio al cabo de un mes escaso. Se ratificaron. No «rectificaron» nada, al tiempo que otorgaron poder apud acta en favor de la Procuradora de los Tribunales —no sin antes preguntar qué era eso de la Procuradora y sin obtener respuesta satisfactoria pero aceptando su actuación con resignación. En definitiva sólo eran 200 euros más—. Recayó sentencia, por supuesto estimatoria de la demanda y decretando el divorcio con la aprobación del convenio regulador en todos sus puntos. El abogado matrimonialista presentó su minuta y, aunque elevada —no vamos a dar cifras—, la abonaron por mitades sin rechistar. El abogado es el abogado.

El letrado, por el mismo precio (!!), se encargó de liquidar los impuestos correspondientes ante la Comunidad Autónoma para poder proceder a la inscripción de los cambios de titularidad en el Registro de la Propiedad. Liquidó por importe «0» —patatero— puesto que argumentó que los esposos no se adjudicaban más de lo que ya tenían —un piso cada uno y el esposo unas participaciones sociales para compensar las diferencias de valores—. Los esposos —ya ex esposos— respiraron más aliviados: la minuta —elevada— se había justificado. El letrado les había «conseguido» no pagar impuestos. Por supuesto no pagaron el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana —plusvalía municipal— al derivar el cambio de titularidad de un divorcio⁽³⁾. Genio.

II. LA RUSA COMIENZA A PERDER ENCANTO

El primer revés no fue que la esposa se liara enseguida con un antiguo amigo de la pareja, ni que el esposo se casara con una ciudadana rusa contactada por Internet con la que ya llevaba bastante tiempo tonteando —el único engaño en todo el proceso puesto que la esposa lo desconocía aunque sospechaba de tantas horas ante el ordenador—. Todo eso fue asumible por ambos. Habían logrado su libertad. En realidad el primer contratiempo vino en el mes de mayo del año siguiente cuando, al recibir el «borrador» para la confección de la declaración de la renta, no les cuadraron los datos. Curiosamente fue la primera vez que se llamaron desde el divorcio:

- ¿A ti te sale una ganancia patrimonial por venta de inmueble?
- Sí, ¿y a ti?
- También, pero yo no he vendido nada.
- Yo tampoco, sólo tengo el piso.
- Tendremos que ir a ver al abogado.

(3) Artículo 104 del 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: «Tampoco se producirá la sujeción al impuesto en los supuestos de transmisiones de bienes inmuebles entre cónyuges o a favor de los hijos, como consecuencia del cumplimiento de sentencias en los casos de nulidad, separación o divorcio matrimonial, sea cual sea el régimen económico-matrimonial».

- Yo iría al gestor, es más barato y además se trata de un tema de impuestos. El abogado del divorcio era matrimonialista.
- Ok, se tratará de un error. ¡Como si fuéramos ricos para ir teniendo «ganancias patrimoniales»!
- Por cierto, ¿cómo te va todo?
- Bien, bastante bien, ¿y a ti?
- Horosho, spasibo! ⁽⁴⁾.

El 20 de mayo fueron al gestor. Un día duro. Después de mirar sesudamente el borrador les pidió documentación: la sentencia de divorcio. Por suerte ella era previsora, la llevaba en el bolso. Le echó un vistazo rápido y vio la madre de todas las batallas. Pidió las escrituras de compra del piso de Barcelona y del apartamento —ahora vivienda del marido y la rusa— y del parquin de Calafell. Las llevaba también ella en el bolso. Simple vistazo al «otorgamiento» de la escritura, es decir, dónde consta el precio pagado. Y un rápido cálculo que le lleva a arquear las cejas y toser para contarles la verdad y nada más que la verdad.

Comenzó a hablar con seguridad: «Ustedes, en su convenio de divorcio realizaron una operación consistente en que usted —dirigiéndose a D.^a MARÍA— se quedaba con el piso de Barcelona y usted —mirando a D. JOSÉ— se quedaba con el apartamento y el parquin de Calafell y además con las participaciones de su esposa en la SOCIEDAD, SL, ¿me siguen? Es decir, como usted, D.^a MARÍA se quedaba bienes de más valor, le ha pagado a su esposo la diferencia con las participaciones sociales. ¿me siguen? Para la Hacienda Pública ustedes han hecho las siguientes operaciones: usted, D. JOSÉ le ha vendido la mitad de su piso en Barcelona a su esposa y usted, D.^a MARÍA le ha vendido la mitad de su apartamento y parquin de Calafell a su esposo. Además le ha vendido unas participaciones sociales de la SOCIEDAD, SL, ¿me siguen? Y tanto uno como otro han tenido un beneficio con esas ventas, ¿me siguen? (obviamos aquí las protestas de los ex esposos diciendo que «yo no he vendido nada», que «no he ganado nada», que «no he visto ni un euro»...) ⁽⁵⁾.

Lamentablemente, y para sorpresa de los presentes, el borrador era correcto. D. JOSÉ tiene que pagar 4.080 euros; D.^a MARÍA, 7.860 euros.

«D. JOSÉ, usted compró su mitad del piso de Barcelona en 1995 por 10.000.000 de pesetas, es decir, 60.000 euros. ¿Cierto? Y en el convenio dijeron que ahora esta mitad valía 80.000 euros. ¿Cierto? De un plumazo y sin verlos, ganó usted 20.000 euros.

D.^a MARÍA, usted no tuvo más suerte. Compró su mitad del apartamento y el parquin de Calafell en 1998 por 5.000.000 de pesetas, 30.000 euros. ¿Cierto? Y en el convenio de divorcio dijeron que su mitad ahora valía 60.000 euros. ¿Certo? Pues ha ganado usted 30.000 euros. Y con las participaciones pasa lo mismo, las compró usted por 12.000 euros en el año 2000 y ahora las han valorado en 20.000 euros. O sea que usted ha ganado, además, 8.000 euros con las participaciones».

(4) «Bien, gracias», en ruso.

(5) No se produce tributación en el IRPF cuando se disuelve la comunidad y se adjudican lotes iguales a los dos partícipes. En este caso, las participaciones sociales no son bienes en común ya que cada uno tiene las suyas diferenciadas. Por tanto, no son susceptibles de adjudicación como si se tratara de bienes en común y, en consecuencia, los lotes de bienes comunes que se adjudican son desiguales. Se trata de una transmisión o permuta en toda regla.

Resumen, hay que pagar en la renta por las operaciones realizadas.

«... abatidos, vacilantes, cabizbajos, andrajosos, se encaminan lentamente los vencidos a su hogar...»⁽⁶⁾ y D. JOSÉ y D.^a MARÍA salen del despacho del gestor maldiciendo la hora en que se divorciaron. Ya la rusa no es tan guapa y el antiguo amigo también tiene sus defectos. En fin. Es lo que hay.

Acordaron, con buen criterio, que se harían cargo a partes iguales del impuesto. Pagaron —en dos plazos— y se olvidaron del tema.

Ellos se olvidaron, pero la hacienda pública no duerme y no se olvidó de ellos.

III. LA RUSA PIERDE TODO EL ENCANTO QUE LE QUEDABA

Ya habían pasado casi dos años desde la funesta fecha del divorcio cuando recibieron una carta certificada de la oficina liquidadora de los impuestos de su Comunidad Autónoma. Fue cuando se llamaron por segunda vez en dos años:

- ¿Has recibido una carta de la Hacienda autonómica?
- No. ¿De qué se trata?
- De algo de Transmisiones Patrimoniales. ¿No liquidamos ya esto en la declaración de la Renta? Me reclaman el 7%⁽⁷⁾ de 20.000 euros, es decir, 1.400 euros más los intereses.
- ¿Vamos al gestor?
- Vamos. Por cierto, ¿cómo te va todo?
- Tak sebe⁽⁸⁾.

«Les están reclamando el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. Como les dije la otra vez ustedes han realizado unas operaciones por las que D.^a MARÍA se quedaba bienes de mayor valor que D. JOSÉ. Y así se produce un exceso de adjudicación, ¿me siguen? Si se hubieran repartido los bienes a partes iguales no habría este exceso de adjudicación».

Aquí protesta D. JOSÉ: «¿Y cómo tendríamos que haberlo hecho? ¿Troceando los pisos para hacer dos lotes iguales?».

«No exactamente. Como los pisos no se pueden partir a trocitos, el que se quedaba más tenía que haberle compensado al otro en dinero. Así no se producía exceso⁽⁹⁾. Pero esta compensación tiene que ser en dinero y ustedes la han hecho con unas participaciones de

(6) *La vuelta de los vencidos*. Luis de OTEIZA (1882-1960).

(7) Suerte tuvieron de que el divorcio no se hubiera retrasado hasta ahora, puesto que el tipo impositivo en Cataluña sería ya del 8%.

(8) Más o menos, en ruso.

(9) Artículo 7.2.b) del RDL 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: «Se considerarán transmisiones patrimoniales a efectos de liquidación y pago del Impuesto: b) Los excesos de adjudicación declarados, salvo los que surjan de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 821, 829, 1056.2 y 1062.1 del Código Civil y disposiciones de Derecho Foral, basadas en el mismo fundamento».

la SOCIEDAD, SL que, efectivamente, no son dinero contante y sonante, ¿me siguen?⁽¹⁰⁾. Así, pues, usted, D.^a MARÍA, ha recibido 20.000 euros más que lo que le correspondía si se hubieran hecho dos lotes iguales. Esto, al 7% son 1.400 euros. A esto hay que sumarle los intereses que les reclaman que suman 850 euros más. Y pidan a Dios que no les llegue una sanción por no haber declarado a su tiempo».

Así, pues, pagaron sus 2.250 euros —1.400 de Impuesto y 850 de intereses—, la mitad cada uno, como la otra vez.

En definitiva, su feliz divorcio les costó la nada desdeñable cifra de 14.190 euros, sin contar, naturalmente, los honorarios del Letrado —los cuales hemos renunciado a mencionar por secreto profesional—. Para pensárselo dos veces. Desde entonces ambos van recomendando a los matrimonios amigos que hay que tener paciencia, que las diferencias nunca son insuperables, que se lo piensen dos veces... o tres, que las rusas no son tan maravillosas...

IV. LA RUSA RECUPERA TODO SU ENCANTO O DE CÓMO SE PODRÍA HABER ACTUADO

La solución más sencilla habría sido no tocar las titularidades, es decir, seguir teniendo las propiedades en común y tan felices. Ello, sin embargo, conlleva algunos inconvenientes que pueden ser graves. Por ejemplo, alguno de los dos podría ver embargada su propiedad por deudas contraídas y haber perjudicado de este modo al otro ahora que ya no eran marido y mujer. O, simplemente, uno de los dos podría desear o necesitar vender su propiedad —ya sea para pagar otras deudas o para irse a vivir a Rusia con la rusa— y no poder hacerlo libremente al ser el otro copropietario. Es decir, los inconvenientes que podría comportar esta solución simple no la hacen aconsejable. Además, ¡qué caray!, los esposos querían tener cada uno su propiedad y el abogado está para encontrarles una solución segura, barata y sencilla.

Veamos cuál puede ser esta solución:

D. JOSÉ y D.^a MARÍA acuden al notario y otorgan capitulaciones matrimoniales. En ellas se manifiesta que los esposos cambian su régimen económico matrimonial pasando del régimen de separación de bienes al régimen de gananciales y aportando a dicha sociedad de gananciales el piso de Barcelona, el apartamento y parquin de Calafell y todas las participaciones de la SOCIEDAD, SL (50 cada uno). El piso de Barcelona se valora en 160.000 euros, el apartamento y parquin de Calafell en 120.000 euros y las 100 participaciones se valoran en 40.000 euros, es decir, los mismos valores que se le habrían dado en el convenio regulador del divorcio. Así, pues, se aportan a la sociedad de gananciales bienes por valor de 320.000 euros, la mitad cada uno, es decir, 160.000 euros cada uno. A partir de este momento los esposos constituyen una comunidad germánica en la que ambos son titulares de una cuota del 50% sobre los bienes aportados.

La tributación de dicha operación es cero —patatero—. Únicamente se devengan los gastos de notario que, en este caso, son poco significativos⁽¹¹⁾.

(10) Podríamos hablar también, en este caso, de una permuta. Sin embargo, a efectos fiscales produce el mismo resultado puesto que la transmisión de participaciones sociales no tributaría a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

(11) Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios.

No se devenga Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas puesto que no se produce ninguna alteración en la composición del patrimonio de ninguno de ellos, siguen siendo titulares de los mismos bienes y con el mismo valor aunque de otra forma ⁽¹²⁾. Tampoco se devenga Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados ⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾.

Transcurrido un tiempo prudencial ⁽¹⁵⁾ los esposos acuerdan presentar la demanda de divorcio acompañada del convenio regulador en el que se liquida el régimen económico matrimonial y el esposo se adjudica el apartamento —y parquín— de Calafell y todas las participaciones sociales de la SOCIEDAD, SL, y la esposa el piso de Barcelona. Se adjudican cada uno 160.000 euros. La tributación de dicha operación vuelve a ser cero ^{(16) (17)}.

La principal ventaja de este proceder que hemos expuesto no estriba en el ahorro fiscal conseguido sino en que, en ningún momento del procedimiento, D. JOSÉ habría dudado de que su compañera rusa fuese terriblemente guapa.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS POR SI NUESTROS LEGISLADORES SE ENAMORAN DE UNA RUSA

Las propuestas que planteo para nuestros legisladores van dirigidas únicamente a aquellos casados en régimen de separación de bienes. Los demás pueden enamorarse de una rusa o, incluso, de otra española si así lo creen oportuno. No tendrán problemas fiscales.

Las opciones que les planteo son las siguientes:

1. Suprimir de un plumazo alguno de los regímenes económicos matrimoniales existentes. Lo lógico sería suprimir la sociedad de gananciales, puesto que —como hemos

(12) Artículo 33.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: «Son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél...»

(13) Artículo 45.I.B).3 del RDL 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: «Estarán exentas: 3. Las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal...».

(14) No se devenga tampoco Impuesto sobre Donaciones puesto que no se hacen aportaciones gratuitas sino que cada parte ofrece una contraprestación, su mitad de titularidad sobre los bienes. Tampoco, parece ser, se devenga Impuesto sobre Sucesiones puesto que, por el momento, ambos cónyuges siguen vivos.

(15) Resolución de la Dirección General de Tributos V0604-05 de 11 de abril: «... la aportación de bienes privativos de los cónyuges a la sociedad de gananciales para la inmediata disolución y liquidación de ésta, con adjudicación de aquéllos a quienes no eran sus propietarios originales constituye una operación conjunta que debe calificarse como una permuta de bienes y, como tal, está sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, según dispone el artículo 7.1.A) de su Texto Refundido, sin que pueda acogerse a la exención regulada en el número 3 del artículo 45.I.B) de dicho texto legal».

(16) Artículo 45.I.B).3 del RDL 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: «Estarán exentas: 3. Las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales».

(17) Artículo 33.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: «2. Se estimará que no existe alteración en la composición del patrimonio: b) En la disolución de la sociedad de gananciales o en la extinción del régimen económico matrimonial de participación».

- visto— es la que menos tributa, y dejar vigente únicamente el de separación de bienes que es el que más ingresos fiscales aporta. No parece una solución muy aconsejable.
2. Mantener el sistema discriminatorio actual respecto del régimen de separación de bienes que supone una tributación completamente diferenciada en sede del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y que, al mismo tiempo, ha propiciado que un caso iniciado en el año 2001 mediante una autoliquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados se haya resuelto en fecha 30 de abril de 2010⁽¹⁸⁾, nada más y nada menos que nueve años luchando por una autoliquidación, que, para sorpresa de propios y extraños, tenía una cuantía extraordinaria. Se estaba discutiendo la friolera de 663,12 euros. Conste que no me olvido ningún cero a la derecha. Es decir que, desde el año 1993 en que se promulgó el RDL 1/1993 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, hasta el día 30 de abril de 2010 —nada más y nada menos que 17 años— no hemos tenido una interpretación definitiva en relación a la exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados para la disolución y liquidación de regímenes económicos matrimoniales. ¡Viva la seguridad jurídica!
 3. Simplemente igualar la tributación de todos los regímenes económicos matrimoniales⁽¹⁹⁾. Parece ésta la opción más razonable y simple que nos evitaría el tener que realizar operaciones como las descritas.

(18) STS de 30 de abril de 2010 por la que, en Recurso de Casación en Interés de Ley —es decir, que vincula a todos los Jueces y Tribunales de rango inferior— fija como doctrina que la exención del ITPAJD prevista en el artículo 45.I.B).3 del RD 1/1993 sólo es aplicable a los regímenes económico-matrimoniales que constituyan una verdadera comunidad de bienes. O, dicho en otras palabras, que dicha exención no es aplicable al Régimen de Separación de Bienes.

(19) Tan variopintos son como Separación de Bienes, Sociedad de Gananciales, Sociedad Conyugal de Conquistas, Régimen Consorcial Aragonés, Régimen de Participación, Comunidad de Bienes, Comunicación Foral de Bienes..., no es necesario seguir.

DECISIÓN SOBRE LA CUSTODIA: QUE LA PRESERVACIÓN DEL BIEN DE LOS HIJOS SEA REAL Y NO POTENCIAL

PEDRO MANUEL LÓPEZ ROMERO

Abogado

www.alfaglobal.com

I. INTRODUCCIÓN

Los más de treinta años de ejercicio profesional considero nos legitiman, y hasta obligan, a tener un criterio sobre la custodia de los hijos menores al suscitarse la situación de crisis en los progenitores.

Pretendemos, sin olvidar la doctrina de nuestros tribunales, ser sobre todo prácticos. No pueden caer en saco roto los más de treinta años de ejercicio de la abogacía, llevando la dirección letrada de múltiples separaciones, divorcios y nulidades, unidos a cuarenta años de matrimonio y haber criado y educado a cinco hijos, ya independientes económicamente.

Quisiéramos con estas líneas intervenir en la controvertida cuestión de la custodia y verter los criterios que tenemos formados por la praxis expuesta, con un solo objetivo: que la preservación del bien de los hijos sea real y no potencial.

II. DISTINCIÓN ENTRE COMPARTIDA Y ALTERNA

Incidimos en la necesidad de distinguir entre ambas modalidades, compartida y alterna, porque en unos momentos se le denomina compartida y es alterna y en otros se delimitan perfectamente entre ambas. Lo podemos ver en una Sentencia de la AP de Barcelona de 12 de enero de 2007: «Como ha puesto de manifiesto la psicología especializada, no tiene nada que ver la custodia compartida, basada en la co-parentalidad responsable, con la custodia por períodos repartidos o con sistemas de distribución alterna de la guarda de los menores». En este ámbito podemos encuadrar la mayor parte de las sentencias como la de 1 de octubre de 2010 del TS que comentaremos. No faltan las que emplean ambos términos, siendo procedente sólo uno de ellos. Así, SSAAPP de Valencia de 13 de julio de 2010, de Madrid de 24 de noviembre de 2010: «custodia compartida alternativa». La realidad es que son dos custodias monoparentales, con cambio de la custodia cada uno o tres meses por parte de cada progenitor.

En esta última no sólo se evidencia la alternancia por la propia denominación de la sentencia, sino que minimiza las divergencias de los progenitores: «las discusiones por razones nimias, pues ello no trasciende a cuanto se relaciona con los menores y son capaces de llegar a acuerdos». La de Valencia va un poco más lejos, por cuanto aún recordando: «los padres deben tratar de limar asperezas y establecer una vía de comunicación», luego, consta la disparidad de los progenitores y de ahí que afirme: «la Sala, por su parte, adoptará las medidas para que sea mínimo el contacto entre los propios progenitores». Pese a evi-

tarse el contacto entre éstos, no se alcanza aquella SAP de Córdoba de 31 de julio de 2007, donde se establece la custodia compartida en instancia, con la recogida de los menores en un punto de encuentro, produciéndose la modificación del sistema de custodia —compartida—, «a solicitud consensuada de ambos, o en caso de que existan más de 4 denuncias de incumplimiento con sus condenas por vía penal, por cualquiera de los padres».

Se evidencia la necesidad de fijar criterios claros, ante la facilidad de cómo se pasa de un criterio de custodia compartida en los términos que diremos, a no reparar en las cuestiones nimias, a evitar el contacto con los progenitores o la necesidad de que existan hasta cuatro condenas penales.

No vemos la necesidad de correr estos riesgos cuando una custodia monoparental con un régimen de fines de semana alternos y dos tardes entre semana posibilita a cualquier progenitor a prestar atenciones al hijo y se evitan riesgos para éste.

Nuestra opción es por la custodia compartida, pero en los términos que es considerada por el Magistrado Ortuño Muñoz, entre otros, cuando en una Sentencia de AP Barcelona, Sec. 12.^a, de 12 de enero de 2007, afirma:

«aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro».

La base de nuestra clara preferencia se encuentra en la defensa del interés superior del menor, sustento de cualquier decisión sobre la custodia. Aunque se ha afirmado que este interés no está definido en nuestra legislación, STJC de 3 de marzo de 2010, si hay una pauta clara en los derechos del niño contenidos en las declaraciones internacionales. Entre ellos se encuentra el Convenio sobre los Derechos del Niño aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, cuyo artículo 7: «conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, en la medida de lo posible».

Ante la imposibilidad de convivir los progenitores, la mejor opción para el menor está en la custodia compartida, donde aún separados en la convivencia, en todo lo relacionado con el menor les mueve un común interés en su favor, con sacrificio de sus propios intereses. Viven realmente movidos por el interés superior del menor, posponiendo sus derechos, gustos, deseos, etc., personales ante los del hijo y ello de común acuerdo. La deducción es elemental: para unos progenitores que quieren este tipo de custodia, sobran las leyes; siempre van a suscribir un convenio carente de aplicación, porque cada día les llevará a adoptar las decisiones y hacer lo más conveniente para el menor, en nuestra cambiante sociedad y variación de las necesidades del hijo en crecimiento.

La custodia alterna, por el contrario, no conlleva siempre la salvaguarda del interés del menor, es más, entendemos que queda frecuentemente pospuesto por el interés de los progenitores, porque en la custodia alterna es una simple distribución de tiempos, como reconoce la Sentencia de AP de Barcelona de 31 de marzo de 2009, con estas palabras: «El recurrente Sr. Carlos Jesús confunde en su pretensión la custodia compartida con otras modalidades diferentes, como la custodia alterna, cuya característica principal es el reparto

del tiempo de los hijos comunes». En lugar de tener la custodia uno de los progenitores, la tiene un tiempo, uno y el otro el restante, con un régimen de visitas. La co-parentalidad es difícil de ver, antes al contrario, la custodia alterna nace para eliminar toda co-parentalidad en muchos de los casos.

No podemos olvidar que la denominación «custodia alterna» nace como consecuencia de una reivindicación de los padres, remisos a entregar a las madres la pensión mensual, pretendiendo hacerlo a los hijos o que las madres rindieran cuentas del modo como gastaban la pensión. No dudo sobre la existencia de padres con deseo de estar con sus hijos y de madres opuestas a cumplir el régimen de visitas tenido por el padre, pero lo más habitual es lo contrario y prueba de ello la tenemos en los actuales convenios y muchas decisiones judiciales, fruto de lo alegado por las partes, en que en el tiempo de estancia con cada progenitor asume éste los gastos del niño, en tanto el progenitor con mayores ingresos, normalmente el padre, asume pagos de gastos del hijo, individualizados y de posible pago directo. Sírvanos de referencia una reciente Sentencia de AP de Madrid de 24 de noviembre de 2010, donde se admite una diferencia de ingresos importante entre ambos progenitores, se atribuye la custodia alterna por trimestres y una contribución por mitad para la hipoteca y gastos escolares y el resto de los gastos del hijo con cargo al progenitor que tiene la custodia, justificándolo por considerar los ingresos suficientes para el sustento del menor. El entorno económico del hijo va a ser bastante diferente cada tres meses, porque no es sólo lo que se come o viste, también el coche, la vivienda, los adornos de la vivienda, los viajes, etc.

La denominación o equiparación de la custodia compartida y la alterna ha sido una victoria de la asociaciones de padres evidentemente, porque la custodia compartida en el modo conceptualizado por la sentencia de Ortuño Muñoz siempre ha existido y nunca ha precisado de ejecución de título judicial. El título de estos padres era el amor por sus hijos, aunque ellos no pudieran convivir. Esta victoria es mayor cuando no sólo logran equiparar o confundir compartida y alterna, como si fueran lo mismo, es más, logran calificar a esa custodia de preferente a cualquier decisión sobre la custodia de los menores.

1. La preferencia

La realidad de la preferencia en la custodia hasta el momento sólo está en la letra, olvidando la importancia de tal hecho. Ni Cataluña ni Aragón tienen en su texto legislativo la pretendida preferencia, como vemos a continuación.

A) *Código Civil de Cataluña, Libro Segundo*

Mucho se ha hablado de la Ley de Cataluña en cuanto a su adopción de la custodia compartida como preferente, lo que no es cierto en absoluto, pese a las noticias aparecidas en prensa (*El País.com* en 22 de julio de 2010, y *Publico.es* el 21 de julio de 2010), y a las decisiones judiciales con apoyo en el proyecto.

La extensa regulación del Código Civil Catalán en la materia establece la corresponsabilidad total de los padres en relación con los hijos después de la nulidad, divorcio o separación y especifica en artículo 233.8-1: «En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente». Se pudiera deducir de aquí el deseo del legislador catalán de que se aplique la custodia compartida y por ello las expresiones «compartido» y «conjuntamente», pero no

debemos olvidar que estamos en un artículo titulado «*Responsabilidad parental*» y no de custodia. Esta responsabilidad supone la participación de ambos, coparentalidad, en las actividades del hijo, eventos sociales, educativas, religiosas, decisiones sobre educación, viajes, salud, etc. Todo ello es mayor que la simple custodia.

En nada puede aplicarse esta regulación a la custodia porque el artículo 233.10 está titulado «Ejercicio de la guarda» y dice: «La autoridad judicial, si no hay acuerdo o si éste no ha sido aprobado, ha de determinar la manera de ejercer la guarda, atendándose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de manera individual si conviene más al interés del hijo». Luego, si estamos hablando del criterio del legislador sobre la guarda hemos de ver este artículo para saber lo que dice al respecto. De su lectura se evidencia tres conclusiones:

1. Que no hay una preferencia por ninguno de los sistemas de custodia y que la guarda del menor pertenece a la responsabilidad de ambos progenitores por igual, «conjunta».
2. En los artículos que venimos comentando hemos visto repetido, «conjunta», «compartida» y «conjuntamente». El legislador parece percibirse como si quisiera el de que la custodia fuera compartida o que ésta fuera de su preferencia, de ahí como cierra el párrafo: «*puede ser individual*».
3. El deseo y voluntad del legislador es claro, no establecer un modelo de guarda al juez, porque éste ha de decidir siempre en interés del menor, cada familia es un mundo, tiene una realidad diferente, es distinta. Si se establece un régimen como preferente se estará legislando en contra de un grupo de familias con características determinadas.

B) Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres de Aragón

Esta Ley ha tenido gran predicamento en la prensa y medios de comunicación social en general a nivel nacional, anunciando su debate en las Cortes, su aprobación y su entrada en vigor como si un acontecimiento de suma trascendencia se tratase. Las noticias siempre han sido en el sentido de la existencia de una ley pionera, reguladora de la custodia compartida preferente. A falta de acuerdo de las partes el juez otorgaría la custodia compartida a los padres sobre los hijos menores, se proponía.

La primera nota a destacar de la lectura de la Ley es que se da el nombre a la custodia como compartida, siendo en realidad regulada la de una custodia alterna.

La Ley menciona expresamente, artículo 6.2, «El juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores». Consideramos que la frase lleva implícita la contradicción, si la decisión es en interés del menor, puede ser compartida o no, pues será de aquel modo en que tal interés esté mejor protegido. El legislador, que persigue un interés, pero no es tonto, no cierra ahí el artículo, sino que continúa: «salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones parentales que deberá presentar cada uno de los progenitores». Luego, el mandato legal al juez no es la custodia compartida preferente, la preferencia es el interés del menor. De la lectura total del artículo, ambos entrecomillados seguidos, se llega a la conclusión de que el Juez ha de tomar una

decisión sobre la custodia de los hijos y esa decisión ha de ser la de custodia compartida o individual y de entre ambos, por cuál ha de decidir: por la más conveniente para el menor.

Pero es más, el legislador en el apartado 5 del mismo artículo 6 afirma: «La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor». Lo mismo se puede decir a la inversa y lo mismo sería si no se dijera nada, porque el Juez no va a decidir sobre lo que pida una u otra parte, sino sobre lo que sea más conveniente y de interés para los hijos, por tanto, si por una parte se le pide una la custodia compartida y la otra se opone pidiendo la monoparental, él adoptará la decisión más conveniente para los menores.

Se le podrían poner muchas más objeciones a la Ley y a su exposición, pero a tenor de las líneas anteriores nos acude una pregunta: ¿Si es el Juez el que decide y tal decisión ha de ser la más conveniente para el menor, cuál ha sido la causa de insistir tanto en resaltar el término preferente?

- a) El legislador sabe que la custodia compartida no es una solución a aplicar de modo regular en los casos de crisis matrimonial, de ahí que en el párrafo cuarto del apartado VI de la Exposición de Motivos se indique la libertad del juez para decidir razonadamente en cada caso concreto, pero como su finalidad es imponer un cambio social a golpe de boletín oficial, la misma Exposición, último párrafo del apartado III, afirma que «la Ley quiere contribuir a avanzar en la igualdad sociológica». Yo creía que era lo contrario, era la sociedad la que empujaba al legislativo, era la realidad social la que imponía o demandaba la regulación de determinadas circunstancias. Cuando a la sociedad se la ha de educar a golpe de boletín oficial, consideramos se ha estropeado la brújula, ya no marca el norte.
- b) La utilización subjetiva del boletín oficial aparece también en el punto III, párrafo siete, de la Exposición de Motivos: «La custodia compartida se acepta mayoritariamente como un sistema progresista». Montados en el carro de la progresía es bueno todo aquello que quite, cambie o modifique lo existente. Menos mal que los hijos nacen como bebés y van creciendo desde la debilidad, necesitados de protección, la que recibirán de la custodia compartida o monoparental, según proceda en cada caso, pero difícilmente de la alterna.

C) La preferencia y la realidad social

1. Uno de los criterios para discernir sobre la conveniencia de la custodia compartida es la vinculación y corresponsabilidad previa a la separación con los hijos. La estadística nos da un dato para ilustrarnos, el de los padres excedentes de su trabajo por razón de nacimiento de hijo: es un 3,6%. El restante 96,4% ha optado —de acuerdo posiblemente con su consorte— por continuar trabajando. La custodia alterna preferente va en contra de la realidad social y si esa realidad es en la que se desarrolla el menor, va en contra del interés preferente del menor. Es imponerle vivir de un modo contrario al normal de su sociedad. Es como si le vamos cambiando el oxígeno que respira por mayor dosis de anhídrido carbónico. Es posible que no muera, pero sí es seguro que se daña su salud.

2. No es admisible la aseveración realizada por determinados defensores de la custodia compartida en el sentido de culpar a los jueces, las madres, el sistema, etc., de que:

Les roban los hijos, no los ven, todos somos iguales, los padres y las madres y por tanto han de tener el mismo tiempo a los hijos. No podemos aceptarlo por dos razones de hecho y sobre los hechos se ha de aplicar el derecho:

I. La madre es lógico que tenga en custodia a los hijos en más ocasiones que el padre, no olvidemos la implicación de la madre en la vida del hijo desde su concepción. La madre tiene al niño durante nueve meses, en los que se ha alimentado de ella directamente, la ha escuchado, ha sufrido, se ha alegrado por toda la vida de la madre, el estrés, las enfermedades, los eventos festivos, los tristes, etc. En el momento del nacimiento la madre le lleva al padre un adelanto o ventaja de nueve meses en la existencia del hijo y, es más, el padre será para el hijo quién diga la madre. Al nacer el hijo sólo conoce a la madre, todos hasta el momento de nacer sólo conocíamos a nuestra madre por su voz. La implicación de la madre en la vida del niño habitualmente siempre será mayor, tiene conquistado el afecto del hijo sin hacer nada, el padre lo tiene por conquistar y, es más, lo conquistará según la madre colabore. Pero esto no es ni bueno ni malo, es así por la propia naturaleza. Si el interés preferente del menor está directamente relacionado con su estabilidad, no cabe duda de su mejor logro con la madre, sobre todo en los primeros años de vida —unos dicen cuatro, otros seis y los hay que hasta siete—, de ahí el mayor número de custodias a favor de las madres que de los padres y una vez alcanzada la edad para ser oídos también es problemático el cambio de custodia, salvo la opinión o decisión de los hijos, porque las vinculaciones mayores se han creado con la madre.

En lo anterior encuentra su razón de ser la afirmación de Montse FERNÁNDEZ-GARRIDO: «la actual distribución de los roles familiares. Todavía hoy, en la organización de las familias, las mujeres soportan mayoritariamente el peso de la crianza de los hijos y por tanto son ellas las que, mayoritariamente, asumen el cuidado». Consideramos que se hace necesario en nuestra sociedad una reflexión, desde la óptica del bien social y del interés del menor, sobre qué es mejor para ambos, que la mujer continúe perdiendo este rol o que recupere el campo perdido, porque lo que es cierto, aunque algunas manifiesten que les molesta, es que la matriz la tiene la mujer y el niño la necesita para desarrollarse hasta nacer.

II. La falta de ver a los hijos por no ser la custodia compartida es otra motivación carente de razón y, diría más, justificadora por sí misma de la inoportunidad de este tipo de custodia. Fines de semana alternos, vacaciones por mitad y dos tardes en semana, desde la salida del colegio hasta las 20 o 21 horas, según edad y estación, posibilita a todo padre estar con sus hijos tanto tiempo como a la madre. Cuando no se acepta este tipo de custodia o no se está con los hijos teniendo la posibilidad, es, en muchos casos, no querer el bien del menor, sino el propio. La petición de la compartida es sólo el medio de inquietar a la madre, sin importar o sin tener capacidad para que importe la repercusión en los hijos.

3. Se aprobó por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, persiguiendo como fin esencial el interés superior del menor, a tenor de su artículo 2, «El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño», en la promulgación de la legislación de los países miembros.

La defensa del interés superior del menor lleva a la Declaración a hacer una alusión específica a la madre, por estar la salud de uno vinculada o dependiente de la de la otra, de aquí que los cuidados sanitarios los proclame el artículo 4 para ambos, madre e hijo.

El artículo 6 viene a confirmar la conveniencia de que sean sus padres, ambos, bajo el amparo y responsabilidad en que crezca el niño, y vuelve a hacer una alusión especial a la madre, «salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre». Cuál sea la corta edad no viene recogido en la resolución aludida.

La realidad social y vital de los hijos está muy lejos de poder asumir la preferencia en la custodia alterna como una respuesta adecuada. La jurídica no debería ir en contra.

4. La preferencia es indudablemente un riesgo, porque es unánime la preferencia del interés del menor, *favor filii*. Algunos, como en la SAP de Valencia de 13 de julio de 2010, lo dicen dos veces, casi con las mismas palabras. Fundamento de Derecho primero: «es principio elemental, necesario e indeclinablemente inspirador..., el de que su interés ha de prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que el principio *favor filii* ha sido elevado a principio ... con el constitucional de protección integral de los hijos (artículo 39.2 de la CE)» y en el tercero: «Antes de abordar el problema, conviene resaltar el norte que ha de inspirar cualquier decisión sobre las medidas relativas al cuidado de los hijos, (...) inspiradas por el principio, elevado a rango constitucional (artículo 39 CE), del *favor filii*, 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 sus progenitores».

Este riesgo no lo es sólo cuando la legislación así lo expresa, sino también la preferencia alcanza a la decisión judicial o al informe pericial. Porque no basta con mencionar el *favor filii* hasta la reiteración, si después en la misma sentencia, como hemos dicho en otra parte, se ha de procurar por la Sala que los progenitores no tengan contacto.

III. COMENTARIOS A LA STS DE 1 DE OCTUBRE DE 2010

La Sentencia de 1 de octubre de 2010 no está lejos de esta línea a nuestro criterio. Alude a la custodia compartida cuando realmente está reconociéndose una custodia alterna, «Se acordó el sistema de guarda y custodia compartida del hijo menor, mensual alternativa, con el sistema de visitas», pero mantiene la excepcionalidad de este régimen, el de custodia alterna cuando no hay acuerdo y «cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el párrafo 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a “la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia”».

Recuerda la sentencia argumentos anteriores para la concesión de la custodia alterna, mal llamada compartida —insistimos—, tanto los de la Sentencia de 8 de octubre de 2009 recogiendo los criterios de concesión de derecho comparado, como los de la Sentencia de 10 de octubre de 2009, que enuncia: «los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas

que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven».

A estos criterios les precede el, para nosotros, esencial: «la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales». Esta práctica no debe venir referida al período inmediatamente anterior a la comparecencia en el Juzgado, ni incluso al tiempo de crisis matrimonial precedente a la decisión unilateral o común de separación, sino al tiempo de vida «normal» de la pareja. No podemos olvidar que la separación de los padres va a producir una interpelación a los hijos, examinándose sobre su culpabilidad en este acontecimiento. El hijo tiende a culparse a sí mismo de cualquier hecho negativo del padre. Para minimizar este sentimiento de los hijos, es conveniente separarlos lo más posible de todo lo que son circunstancias o resultados de la separación, por ello debe estar alejados de la disputa jurídica y económica. También ha de verse alejado de los traslados y desplazamientos que comporta la separación y ello abarca la atención recibida de los padres en el modo en que antes lo hacía y en la ocupación del domicilio y entorno tenido anteriormente. Estos objetivos se cubrirán teniendo presente la historia precedente entre padres e hijos.

A la vista de la sentencia, creemos necesario aludir y destacar dos extremos a tener en cuenta al tomar una decisión, con tan elevada repercusión en los menores, como es la custodia:

1. La pericia psicosocial. Es evidente que se ha de tener en cuenta el informe pericial para decidir sobre los menores, pero éste ha de ser examinado extrayendo de él los criterios objetivos utilizados y las circunstancias que obran en las actuaciones y que no son objeto del informe.

El contenido del informe debe ser filtrado por los criterios jurídicos, sin olvidar la corriente existente entre los psicólogos en el momento presente a favor de la custodia compartida, anatemizando a quien opine en otro sentido. Hace breves días asistí a unas jornadas de un Colegio de Psicólogos sobre la custodia compartida. Todas las manifestaciones fueron a favor de esta custodia, habiendo sólo tímidas alusiones que ponían en duda su aplicación generalizada o preferente. Éstas fueron siempre subsumidas por la corriente mayoritaria. Ahora bien, los mayores aplausos fueron a las manifestaciones algo críticas con la custodia compartida.

2. El tiempo que media entre las decisiones judiciales. Todos somos conscientes de la lentitud de la justicia y las dificultades para corregirla, pero en estos supuestos o se remedia o, por muy ajustada que sea la sentencia, puede carecer de validez alguna para los menores. Nos sirve de ejemplo la que comentamos. El hijo nació el 12 de junio de 1999, la separación judicial, con la custodia para la madre aconteció el 7 de octubre de 2002, cuando tenía 3 años y el divorcio se produce el 26 de junio de 2006 atribuyendo la custodia compartida a sus 7 años. En esta situación sólo permanece seis meses, hasta el 15 de enero de 2007, que se dicta sentencia en el Recurso de Apelación. Cuando se vuelve a la custodia compartida por la decisión del TS tiene ya 11 años, debería ser oído, pero no conozco trámite que lo permita en casación. Muy justa la sentencia con el código en la mano, pero ¿y para el menor?

IV. CONCLUSIÓN

Con estas breves reflexiones hemos querido participar en una cuestión que entendemos de palpitable actualidad; como ha ocurrido en Aragón, merodea el riesgo de primar el ser progresista e influir en la sociedad con el poder de disponer del boletín oficial, sobre lo realmente primordial, los menores y su formación integral, que debieran estar por encima de cualquier viento de doctrina, ideas o intereses.

Quizá esté uno de los mayores peligros de esa situación en dejarse arrastrar por el deseo de dar solución a la tragedia de los menores cuando sus progenitores terminan con la convivencia. Conscientes del mal implícito en la ruptura, los profesionales llamados a decidir y coadyuvar a la decisión, jueces, secretarios, psicólogos, abogados, están considerando una solución en la custodia alterna, olvidando la estabilidad del menor, porque no es contraria a la participación y colaboración en la formación integral del menor la custodia monoparental, cuando en un régimen de fines de semana alternos y dos días entre semana divide el tiempo de estancia con el hijo y no se altera su estabilidad, ni se le hace «cómplice» de la división, abandonando su domicilio en el mismo modo que lo hacen los padres.

Siendo todo lo anterior opiniones, creemos existe un extremo indubitado, como es que cada caso es único y cada hijo también, por ello cualquier medida legislativa que imponga o prefiera un determinado modo de custodia ha de ser considerada perniciosa.

ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN CASOS DE EMERGENCIA. CASO DE HAITÍ

ALMUDENA OLAGÚBEL

*Educación y Derechos de Infancia
UNICEF España*

Recientemente hemos asistido a un nuevo debate sobre la adopción internacional en casos de emergencia, después de ver las consecuencias del terremoto que asoló Haití el pasado mes de enero. Las noticias que llegaban de los niños víctimas del terremoto generaron una corriente de opinión que presionaba por sacarles de allí con celeridad, y numerosos particulares y organizaciones de diferentes países ofrecían acoger de forma temporal o permanente a niños necesitados de protección. Mientras las organizaciones no gubernamentales y las agencias de Naciones Unidas que estaban trabajando en la emergencia llamaban a la calma y explicaban los pasos necesarios para reunificar a las familias, varios países de la OCDE fletaron vuelos con grupos de niños a bordo, e incluso desde algunos ámbitos oficiales se estudió la posibilidad de abrir proyectos de acogimiento de emergencia.

Las imágenes y noticias de niños solos trasladan la idea de caos; sin embargo, un repaso a la normativa, tanto nacional como internacional, así como a las recomendaciones de diferentes organismos que trabajan en emergencias, nos permite constatar que la forma en la que se debe actuar está perfectamente regulada, y contrastada a través de la experiencia.

España es el segundo país del mundo con el mayor número de adopciones internacionales (después de Estados Unidos), y ocupa también el segundo lugar en número de adopciones internacionales por cada 100.000 habitantes (detrás de Noruega). Según cifras oficiales, en el año 2008 fueron 3.156 niños los niños adoptados en el extranjero por familias españolas.

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, es la norma aplicable en esta materia, y, como establece en su Exposición de Motivos, es una Ley que «conjuga los principios y valores de nuestra Constitución con las disposiciones de los instrumentos internacionales en materia de adopción que son parte de nuestro ordenamiento jurídico». Entre estas disposiciones internacionales se encuentran la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, la Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños (Resolución de la Asamblea General 41/1985, de 3 de diciembre de 1986), y el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993. Precisamente este Convenio se promulgó ante la ausencia de normas reguladoras y mecanismos de supervisión en algunos países de origen, y por las posibilidades de lucro que se daban en el ámbito de las adopciones internacionales. Estas posibilidades habían alentado el crecimiento de una industria en la que se daba

prioridad a los beneficios materiales en desmedro del interés superior de los niños, siendo frecuentes el secuestro y la venta de niños y niñas, la intimidación de los padres y el pago de sobornos.

Así, en aplicación de nuestra Constitución y del ordenamiento internacional, la legislación española vela por que las adopciones internacionales se realicen, ante todo, en interés superior del niño y con respeto a sus derechos.

Precisamente el respeto a esos derechos y al interés superior del adoptando redunda en unos requisitos y plazos que a menudo se interpretan como simple burocracia innecesaria, cuando realmente son parte de un procedimiento imprescindible para garantizar la seguridad jurídica y el interés superior del menor.

Sin embargo, ante situaciones de catástrofe natural o de conflictos bélicos, puede llegar a pensarse que estos requisitos deberían «rebajarse», y facilitar así la adopción o el acogimiento de los menores de edad, bajo el amparo de una supuesta vida mejor en algún país desarrollado. Esto puede explicarse en parte por el mismo carácter de urgencia que impregna a las actuaciones que se ponen en marcha (dotación de agua potable, alimentos, refugio, etc.), en las que prima la necesidad de ser ágiles y efectivos.

Por el contrario, la normativa internacional, y, por ende, la española, es mucho más estricta en estos casos. Naciones Unidas establece un plazo mínimo de dos años —desde la catástrofe o el final del conflicto armado— para reiniciar esta medida de protección, afirmando que la adopción siempre ha de ser subsidiaria a otras medidas de atención a la infancia que se puedan ofrecer desde el propio país. Y la Ley de Adopción Internacional española establece en su artículo 4 las circunstancias que impiden o condicionan la adopción, y determina que no se tramitarán solicitudes de adopción: «a) Cuando el país en que el menor adoptando tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural».

Las razones son fáciles de comprender: en estas situaciones no es posible verificar que todos los requisitos necesarios para proceder a una adopción sean respetados —la búsqueda y reunificación de niños y sus familiares puede durar muchos meses—, y sacar a un niño de su entorno después de haber vivido una situación traumática se ha probado más perjudicial que beneficioso.

Volviendo al caso concreto de Haití, ya en las Observaciones Finales del año 2003 que el país recibía del Comité de los Derechos del Niño (órgano que vela por la observancia de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño) este Comité expresaba su preocupación por: «el gran número de niños que están separados de sus padres», «el aumento de la adopción internacional sin que se disponga de un mecanismo adecuado de vigilancia», «el número cada vez mayor de niños de la calle (...) y que algunos de ellos hayan desaparecido» y «la elevada incidencia de la trata de niños de Haití a la República Dominicana». Por su parte, estimaciones de UNICEF indicaban que unos dos mil menores de edad haitianos eran objeto de tráfico anualmente.

Como vemos, ni en momentos de estabilidad se podía asegurar un riguroso cumplimiento de los procedimientos de adopción internacional; de hecho, España había suspendido las adopciones con este país en julio de 2007, debido a la falta de garantías sobre la identidad de los menores y sobre la integridad de las instituciones implicadas.

Después del terremoto, algunos países que estaban tramitando adopciones con Haití decidieron suspenderlas, por la incapacidad de las autoridades haitianas en aquel momento de seguir los procedimientos solicitados. Ante las dudas y las reclamaciones que pedían mayor celeridad para los casos de adopciones ya iniciadas, el Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño Privado de Familia (SSI/CIR) aconsejó diferenciar entre los niños y niñas que habían sido declarados adoptables y aquellos para los cuales ya había sido pronunciado un juicio de adopción.

Para los segundos, un traslado hacia sus familias adoptivas se podría considerar sólo bajo ciertas condiciones, como que se comprobara que el expediente del niño estaba completo y que el juicio de adopción había sido efectivamente pronunciado, que la adoptabilidad psico-social del niño (es decir, su capacidad para ser adoptado) fuera evaluada nuevamente tomando en cuenta el traumatismo que pudiera haber afectado al niño, y que las autoridades haitianas estuvieran debidamente informadas y participaran en la finalización de las adopciones en cuestión. Este fue el contexto en el que se culminaron los siete procesos adoptivos que estaban únicamente pendientes de viaje en el caso de España, dado que habían sido iniciados con anterioridad al cierre de las adopciones en 2007.

Por lo que respecta a los niños y niñas que no cumplían estas condiciones, el SSI/CIR desaconsejaba iniciar ningún trámite que permitiera acelerar los procedimientos de adopción.

También se pronunciaba este organismo sobre la posibilidad de tramitar acogimientos temporales en familias, hasta que el país fuera reconstruido (o por lo menos capaz de atender las necesidades de la población) o mientras durara el procedimiento de búsqueda y reunificación: «estos niños se encuentran en una situación de mucho estrés y su repentino traslado hacia un nuevo país y una nueva familia puede crear un importante impacto psicológico cuyas consecuencias son difíciles de evaluar. Según las directrices del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la evacuación de los niños o su colocación temporal en familias extranjeras son traumatizantes. Este trastorno agrava los traumatismos que los niños ya están sufriendo».

La única razón justificable para trasladar a los niños a otros países sería con el objetivo de recibir atención médica que no pudieran recibir en su país, y siempre acompañados de un cuidador que ellos conocieran.

Las numerosas historias sobre reunificaciones que vamos conociendo a lo largo de los meses, así como sobre la reanudación de los sistemas de salud y educación (que suponen un inicio de vuelta a la normalidad para la infancia haitiana), siguen justificando todas estas cautelas.

BIBLIOGRAFÍA

- Web. FAMUR. Familias adoptantes de Murcia <<http://famur-volveracasa.blogspot.com/2010/01/terremoto-en-haiti-adopciones.html>>.
- «La adopción internacional se complica». *Revista Escritura Pública*, n.º 62.
- Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 <http://www.unicef.es/derechos/docs/CDN_06.pdf>.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (BOE del 29).

Revista de

Derecho de Familia

**PUBLICACIONES, NOTICIAS
Y DATOS DE INTERÉS**

Recensión a la monografía: DELGADO DEL RÍO, GREGORIO.
La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente.

Civitas, Cizur Menor, 2010, 391 páginas. ISBN: 978-84-470-3532-8

ALEJANDRO TORRES GUTIÉRREZ

Catedrático de Universidad
Departamento de Derecho Público
Universidad Pública de Navarra

Escrito en un lenguaje claro, directo y *sin pelos en la lengua*, por un autor que nunca se ha visto precisamente bajo el yugo de la *dictadura* de lo *políticamente correcto*, el libro que analizamos en este comentario, que lleva por título *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, obra del Profesor Gregorio DELGADO DEL RÍO, trata de aportar luz sobre el espinoso tema de a quién atribuir la custodia de los hijos en los casos de ruptura de la relación conyugal.

Al darse en él la circunstancia de ser un profundo conocedor del derecho de familia por coincidir en su persona la doble circunstancia de ser poseedor de una dilatada experiencia docente como catedrático de universidad, y abogado ante los tribunales, y no estar el autor sujeto ni a la *tiranía* (me atrevería añadir que ni siquiera al *temor reverencial*), por dicha *corrección política*, tenemos como resultado que surge ante nosotros una monografía llena de sugerencias, apegada a la realidad de los problemas de cada día, y que desmitifica muchos de los falsos dogmas imperantes en ciertos sectores ideológicos de nuestra sociedad, entre ellos la verdad que *se esconde* en el trasfondo de las decisiones jurisprudenciales dictadas al amparo de una legalidad imperante, que inspirada en un feminismo extraviado, da lugar a decisiones no necesariamente satisfactorias a los problemas que hay que resolver en el momento de ruptura de la relación conyugal, especialmente a la hora de decidir la custodia de los hijos menores de edad e incapaces, que son precisamente la parte más débil del conflicto, y de definir la posición del padre respecto de sus hijos.

Escrito con trazos impresionistas, así como con un cierto sarcasmo e ironía (esa *sombra* especial que proyectan las personas inteligentes), el mensaje que se transmite en este estudio debe intentar ser captado prescindiendo de un análisis literal de las expresiones utilizadas por el autor, ciñéndonos a la esencia de las ideas que se nos desea transmitir, intentando huir de una eventual aceptación *acrítica* de la *verdad oficial* eventualmente transmitida a través del derecho positivo y de las decisiones judiciales.

La actitud del estudioso del derecho ante este problema, como muy bien se encarga de resaltar el Profesor DELGADO DEL RÍO, puede consistir simplemente en *mirar para otro lado*, e ignorar el problema, sobre la fácil disculpa de quien pudiera afirmar que la *Justicia ya se ha pronunciado*, una manera sencilla de lavarse las manos (y resolver eventuales *remordimientos de conciencia*), pero que no por ello resuelve el problema, desde el momento

en que ni *hay cosa peor que la realidad que se ignora, ni los hechos dejan de existir porque se los ignore*, como el autor se encarga de reiterar en su monografía.

La obra se divide en tres partes. La primera de ellas se dedica a un planteamiento general del problema, la segunda al estudio detallado de la normativa vigente y de la jurisprudencia recaída al respecto, y la última pone de relieve las paradojas sobre la guarda compartida.

El autor comienza poniendo en solfa lo que él denomina como la *falacia del igualitarismo*, que a partir de una aplicación sesgada del principio de igualdad desde trasnochadas posiciones feministas, supuestamente progresistas, una serie de políticas centradas únicamente en la perspectiva de la *discriminación positiva* a favor de la mujer, acaban por vaciar de contenido el citado principio de igualdad desde el punto de vista del varón. Para ello se parte de la toma en consideración de los cambios sociales recientemente operados, en que la mujer ha dejado de ser *reina* (y *esclava, sic*) de la casa, para incorporarse al mundo laboral y profesional, obligando a una necesaria redefinición del reparto de los roles y tareas en el seno de la pareja, lo cual tiene como corolario una mayor implicación del varón en funciones que en tiempos pretéritos descansaban exclusivamente sobre los hombros de la mujer, y es que si ésta ha aceptado (faltaría más), entrar en el mundo competitivo del varón, habrá que deducir (entiende el autor), que desde este punto de vista le afectan las mismas limitaciones que al varón a la hora de organizar la guarda y atención de los hijos, de modo que si el esposo *comparte* las responsabilidades domésticas, y el cuidado de los hijos, cuando haya que decidir sobre la guarda de aquéllos, lógico sería buscar una cierta *coherencia*, prescindiendo de ciertos argumentos al uso.

La definición de este nuevo modelo de pareja, obliga a poner en entredicho ciertos *usos y prácticas de la llamada corrección femenina ... con respecto a los roles familiares*, y ello va a ser así no sólo respecto a la convivencia, sino también cuando ésta ya se ha roto. Llama la atención la aguda ironía que utiliza el Profesor DELGADO DEL RÍO cuando pone de manifiesto la paradójica contradicción de ciertos sectores *feministas* que *denuncian* cómo la dedicación de la mujer al trabajo doméstico supone un obstáculo para su promoción, pero a la vez se resisten *numantamente* a compartir el cuidado de los hijos, cuando la pareja se rompe.

No menos atinada es la denuncia que se hace del mito en virtud del cual ciertas madres consideran a los hijos como *suyos*, especialmente durante la fase de *negociación* de las condiciones económicas del Convenio de familia, o mientras se celebra el correspondiente juicio. Al ser *suyos*, hacen con ellos lo que estiman oportuno, *utilizándolos* a su servicio, y convirtiéndolos en objeto de *chantaje* afectivo y en *instrumento* de presión, llegando incluso a recurrir a su manipulación, enfrentándolos contra sus padres, al aprovechar esta oportunidad para pasar *supuestas facturas del pasado*, justificando todo ello en el amor que se dice profesar a los hijos.

El autor pone todo su énfasis en la necesidad de escuchar a ambos cónyuges, así como a los hijos, si tuvieran edad para ello, antes de resolver el problema de a quién atribuir la guarda y custodia de los hijos, tratando de conocer a fondo la idoneidad de cada uno de los cónyuges, a partir de un posicionamiento neutral y ponderado por parte de quien tiene que resolver este difícil dilema, que debe necesariamente tratar de superar eventuales tentaciones —tal vez nada *infrecuentes*— de *cosificación* de los hijos.

Ciertamente, las *coordenadas* de situación en los procesos de familia deberían partir de considerar que el *interés preferente a proteger y tutelar* es el de *los hijos*, y no el de *sus padres*. Lo cual puede suponer decir *mucho*, y a la vez no decir *nada*, es decir, el interés preferente de los hijos se puede tutelar de muy diversas formas, que no tienen por qué identificarse con lo más cómodo, y supone desde luego realizar un esfuerzo por desprenderse de eventuales tentaciones *hipócritas, egoístas, irresponsables e instrumentalistas*, cuyo corolario sea la desprotección efectiva de los hijos.

Llama la atención la esquemática síntesis que el autor hace de las posiciones enfrentadas, sobre la tutela compartida, en la página 66 de la obra. Se trata en resumen de dos posiciones contrapuestas, la primera sería la de los *padres* (masculino plural), firmes partidarios de la guarda y custodia compartida, pues ello debilita las exigencias económicas de la *mujer y madre* en lo relativo a la reivindicación de alimentos para los hijos y el uso de la que fuera vivienda conyugal, en contraposición con la segunda de las tesis, sostenida por lo que se califica como *feminismo militante, sic*, que se opondría a la misma porque supone una pérdida de poder económico en lo relativo a alimentos y uso de la vivienda conyugal. Aunque por *esquemático*, no pueda faltar quien critique este escenario como algo *reduccionista*, no es menos cierto que pone de manifiesto a las claras una serie de *pulsiones* socialmente existentes (sería cínico negarlas), que quizá tienen muy poco que ver con el amor a los hijos y su tan *cacareado* bienestar, y bastante más con el *vil y obsceno amor al dinero* y el deseo de pasar al otro la *factura de la venganza*.

El ejercicio de la guarda y custodia de los hijos, conforme al modelo legalmente vigente en España, se organizará del modo siguiente, conforme al artículo 92 del CC:

- 1) Individualmente por uno de los progenitores, bien por haber sido acordado por los cónyuges en la propuesta inicial de Convenio regulador o en el transcurso del procedimiento correspondiente, bien porque así lo haya establecido el juez en el procedimiento conflictivo correspondiente.
- 2) Por ambas padres de modo alternativo, (guarda y custodia compartida), por haber sido acordado por los cónyuges en la propuesta inicial de Convenio regulador o en el transcurso del procedimiento correspondiente.
- 3) Por ambos padres de modo alternativo (guarda y custodia compartida), por ser acordado *excepcionalmente* por el juez, a instancia de uno de los cónyuges, con informe favorable del Ministerio Fiscal, siempre que se fundamente que sólo de esta forma se protege de modo adecuado el interés superior del menor.

Frente a este marco legal, el Profesor DELGADO DEL RÍO despliega una amplia *artillería* de críticas, que podemos sintetizar en los siguientes argumentos:

1. No se desarrollan las *potencialidades* buscadas con la reforma.

La solución no es ni la única posible, ni la más ajustada a principios como el de intervención mínima del juez en caso de acuerdo de los cónyuges, corresponsabilidad e implicación conjunta de los progenitores en el cuidado y educación de los hijos, libertad de decisión de los padres respecto al ejercicio de la patria potestad de los hijos, o protección máxima del interés superior de los hijos.

2. Se renunció a *posibilitar lo imposible*.

Es decir, si lo que se pretendía era reforzar la *libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad*, y la realización del principio de *corresponsabilidad* en su ejercicio, no se entiende cómo no se prefirió extender al máximo la aplicabilidad de la tutela compartida, que hasta ese momento había venido siendo estadísticamente anecdótica, introduciéndose el término *excepcionalmente* en el artículo 92.8 del CC a la hora de optar por la guarda y custodia compartida, para aquellos casos en los que ésta no se hubiera acordado de mutuo acuerdo, sino que se hubiera de aplicar a instancias de uno solo de los cónyuges. Una solución indeseada, imputable en palabras del autor, a la presión ejercida por el *feminismo militante en los aledaños del Partido que sustenta al gobierno socialista*.

3. Se impusieron las *equivalencias de género*.

Es decir, por muy contradictorio que parezca, lo que vino a ocurrir es que se busca un cierto automatismo en la atribución a la mujer de la guarda y custodia de los hijos, en base a los tradicionales papeles del hombre y la mujer en la familia, que el feminismo *tan intensamente dice combatir y rechazar*.

La existencia de una tendencia a un cierto automatismo a la hora de atribuir a la mujer la guarda y custodia de los hijos a la mujer, por parte de los jueces, es de muy difícil justificación desde el punto de vista de la necesidad de buscar el mayor beneficio e interés de los hijos. Ante este panorama, fuertemente influenciado con frecuencia sobre la base de lo *femeninamente correcto*, en opinión del autor, el acierto de la decisión sobre la guarda de los hijos deviene una *especie de lotería*.

La segunda parte de la monografía se dedica al análisis y sistematización de la normativa vigente y de la jurisprudencia, como anteriormente indicamos. Para ello se comienza haciendo una irónica crítica al legislador por haberse apartado de los principios en los que decía inspirarse en la propia Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio. El Profesor DELGADO DEL RÍO se muestra decepcionado por el hecho de haber lanzado las campanas al vuelo con eso de la custodia compartida, cuando ella se está, *de facto*, limitando prácticamente al previo acuerdo de las partes, y es que el principio de *corresponsabilidad* se actúa más efectivamente cuando ambos progenitores asumen de modo real y efectivo todas las tareas y preocupaciones que conlleva la guarda y cuidado de los hijos, que es paradójicamente lo que predica el *feminismo militante de género* cuando la pareja está unida. ¿Por qué motivo habría que optar por una solución diferente cuando la misma se rompe? ¿Acaso no dice la Exposición de Motivos de la Ley que «... la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad»?

La posición crítica del autor a la realidad legal y jurisprudencial se asienta en un sólido conocimiento de dicha realidad, y del día a día de lo que verdaderamente ocurre en nuestra sociedad. Un ejemplo evidente de ello lo encontramos en la reflexión subjetiva que el autor hace en la página 115 cuando se lamenta de cómo los *hijos pasan por demasiadas manos*, que provoca un *inmisericorde mareo*, que no se justifica en la mayoría de los casos, y además tiene lugar en el contexto traumático de la separación y/o divorcio de los padres, y de no pocas presiones emocionales, a las que pueden someterles éstos. Por ello no es superfluo el aviso a navegantes que se hace sobre eventuales riesgos de *manipulación, utili-*

zación e instrumentalización de los hijos, un escenario que no es previsto por el legislador, pero que en la práctica tiende a reproducirse con frecuencia.

El resultado final de la reforma fue en la práctica la obstaculización al máximo de la guarda y custodia compartida, algo que el autor achaca a las nefastas consecuencias del *feminismo de género*, llegándose a exigir en el artículo 92.8 del CC, la necesidad de informe favorable del Ministerio Fiscal para que se pueda judicialmente aprobar la guarda y custodia compartida a instancia de una sola de las partes, algo de muy dudosa constitucionalidad, máxime cuando dicho requisito sólo se exige en ese supuesto concreto. La solución legal finalmente adoptada presenta serias dudas de ser la más adecuada de cara a una plena realización del interés del menor, que parece ser el principio inspirador de la reforma de nuestro Derecho de familia.

La guarda y custodia compartida queda de este modo configurada de forma excepcional en nuestra jurisprudencia, en base a diversos argumentos, que parten en unos casos de la idea de la imposibilidad de organizar la vida en pareja de modo diferente que con la atribución en exclusiva de ella a uno de los cónyuges, el perjuicio psicológico que podría inferirse al menor, las tensiones que ello genera en la relación entre los progenitores, siendo muy amplia la relación de sentencias citadas en la monografía, una prueba más del carácter concienzudo con que se ha hecho.

La jurisprudencia en la materia hace continuas referencias a los padres, en el sentido de subrayar la necesidad de un contacto *regular y fluido* entre ellos para que la guarda y custodia compartida sea viable. Un criterio que es perfectamente entendible desde la perspectiva del *favor filii*, pero que no debiera pasar por alto la previa pregunta de si es posible o no un desarrollo equilibrado del proceso de maduración personal de los hijos sin una permanente referencia a ambos progenitores, algo que es incuestionable. Es abundantísima la jurisprudencia citada por el autor que hace referencia a la *natural necesidad* de los hijos de comunicación con sus progenitores, aunque no es menos cierto que en muchos pronunciamientos judiciales se entiende que la necesaria referencia a ambos padres queda salvaguardada con el régimen de visitas, algo que es más opinable, mientras que en otros casos se cuestiona la custodia compartida en base a los más diversos argumentos, como el que los cambios periódicos de domicilio contribuyen a la desorientación del menor, o la dificultad de su puesta en práctica cuando la residencia de los padres se encuentra separada por una larga distancia.

Los argumentos a favor y en contra de la guarda compartida son diversos, y a ellos dedica un estudio pormenorizado el Profesor DELGADO DEL RÍO. En su defensa se alega que puede hacer que la ruptura entre los padres sea menos traumática y problemática, contribuyendo a la estabilidad emocional del menor (al atenuar sentimientos como el del miedo al abandono, o el de culpa, negación o suplantación), y al mantenimiento de ambos referentes paternos durante el proceso de crecimiento personal y maduración afectiva del hijo, aportándoles seguridad y confianza, y contribuyendo a una mayor fluidez de las relaciones familiares. Se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres, permitiendo una mejor adaptación al nuevo contexto y reduciendo notablemente el riesgo de manipulación. Posibilita un más adecuado ejercicio de los derechos y obligaciones de los padres respecto de sus hijos, atenuando el sentimiento de pérdida y la desmotivación que se produce con motivo del pago de la pensión alimenticia, y fomenta la corresponsabilidad de ambos padres en la contribución a los gastos de los hijos. Se pro-

duce una equiparación entre los dos progenitores en cuanto a su tiempo libre para su vida personal y profesional, obliga a los padres a cooperar entre sí, pues la guarda compartida les obliga a llegar a acuerdos, lo cual puede ser sin duda un referente muy positivo en la educación de los hijos.

Entre los inconvenientes que señalan los detractores de esta solución cabrían destacar la dificultad de mantener una línea formativa homogénea, generar hábitos de comportamiento y estudio, o identificar los referentes básicos para el desarrollo de la personalidad. A ello habría que añadir el riesgo de inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio, los problemas de integración en los nuevos núcleos familiares que se vayan creando, o las dificultades de comunicación de los padres y de unificación de criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores. Para su éxito se requerirían unas condiciones y circunstancias concurrentes en la situación familiar, en orden a la definición de un proyecto común, comunicación y flexibilidad, que normalmente se encuentran ausentes en estos contextos de conflicto familiar.

La guarda compartida no deja de ser en cierta medida un concepto jurídico indeterminado que precisa ser dotado de contenido. Ésta es entendida, en primer lugar, como una *predisposición psicológica* en el sentido que requiere una actitud por parte del padre y de la madre lo suficientemente madura como para establecer una relación viable entre ellos, a partir del respeto y la colaboración, distribuyendo de modo justo y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos. Una visión maximalista de este principio puede convertirse sin embargo en algo así como *pedir peras al olmo*, especialmente si somos conscientes que estamos ante contextos de ruptura abrupta de una relación interpersonal. Además conlleva, en segundo lugar, la necesidad de un adecuado reparto de tiempos y funciones, que debe partir de la superación de la errónea concepción por parte de algunos padres de considerar a los hijos como una especie de *condominio forzoso*, expresión que, a partir de la jurisprudencia recaída en la materia, utiliza el autor con enorme tino, y que difícilmente puede verse superada para resumir con menos palabras los problemas subyacentes en el fondo del asunto.

Los tribunales suelen hacer referencia a la necesidad de una *capacidad mínima* de los padres para la *cooperación mutua*, como un presupuesto necesario para que la custodia compartida sea eficaz, y no un sistema generador de continuos problemas, que quedan al descubierto en cuanto se analiza la casuística que se manifiesta en la ejecución de las sentencias, y que afecta desde cosas tan nimias como acordar cuál de los cónyuges correrá con los gastos de los regalos de cumpleaños a los que asista el hijo, o el régimen de autorizaciones al mismo para que pueda ir a la biblioteca para preparar las tareas académicas, así como a la necesidad de evitar enfrentamientos y discordias entre los padres a la hora de compatibilizar la guarda y custodia conjunta. La manera de formularse y definirse este requisito en la jurisprudencia es muy variada, y es de agradecer al autor el grado de detalle al que desciende, realizando un estudio pormenorizado de la jurisprudencia, y citando un importante número de sentencias, que pone de manifiesto el rigor del trabajo realizado.

En ocasiones los tribunales deniegan la guarda compartida, invocando el argumento de la inalterabilidad de las situaciones existentes respecto de los hijos comunes, como presupuesto necesario para su desarrollo equilibrado. Para ello se formulan argumentos como el de la no alteración del *statu quo* de adaptación plena del menor a una determinada situación, la necesidad de conservar la tranquilidad y el equilibrio (*estabilidad*), la falta de

prueba de una alteración de las circunstancias que eventualmente pudiera justificar un cambio en la situación previa de guarda por un progenitor, e incluso el mantenimiento de los roles tradicionales, de modo que si los hijos habían sido cuidados hasta el momento de la ruptura por la madre, no cabría modificar la situación a raíz de la separación o divorcio.

Otro de los argumentos citados por los tribunales de cara a no conceder la custodia compartida es que los hijos necesitan una *referencia estabilizadora*, a la que supuestamente no contribuiría el continuo trasiego semanal o mensual de los hijos de la casa de uno de los padres a la del otro, de modo que los tribunales prefieren otorgar la custodia a uno de los progenitores y, simultáneamente, reconocer un más o menos amplio régimen de visitas al otro.

La conflictividad de los padres se alza como uno de los principales obstáculos para una eventual concesión judicial de la guarda compartida, de modo que una relación problemática entre los padres no se compadece con una guarda compartida. Ciertamente, dicha conflictividad podrá revestir diversos grados de intensidad, pero de hecho representa con frecuencia un obstáculo insalvable, pues impide de hecho una actividad común que se considera esencial en ese sistema de guarda. Las manifestaciones de dichos conflictos quedan perfectamente descritas en la monografía y pueden revestir diversas formulaciones: acusaciones, contiendas judiciales, malos tratos, dificultad para llegar a acuerdos, incomunicación, malas e inadecuadas relaciones, la incapacidad para preservar a los hijos del conflicto conyugal, la no incorporación de pautas educativas comunes y, en general, todo aquello que afecte negativamente a la estabilidad de los hijos. Asimismo, suele valorarse negativamente por parte de los tribunales el que los padres vivan en domicilios distantes entre ellos.

La tercera y última parte de la obra la dedica el autor al análisis de las paradojas sobre la guarda compartida y viene precedida en la página 197 de una nota que supone una carga de profundidad frente a los *apriorismos* de una *ideología de género* dictada desde la *corrección femenina*, *sic*, que es calificada como una *manifestación totalitaria*, que impulsa en muchos casos *verdaderos anversos obscenos*. Los adjetivos empleados son ciertamente de *grosso calibre*, sirviendo de este modo a una más *nítida definición* de las tesis del autor, si es que alguien a estas alturas de la obra aún no las había *intuido*.

Se trata de centrar el punto de mira en la necesidad de tutelar el *interés del menor*, que debe inspirar la forma de atribución a los progenitores de la guarda y custodia, y en general, la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, y el conjunto de las relaciones paterno-filiales. Estamos en presencia de un *principio ordenador* que vincula a todos, tanto a los poderes públicos como a los particulares, y que nos obliga a definir conceptos tan sutiles como el de *estabilidad emocional*, *equilibrio psicológico*, o *formación integral*, términos todos ellos que a su vez deben definirse casuísticamente, para cada situación en concreto. Estamos en el caso de la delimitación de la idea del *interés del menor* ante algo que tiene mucho que ver con realidades personales y subjetivas muy cambiantes, que obliga a analizar pormenorizadamente la voluntad del menor, susceptible de *ser manipulada*, y a la vez *actuar manipuladoramente*.

El Profesor DELGADO DEL RÍO, persona no acostumbrada precisamente a *morderse la lengua*, muestra su perplejidad ante las contradicciones internas que detecta en las recientes reformas de nuestro Derecho de familia, de manera que junto a la tan *aireada*

obligación proclamada en el artículo 68 del CC de *compartir las responsabilidades domésticas*, nos encontramos con que cuando más necesaria es la presencia activa de ambos progenitores (en el contexto de una ruptura de la pareja), se reniega de todo ello. Las palabras de la Juez MARÍA SANAHUJA no dejan de ser esclarecedoras: «Si queremos superar el modelo de la caverna —él caza, ella se ocupa de la prole— crecer profesionalmente y enriquecer a nuestros hijos, la custodia compartida tiene que ser nuestro modelo».

La función exigible a los padres en casos de ruptura de la pareja no debiera variar sustantivamente respecto a la desempeñada anteriormente durante la convivencia normalizada de la pareja, pues dicha ruptura no significa que a los hijos se les tenga que privar del derecho a convivir con ambos padres, pues es un presupuesto básico del buen desarrollo de su personalidad. La ruptura de la convivencia no implica la ruptura de los vínculos familiares, pues la responsabilidad, *común e igualitaria*, continúa.

No deja de resultar paradójica la pomposa alusión que la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, hace al objetivo a conseguir de «hacer posible que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad». Coherentemente con ello se añade que «se pretende reforzar con esta Ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida... Consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso determinará el beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad».

En la práctica de cada día nos encontramos con que las cosas no siempre encajan en ese *idílico* marco *imaginado* por el legislador. Con frecuencia la necesaria referencia a la importancia de la presencia de ambos progenitores en la vida de los menores, suele despacharse con un *sucedáneo*, *sic*, el del régimen de visitas: cuando nuestros tribunales justifican la sustitución de un modelo de guarda compartida por otro de guarda a favor de uno de los progenitores (normalmente la madre), con un más o menos amplio régimen de visitas del otro progenitor (usualmente el padre), y de este modo justifican la atención de las exigencias de la referencia a ambos progenitores. El Profesor DELGADO DEL RÍO nos muestra educadamente su *perplejidad* con esta solución, pues, si no quedó acreditada la idoneidad (generalmente del padre) de uno de los progenitores (denegándose la custodia compartida y optándose por la atribución de la guarda en exclusiva a la madre), o si se entiende acreditada mejor la tutela de los intereses del menor con la guarda en exclusiva a favor de las madres, ¿por qué se otorga entonces al padre un régimen de visitas tan amplio? ¿Acaso un régimen de visitas con dicha amplitud no supone un verdadero trasiego de los menores, excusa que se alega con frecuencia para denegar la custodia compartida? ¿Cuándo los hijos están con su padre en el ejercicio por éste de su derecho de su régimen de visitas, no está ejerciendo la guarda y custodia?

El Profesor DELGADO DEL RÍO no duda en poner el dedo en la llaga cuando sugiere (a riesgo de apagar el *fuego* de esta polémica, con la *gasolina* de su inteligente argumen-

tación) si lo que no deja de estar en el fondo del asunto son cuestiones tan *obscenas*, con perdón, como la pensión alimenticia o la atribución del uso del que fuera domicilio conyugal. Y es que a pesar de la pompa que rodeó la reforma de 2005, y el engañoso *halo*, de lo *femeninamente correcto* (he de reconocer que a estas alturas de mi comentario, me he dejado *cautivar* por la *contagiosa* dialéctica del autor), la configuración real de la guarda compartida como algo excepcional en el artículo 92.8 del CC, hace que salgan a flote las *humanas pasiones*.

La situación actual provoca *de facto* que el padre no custodio, que no convive con sus hijos, vaya perdiendo, aunque sea de modo inconsciente, la percepción de su propia responsabilidad con respecto a sus hijos, lo cual supone, en opinión del autor, *orientar* la relación familiar hacia lo *patológico*, desentendiéndose de la toma de decisiones importantes para la vida de los hijos, en la que o bien no interviene, o lo hace en grado ínfimo, y que son cruciales para el proceso de maduración de los hijos, limitando su papel a las aportaciones económicas que le competan, y poco más.

El autor se decanta por un modelo de guarda compartida y alega como argumentos a favor de su tesis, la posibilidad de disfrutar de ambos padres, evitar sentimientos negativos entre hijos y padres, facilitar una actitud positiva en los hijos, participar en igualdad de condiciones, la superación de dinámicas de dependencia, ofrecer un adecuado modelo educativo y preservar la continuidad y estabilidad de la familia.

De este modo se llega a la conclusión de incidir en la necesidad de profundizar en soluciones que vengan del campo de la mediación y la terapia familiar, huyendo en la medida de lo posible de la *judicialización* de la familia y sus problemas, *humanizando* la justicia familiar.

Para resolver estas cuestiones se precisan fuertes dosis de flexibilidad, huir de viejos prejuicios, captar la realidad familiar, y promover el desarrollo personal y la estabilidad emocional de los hijos, sin incurrir, con este último concepto, en el error de justificar lo injustificable.

Estamos en síntesis ante una obra de madurez, fruto de un conocimiento de la realidad social, y de la praxis de los tribunales, escrita por un autor, como es el Profesor DELGADO DEL RÍO, acostumbrado a huir de la servidumbre de lo políticamente correcto, con la ironía habitual de su inteligente discurso, empleando trazos impresionistas, y cuya lectura, llena de sugerencias, no nos dejará indiferentes, pues induce a la reflexión, y al intercambio de ideas, la misma pluralidad de ideas y la reflexión sobre ellas que hace que la Universidad, al igual que la vida misma, nos resulte tan *entretenida*.

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 |

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (SMI) PARA 2011

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 | | | | | | | | | | |

**TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS
(CUANDO UN SOLO PROGENITOR OBTIENE INGRESOS)**

| Ingresos | 1 hijo | 2 hijos | 3 hijos | 4 hijos |
|-----------------|---------------|----------------|----------------|----------------|
| 800 | 181,6 | 263,3 | 299,6 | 350,5 |
| 875 | 198,6 | 288,0 | 327,7 | 383,3 |
| 950 | 215,7 | 312,7 | 355,8 | 416,2 |
| 1.025 | 232,7 | 337,4 | 383,9 | 449,1 |
| 1.100 | 249,7 | 362,1 | 412,0 | 481,9 |
| 1.175 | 266,7 | 386,8 | 440,1 | 514,8 |
| 1.250 | 283,8 | 411,4 | 468,2 | 547,6 |
| 1.325 | 300,8 | 436,1 | 496,3 | 580,5 |
| 1.400 | 317,8 | 460,8 | 524,4 | 613,4 |
| 1.475 | 334,8 | 485,5 | 552,5 | 646,2 |
| 1.550 | 351,9 | 510,2 | 580,6 | 679,1 |
| 1.625 | 368,9 | 534,9 | 608,6 | 711,9 |
| 1.700 | 385,9 | 559,6 | 636,7 | 744,8 |
| 1.775 | 402,9 | 584,2 | 664,8 | 777,6 |
| 1.850 | 420,0 | 608,9 | 692,9 | 810,5 |
| 1.925 | 437,0 | 633,6 | 721,0 | 843,4 |
| 2.000 | 454,0 | 658,3 | 749,1 | 876,2 |
| 2.075 | 471,0 | 683,0 | 777,2 | 909,1 |
| 2.150 | 488,1 | 707,7 | 805,3 | 941,9 |
| 2.225 | 505,1 | 732,4 | 833,4 | 974,8 |
| 2.300 | 522,1 | 757,0 | 861,5 | 1.007,7 |
| 2.375 | 539,1 | 781,7 | 889,6 | 1.040,5 |
| 2.450 | 556,2 | 806,4 | 917,6 | 1.073,4 |
| 2.525 | 573,2 | 831,1 | 945,7 | 1.106,2 |
| 2.600 | 590,2 | 855,8 | 973,8 | 1.139,1 |
| 2.675 | 607,2 | 880,5 | 1.001,9 | 1.171,9 |
| 2.750 | 624,3 | 905,2 | 1.030,0 | 1.204,8 |
| 2.825 | 641,3 | 929,8 | 1.058,1 | 1.237,7 |
| 2.900 | 658,3 | 954,5 | 1.086,2 | 1.270,5 |
| 2.975 | 675,3 | 979,2 | 1.114,3 | 1.303,4 |
| 3.050 | 692,4 | 1.003,9 | 1.142,4 | 1.336,2 |
| 3.125 | 709,4 | 1.028,6 | 1.107,5 | 1.369,1 |
| 3.200 | 726,4 | 1.053,3 | 1.198,6 | 1.402,0 |
| 3.275 | 743,4 | 1.078,0 | 1.226,7 | 1.434,8 |
| 3.350 | 760,5 | 1.102,7 | 1.254,7 | 1.467,7 |
| 3.425 | 777,5 | 1.127,3 | 1.282,8 | 1.500,5 |

**TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS
(CUANDO EXISTE UN SOLO HIJO Y AMBOS PROGENITORES PERCIBEN INGRESOS)**

| | 900 | 1.050 | 1.200 | 1.350 | 1.500 | 1.650 | 1.800 | 1.950 | 2.100 | 2.250 | 2.400 | 2.550 | 2.700 | 2.850 |
|-------|-----|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| 600 | 190 | 225 | 259 | 293 | 327 | 361 | 395 | 429 | 463 | 497 | 531 | 565 | 599 | 633 |
| 650 | 190 | 224 | 258 | 292 | 326 | 360 | 394 | 428 | 462 | 496 | 530 | 564 | 598 | 632 |
| 700 | 188 | 222 | 257 | 291 | 325 | 359 | 393 | 427 | 461 | 495 | 529 | 563 | 597 | 631 |
| 750 | 187 | 221 | 255 | 289 | 323 | 358 | 392 | 426 | 460 | 494 | 528 | 562 | 596 | 630 |
| 800 | 186 | 220 | 254 | 288 | 322 | 356 | 390 | 424 | 459 | 493 | 527 | 561 | 595 | 629 |
| 850 | 185 | 219 | 253 | 287 | 321 | 355 | 389 | 423 | 457 | 491 | 526 | 560 | 594 | 628 |
| 900 | 184 | 218 | 252 | 286 | 320 | 354 | 388 | 422 | 456 | 490 | 524 | 558 | 592 | 627 |
| 950 | 183 | 217 | 251 | 285 | 319 | 353 | 387 | 421 | 455 | 489 | 523 | 557 | 591 | 625 |
| 1.000 | 182 | 216 | 250 | 284 | 318 | 352 | 386 | 420 | 454 | 488 | 522 | 556 | 590 | 624 |
| 1.050 | 180 | 215 | 249 | 283 | 317 | 351 | 385 | 419 | 453 | 487 | 521 | 555 | 589 | 623 |
| 1.100 | 179 | 213 | 247 | 281 | 316 | 350 | 384 | 418 | 452 | 486 | 520 | 554 | 588 | 622 |
| 1.150 | 178 | 212 | 246 | 280 | 314 | 348 | 382 | 417 | 451 | 485 | 519 | 553 | 587 | 621 |
| 1.200 | 177 | 211 | 245 | 279 | 313 | 347 | 381 | 415 | 449 | 484 | 518 | 552 | 586 | 620 |
| 1.250 | 176 | 210 | 244 | 278 | 312 | 346 | 380 | 414 | 448 | 482 | 516 | 550 | 585 | 619 |
| 1.300 | 175 | 209 | 243 | 277 | 311 | 345 | 379 | 413 | 447 | 481 | 515 | 549 | 583 | 617 |
| 1.350 | 174 | 208 | 242 | 276 | 310 | 344 | 378 | 412 | 446 | 480 | 514 | 548 | 582 | 616 |
| 1.400 | 173 | 207 | 241 | 275 | 309 | 343 | 377 | 411 | 445 | 479 | 513 | 547 | 581 | 615 |
| 1.450 | 171 | 205 | 239 | 274 | 308 | 342 | 376 | 410 | 444 | 478 | 512 | 546 | 580 | 614 |
| 1.500 | 170 | 204 | 238 | 272 | 306 | 341 | 375 | 409 | 443 | 477 | 511 | 545 | 579 | 613 |
| 1.550 | 169 | 203 | 237 | 271 | 305 | 339 | 373 | 407 | 442 | 476 | 510 | 544 | 578 | 612 |
| 1.600 | 168 | 202 | 236 | 270 | 304 | 338 | 372 | 406 | 440 | 474 | 508 | 543 | 577 | 611 |
| 1.650 | 167 | 201 | 235 | 269 | 303 | 337 | 371 | 405 | 439 | 473 | 507 | 541 | 575 | 609 |
| 1.700 | 166 | 200 | 234 | 268 | 302 | 336 | 370 | 404 | 438 | 472 | 506 | 540 | 574 | 608 |

NOTA: Los valores deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos, 1,65 si hay tres hijos y 1,93 si hay cuatro hijos. Los valores de la primera columna corresponden a los ingresos del progenitor custodio, y los valores de la primera fila corresponden a los ingresos de los ingresos del progenitor no custodio.

Revista de

Derecho de Familia

AVANCES JURISPRUDENCIALES

PATRIA POTESTAD

La ausencia absoluta de la prestación de los alimentos a que viene obligado el demandado y la falta de relación paterno-filial desde el año 2005 motiva la privación de la patria potestad del progenitor, debiendo evitarse una súbita aparición del padre para ejercitar el régimen de visitas que conllevaría no pocos problemas al desarrollo de la hija, situación que debe evitarse con esta medida.

[AP Ourense, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2010]

GUARDA Y CUSTODIA

La negativa actitud de la madre en relación a una fluida y adecuada comunicación de los menores con su padre y su negativa repercusión en los mismos, aconsejan atribuir la custodia a aquél ante el riesgo de que la custodia materna incremente el incipiente rechazo que muestran hacia el padre, originando una fisura entre los menores y su padre difícil de superar en el futuro.

[AP Ourense, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2010]

En la medida en que ambos progenitores han pedido para sí la guarda y custodia del menor, el que se acuerde la custodia compartido —a lo que no se ha opuesto el Ministerio Fiscal y se había planteado en el informe psicosocial emitido en el proceso— no supone, en el fondo, una transgresión de las normas legales reguladores de esa materia, sino una acomodación a las circunstancias del caso.

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 9 de diciembre de 2010]

Teniendo en cuenta que los progenitores no residen en la misma ciudad, la custodia compartida resulta inviable, pues obligaría a la menor en las semanas alternas a continuos desplazamientos para asistir al colegio.

[AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 1 de diciembre de 2010]

La mala relación entre los padres, aunque se lleven bien con sus hijos, no aconseja un régimen de custodia compartida.

[AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de noviembre de 2010]

La vivienda presenta un entorno descuidado y peligroso para las niñas y un gran desorden en el interior y las recomendaciones de la intervención del servicio de apoyo con la madre no se cumplen, lo contrario de lo que sucede con el padre, que responde de forma adecuada

a las demandas del equipo de intervención, por lo que se acuerda el cambio de custodia, dado que el padre es capaz de cubrir las necesidades básicas de las niñas, estabilidad de domicilio y de ingresos económicos, habilidades de cuidado y pautas educativas.

[AP Lugo, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de noviembre de 2010]

Pese a que la crisis matrimonial de los progenitores se solventó en el año 2006 con una sentencia de separación por mutuo acuerdo, la prueba revela que es una tortuosa relación del padre con las menores propiciada por la permanente actitud de la madre de entorpecer e interferir el régimen de visitas, por lo que el cambio de custodia acordado por el juzgado ha pretendido dar un giro a las relaciones con el fin de potenciar la relación paterno-filial.

[AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de noviembre de 2010]

Si la madre altera la situación de hecho, cambiando su domicilio, llevándose consigo a su hijo, debe previamente promover la correspondiente modificación de medidas. No es aceptable desde el punto de vista jurídico que primero mude su domicilio, traslade al menor de centro escolar y lugar de residencia y después imponga al otro progenitor la imposibilidad de cumplir el régimen de visitas, en una franca desobediencia a la sentencia.

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 12 de noviembre de 2010]

Descartada la alienación parental, no existe motivo alguno para el cambio de custodia dado que la menor convive con la madre desde la separación, está perfectamente adaptada al núcleo familiar formado por aquélla y su actual marido y es su deseo continuar como hasta ahora, recordándose al padre que debe evitar una litigiosidad innecesaria.

[AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 13 de octubre de 2010]

RÉGIMEN DE VISITAS

Esta Sala ya ha mostrado en varias ocasiones su reticencia a aceptar visitas intersemanales en menores en edad escolar. La práctica diaria acredita que este tipo de visitas interfieren de forma negativa en el rendimiento escolar, pues afectan a las pautas de estudio. Si bien pueden tolerarse, de forma excepcional, en infantes de corta edad y primeros años de escolarización, se muestran como altamente perjudiciales para la buena marcha escolar a partir más o menos de los siete u ocho años.

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2010]

No se impone la obligación de que el régimen de visitas se lleve a efecto con la intervención de los abuelos, ya que ninguna prueba hay que sirva para acreditar que el consumo de alcohol por parte del padre le impida o limite relacionarse de forma normal con su hija menor, pues debe tenerse en cuenta la supervisión por parte del personal del punto de encuentro de la entrega y la recogida de la niña, momento en el que es posible controlar o calibrar el estado y situación del padre.

[AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 9 de diciembre de 2010]

El régimen de visitas queda en suspenso mientras tanto se lleva a cabo una terapia con la menor y el padre para trabajar sobre la relación paterno-filial.

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 15 de noviembre de 2010]

El mero hecho de que el padre trabaje la noche del sábado hasta la madrugada no es motivo para restringir las visitas ya que el menor puede quedar al cuidado de la abuela paterna siendo incluso conveniente la convivencia y relación del menor con otros miembros de la familia de ambos progenitores.

[AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 10 de noviembre de 2010]

Se acuerda un régimen de visitas del padre con los tres hijos los domingos por la tarde, desde las 17 a las 20 horas, en el centro Aloumiño, pues no pueden perderse de vista las medidas adoptadas por la jurisdicción penal para prevenir una situación objetiva de riesgo para los menores, dada la existencia de sospechas de un delito que podía comprometer gravemente la relación del padre con los hijos.

[AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 10 de noviembre de 2010]

Se fija el régimen de visitas en dos tercios del período de las vacaciones escolares de verano de estancia con el padre y un tercio con la madre, ya que ésta, en uso de su libertad de elección de domicilio que nadie discute, optó por dejar Albacete y fijar su residencia en Zaragoza, por lo que la sentencia recurrida explica acertadamente que con el nuevo régimen se garantiza mejor el derecho al contacto entre padre e hija.

[AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 8 de noviembre de 2010]

Las dificultades económicas del padre para realizar los desplazamientos desde Valencia no son argumento para privar al menor de que pueda estar, en principio, con su padre y en los supuestos en que no se posible tal contacto, con la familia del padre, pues también con ese entorno se habrá de integrar la formación personal del niño.

[AP Ciudad Real, Sec. 1.ª, Sentencia de 8 de noviembre de 2010]

El desarrollo del régimen de visitas en el punto de encuentro es la medida actualmente más idónea habida cuenta las circunstancias concurrentes: Reciente separación traumática, riesgo evidente en el menor de verse inmerso en el conflicto existente entre sus padres, constatados intentos por parte del recurrente de instrumentalizar al menor...

[AP Palencia, Sec. 1.ª, Sentencia de 5 de noviembre de 2010]

No podemos atender a la solicitud de supresión del régimen de visitas interesada por ambas partes, ya que debe primar el interés y derecho de la menor a relacionarse con su padre. El hecho de que el padre no haya mostrado interés en visitar a la menor, no supone que no tenga la obligación de hacerlo, tal y como establece el artículo 154 del Código Civil y esta Sala no puede dejar sin efecto tal obligación legal, pues no hay acreditados en la causa motivos de peligro físico o psíquico para la niña.

[AP Soria, Sec. 1.ª, Sentencia de 3 de noviembre de 2010]

No puede atenderse la pretensión de que el régimen de visitas concedido al padre lo disfrute la abuela paterna. El régimen de visitas es personalísimo, y por lo tanto intransferible, sin perjuicio de los derechos que pueda ostentar la abuela paterna como pariente allegado al amparo del artículo 160 del Código Civil, derecho totalmente diferente al correspondiente a los progenitores.

[AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 3 de noviembre de 2010]

VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

No es necesario dirigir la demanda de desahucio por precario contra los hijos menores que también ocupan el inmueble cuyo uso se atribuyó en el procedimiento matrimonial.

[APA Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 9 de diciembre de 2010]

La demandada carece de título acto para ocupar la vivienda frente a sus propietarios. No existe donación, sea del terreno o sea estrictamente de la casa, pues no se otorgó la necesaria escritura. No se prueba que la casa hubiera sido construida por el matrimonio, y, aunque sí se reconocen sus aportaciones, tampoco equivalen a título y como ha reiterado la Jurisprudencia la atribución del uso por la sentencia de separación no vincula al legítimo propietario de la vivienda.

[AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 7 de diciembre de 2010]

Dada la enfermedad que padece la esposa así como su situación laboral que requiere la búsqueda de un trabajo, es aconsejable seguir manteniéndola en la atribución del uso y disfrute del vehículo común.

[AP Cuenca, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de noviembre de 2010]

En supuestos de insuficiencia de recursos propios para hacer frente al abono del préstamo hipotecario, este Tribunal ha considerado correcto que sea el otro cónyuge el único que corra con las amortizaciones, sin perjuicio del crédito que vaya adquiriendo frente a la sociedad de gananciales, mas no es este el caso de la ahora apelante, que tiene reconocidos unos ingresos propios que ella cifra en 680 euros, y que incluso, dado el tipo de negocio que regenta, pueden ser mayores.

[AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 29 de noviembre de 2010]

No importa que el cónyuge que tiene la custodia disponga de vivienda en otra localidad, pues la libertad de residencia es uno de los derechos fundamentales y nada le obliga a este cónyuge a abandonar la localidad de residencia de la familia, sino que al contrario su permanencia en el mismo lugar junto con sus hijos puede contribuir a la estabilidad y mejorar la crianza y educación de éstos.

[AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de noviembre de 2010]

No procede atribuir el uso de una vivienda distinta a la familia a los hijos para que la ocupen mientras realizan sus estudios ya que dicha vivienda va a ser ocupada por el padre para fijar su residencia, sin que ello suponga que los hijos no puedan convivir con el padre.

[AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de noviembre de 2010]

La esposa pretende la asignación del uso de la vivienda familiar por tiempo indefinido eliminando la limitación temporal establecida en la resolución apelada, pero la vivienda es de naturaleza unifamiliar con parcela independiente y su posterior venta permitirá a ambos cónyuges un nivel de atención en el alojamiento de calidad, notable y holgado, sin que uno solo de los cónyuges tenga que soportar exclusivamente las consecuencias económicas de la crisis familiar.

[AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de noviembre de 2010]

Es inadecuada la atribución de la vivienda del esposo como «vivienda familiar», pues no responde a este concepto, sino que se trata de una casa rural explotada por la familia de los litigantes y gestionada sustancialmente por el esposo; sin embargo, es posible la asignación de la explotación del negocio de casa rural hasta la liquidación del patrimonio ganancial al amparo del artículo 103.4 del Código Civil como medida de administración del patrimonio ganancial. En relación con la carga hipotecaria de la casa, debe significarse que se trata de un gasto de explotación que debe ser abonado por el esposo como gasto del negocio e incluirlo dentro de los gastos de explotación a los efectos del balance y del cálculo de los beneficios.

[AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 23 de noviembre de 2010]

No se accede a la división de la vivienda familiar ya que esa división forzada implica privar a la esposa e hijos del salón de la vivienda y les impone cierta convivencia con el padre, quien además sólo se vería compensado con un salón y un baño, elementos que no resultan hábiles para realizar su vida, en tanto que precisa una cocina y un dormitorio. Por otro lado, la medida supondría unas obras excesivas cuando la medida de atribución del uso sería provisional.

[AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2010]

Mientras el interés del menor subsista, no cabrá limitación alguna en el uso de la vivienda familiar y no habrá lugar a ponderar desequilibrios entre los cónyuges para modificar dicha atribución.

[AP Segovia, Sec. 1.ª, Sentencia de 9 de noviembre de 2010]

PENSIÓN ALIMENTICIA

El nivel de vida aparente del padre es superior al que correspondería por los ingresos que declara. Sí se evidencia una aparente reducción en cuanto a su estado anterior, pero no

tanto como pretende mostrar, por lo que la reducción de la cuantía no puede ser en los términos interesados.

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 23 de diciembre de 2010]

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. El pretendido sueldo tiene difícil encaje con obligaciones asumidas, como es la pertenencia a la sociedad «Club de Campo» por lo que viene abonando casi 100 euros mensuales, televisión de pago, etc., y por ello no procede reducir la cuantía de la pensión alimenticia.

[AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2010]

Hablar de cargas del matrimonio cuando éste, por el divorcio, se disuelve, es paradójico, y ya se ha convertido en algo habitual el plantear el pago de préstamos, hipotecas, etc., cuando no corresponde, en realidad, a esta fase del proceso ni resulta, a la postre, eficaz.

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 9 de diciembre de 2010]

Dadas las características de los gastos extraordinarios no se puede realizar una numeración con carácter previo, puesto que éstos surgirán y deberán ser analizados en cada caso y momento para poder determinar si son o no extraordinarios, ello es lo que al parecer quiso dar a entender el Juez *a quo* que si bien enumeró algunos de ellos, ha de entenderse a modo de ejemplo, pues éstos no tienen carácter taxativo y menos aún establecerlo de antemano.

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 9 de diciembre de 2010]

El hecho de que la progenitora custodia no tuviere ocupación laboral alguna al tiempo de establecerse la pensión alimenticia, en tanto que ahora tiene ocupación remunerada, no tiene ninguna consecuencia en relación a la cuantía de la pensión que abona el progenitor no custodio.

[AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de noviembre de 2010]

La pensión alimenticia será revisada anualmente, con efectos del mes de enero de cada año, en proporción a la variación porcentual del Índice de Precios de Consumo, siempre que los ingresos del obligado cambien en el mismo porcentaje. Si la elevación fuere menor a tal índice, se atenderá al importe del incremento producido en los emolumentos percibidos por éste.

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 26 de noviembre de 2010]

En el caso de autos no ha quedado acreditado que el demandante no vaya a poder afrontar con el esfuerzo que le es exigible por su nueva paternidad, asumida responsablemente, tanto el sostenimiento de sus hijos mayores en una cantidad superior a la fijada en la sentencia

recurrída de 300 euros, como el de sus tres hijas pequeñas, máxime teniendo en cuenta que aún tiene capacidad para trabajar y que cuenta con los nada despreciables ingresos de su actual esposa.

[AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de noviembre de 2010]

Los alimentos pactados entre los esposos en el procedimiento de divorcio derivan de un contrato, no tratándose ya, propiamente, de los alimentos entre parientes a que se refieren los artículos 142 y ss. del Código Civil, si bien ello no impide que se reduzca su importe en atención a que la ex esposa percibe una pensión no contributiva.

[AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de noviembre de 2010]

PENSIÓN COMPENSATORIA

El divorcio no le ha ocasionado a la esposa ninguna pérdida en su capacidad laboral pues se encuentra en la misma situación en que se hallaba durante el matrimonio. El derecho a la pensión compensatoria no es un derecho de alimentos, sino que está basado en la existencia de desequilibrio vinculado a la ruptura por lo que debe demostrarse este elemento siendo irrelevante la concurrencia de necesidad.

[APA Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 9 de diciembre de 2010]

Ni los supuestos trabajos de limpieza son estables ni las condiciones hasta ahora concurrentes en la demandada le han permitido realizar otro trabajo con mayor rendimiento económico que lo que ingresa por concepto de pensión compensatoria, por lo que no procede su extinción.

[AP Salamanca, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de noviembre de 2010]

Aunque la esposa haya accedido a un trabajo por el que percibe unos 1.000 euros al mes, no se acuerda la extinción de la pensión compensatoria dado que sigue existiendo el desequilibrio pues él percibe 7.000 euros mensuales, y ya se contemplaba en el convenio regulador la posibilidad de que la esposa trabajase.

[AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de noviembre de 2010]

No procede de acuerdo con el artículo 97 del Código Civil fijar pensión compensatoria pues no se ha dado un empeoramiento de la situación económica de la esposa dado que no abandonó su trabajo para dedicarse en exclusiva a la familia, sino que continuó su vida profesional y ahora sigue desempeñando de igual modo su trabajo y obteniendo ingresos suficientes para sostenerse.

[AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de noviembre de 2010]

Se fija a favor del esposo una pensión compensatoria temporal al acreditarse el desequilibrio que le produce el divorcio pues él percibe una pensión de 1.572 euros al mes y la

esposa regenta un negocio en un local ganancial por el que percibe unos 16.666 euros mensuales.

[AP Burgos, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de noviembre de 2010]

Se deniega la pensión compensatoria solicitada por la recurrente, pues la dedicación a la familia no le ha impedido trabajar; el divorcio no le ha ocasionado ninguna pérdida en su capacidad laboral; se encuentra en la misma situación en que se hallaba durante el matrimonio aun cuando su trabajo lo desempeñe en la empresa perteneciente a la familia del esposo.

[AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de noviembre de 2010]

La circunstancia de que en el suplico de la reconversión no se solicitase una cantidad concreta de pensión compensatoria no supone más que un mero «error material» que no puede llevar a la inviabilidad procesal acordada por el Juez ante la definición y evidencia de tal pretensión.

[AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 25 de noviembre de 2010]

Los informes del detective privado resultan claramente insuficientes y muy imprecisos sobre el motivo y objeto de la presencia de la ex esposa en el domicilio de la anciana, no pudiendo deducirse que realice algún tipo de trabajo. No obstante, cabe incluso admitir que compatibilice su pensión con un inicial régimen laboral que permitiera su introducción en el mundo laboral.

[AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de noviembre de 2010]

La apelante cuenta con 35 años de edad en este momento, el matrimonio duró poco más de dos años, sin que a estos efectos podamos tener en cuenta la previa convivencia dado el tenor literal del artículo 97 del Código Civil y no ha habido hijos, su situación laboral no se ha visto sustancialmente afectada por su matrimonio, pues si bien tiene en la actualidad un trabajo temporal, ello no significa que no pueda acceder posteriormente a otro puesto en el mercado de trabajo.

[AP Soria, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de noviembre de 2010]

Un matrimonio tan fugaz y efímero, sólo formalmente existente, no puede dar lugar a la petición de pensión compensatoria, porque no cabe hablar de un empeoramiento de la situación anterior matrimonial.

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 24 de noviembre de 2010]

La edad de la beneficiaria, 54 años, la duración del vínculo matrimonial, 31 años, la dedicación exclusiva de la esposa durante este tiempo al cuidado de la familia y de sus tres hijos, su falta de experiencia laboral y de cualificación profesional, que hace muy difícil que la beneficiaria pueda rehacer su vida e incorporarse, a corto o medio plazo, a la vida laboral, hacen que proceda establecer la pensión compensatoria con carácter indefinido.

[AP León, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de noviembre de 2010]

Es cierto que los testigos —en particular, el hijo de los litigantes— reconocen que la demandada «tiene un novio», desde hace aproximadamente un año, pero ninguna declaración permite sostener como hecho cierto que exista una nueva pareja que conviva y se conduzca como un matrimonio.

[AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2010]

Se controvierte en esta apelación únicamente el establecimiento en favor de la esposa de pensión compensatoria y la existencia de otras deudas, no puede impedir el reconocimiento del derecho y su cuantificación económica, siendo cuestión distinta, también resuelta por el ordenamiento jurídico, la imposibilidad transitoria de pago, si concurren varias deudas sobre el mismo patrimonio.

[AP Ciudad Real, Sec. 2.ª, Sentencia de 12 de noviembre de 2010]

CUESTIONES PROCESALES

Resulta palmaria la falta de legitimación activa del padre para articular el reconocimiento de un régimen de visitas a favor de la abuela paterna en base a lo prevenido al efecto en el artículo 160 del Código Civil, pues tal pretensión la realiza el padre por sí mismo sin acreditar razón para ello (no consta ni consentimiento de ésta ni audiencia de la abuela a tal efecto).

[AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2010]

La petición de que la hija sea recogida por un familiar los viernes por la tarde en el colegio se plantea por vez primera en el escrito de conclusiones presentado ante el Juzgado, por lo que la sentencia no podía pronunciarse sobre la cuestión, ni, por supuesto, la Audiencia, dado que es una cuestión que no fue objeto de debate, ni, por lo tanto, contestada de adverso, ni objeto de prueba, y pronunciarse sobre ella ocasionaría indefensión a la demandante.

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 16 de diciembre de 2010]

El hecho de que se hubiera producido la renuncia por ambos cónyuges litigantes a la continuación del procedimiento de mutuo acuerdo, teniendo en cuenta que no cabe la reversión al cauce contencioso inicial, debió conllevar su acogida en forma de disponer el archivo de los autos.

[AP Ciudad Real, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de noviembre de 2010]

Se deniega la pensión compensatoria al no formularse reconvencción expresa, tratándose de una medida económica definitiva no solicitada por el demandante.

[AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de noviembre de 2010]

Al tratarse de un hijo mayor de edad no puede el Juzgador modificar de oficio la pensión alimenticia en la que las partes estaban conformes.

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 30 de noviembre de 2010]

No tener conocimiento la letrada ni la parte de la fecha del juicio cuando fue notificada al Procurador no es motivo para declarar la nulidad de actuaciones.

[APA Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 24 de noviembre de 2010]

No existe prejudicialidad penal a efectos de suspender la tramitación del procedimiento de divorcio por la circunstancia de que se esté tramitando un procedimiento penal contra la madre en el que se ha dictado una orden de alejamiento de su hijo mayor.

[AP Ciudad Real, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2010]

Se declara la nulidad de actuaciones, retrotrayéndolas al momento inmediatamente anterior a la unión de la práctica de las pruebas admitidas, a fin de que, subsanando el defecto advertido, se dé trámite de conclusiones a las partes y tras ello proceda el Juez que presidió el acto de la vista, con libertad de criterio, al dictado de la Resolución que resolviendo la cuestión planteada estime procedente.

[AP Ciudad Real, Sec. 1.ª, Sentencia de 18 de noviembre de 2010]

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Se están reclamando cantidades atrasadas, y aunque se admita —así se dice en la sentencia de modificación de medidas dictada en primera instancia— que los hijos son mayores y gozan de autonomía económica, no se sabe desde cuándo y si lo fueron todos a la vez o, como parece más lógico, progresivamente, por lo que procede desestimar la causa de oposición a la ejecución.

[AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Auto de 17 de diciembre de 2010]

Las medidas que se adoptaron en el procedimiento de separación o divorcio mantienen su vigencia hasta tanto alcancen firmeza las medidas que se contienen en la sentencia dictada en un procedimiento de modificación de medidas.

[AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Auto de 17 de diciembre de 2010]

Debemos considerar suficientemente acreditada la legitimación activa de la demandante pues es la única legitimada para pedir la ejecución de lo acordado en sentencia dictada en procedimiento en el que han sido parte los esposos, aunque se alegue por el demandado la vida independiente de los hijos fuera del domicilio familiar.

[AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Auto de 17 de diciembre de 2010]

Los intereses legales en fase de ejecución vienen impuestos ope legis, no precisan ni de petición de parte ni de condena expresa (por todas, STS de 18-3-1993) y son debidos desde la sentencia de cuya ejecución se insta.

[AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Auto de 17 de diciembre de 2010]

Los efectos de las medidas acordadas en la sentencia de apelación se retrotraen a la fecha en que se dictó la sentencia de primera instancia.

[AP Albacete, Sec. 1.ª, Auto de 24 de noviembre de 2010]

Se deja sin efecto el despacho de ejecución en el que se interesaba el lanzamiento de la ex esposa de la vivienda familiar, pues no puede ignorarse la circunstancia de que sobre la vivienda, ambas partes resultan ser copropietarias (al 50%) y aun cuando se sostenga decaído el derecho de uso exclusivo y efectivo sobre la vivienda por mor del transcurso del plazo determinado, su derecho sigue residenciado, desde esa fecha en ambas partes, sin perjuicio de que, por mutuo acuerdo o decisión judicial fuera nuevamente atribuido su uso a alguno de ellos.

[AP Valladolid, Sec. 1.ª, Auto de 22 de noviembre de 2010]

Es cierto que la ejecutante ha esperado siete años para reclamar las pensiones compensatorias devengadas, y por ello han caducado las correspondientes a abril 2002 a abril 2004, pero ello no supone ni extinción automática, ni caducidad, ni transacción expresa sobre la falta de devengo del resto de las pensiones debidas y derivadas de la sentencia ejecutada.

[AP Burgos, Sec. 2.ª, Auto de 9 de noviembre de 2010]

Legitimación de los hijos para instar la demanda de ejecución contra su padre reclamando las pensiones no abonadas.

[AP Valladolid, Sec. 1.ª, Auto de 8 de noviembre de 2010]

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Legitimación activa de la esposa para instar una demanda de reclamación de daños y perjuicios causados a un inmueble aunque no figure aquella como propietaria en el Registro de la Propiedad dado que se ha acreditado la existencia del matrimonio y la compra del inmueble constante la sociedad de gananciales.

[AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2010]

En el estrecho cauce procesal que ofrece el juicio verbal dispuesto para decidir sobre la inclusión en el inventario formado para la liquidación de la sociedad de gananciales no es posible entrar en la valoración de la nulidad de negocios jurídicos celebrados durante la vigencia de aquélla.

[AP Ourense, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de diciembre de 2010]

El cónyuge que pagó con dinero propio parte de un bien ganancial será reintegrado de su desembolso con el valor actualizado, aplicando a la suma el incremento experimentado por el IPC en el período correspondiente con el fin de no sufrir merma alguna en su patrimonio, pero ello no le confiere de forma indirecta un derecho a obtener un beneficio adicional por la plusvalía real generada por la vivienda ganancial.

[AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 13 de diciembre de 2010]

La parte recurrida introduce en su escrito de oposición al recurso, con carácter subsidiario, la petición de reembolso del precio de la compraventa a su favor. Se trata de una pretensión *ex novo* introducida por vez primera en el escrito de oposición al recurso. Ni en el escrito inicial del procedimiento, ni en el acto de la formación de inventario al manifestar su disconformidad con la inclusión del bien de que se trata, ni, finalmente, en la vista del juicio se incluyó la menor referencia a esa pretensión de reembolso que, en consecuencia, debe ser tachada de intempestiva.

[AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 13 de diciembre de 2010]

No pueden incluirse en el inventario, formando parte del activo, las viviendas que se adquirieron en contrato privado porque al no estar acreditado que se hubiese llevado a cabo la tradición, no se habría adquirido su propiedad y, entonces, en tales circunstancias, lo único que cabe incluir son los derechos que puedan corresponder, en definitiva, a la esposa sobre tales viviendas, pecuniarios o de otra naturaleza, indeterminados o inciertos a tiempo presente.

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 10 de diciembre de 2010]

No resulta creíble que los padres del esposo donasen la citada suma a ambos cónyuges para que el dinero se invirtiese en una vivienda que iba a ser propiedad exclusiva de la nuera, no encontrándonos ante una donación por razón del matrimonio de los artículos 1336 y ss. del Código Civil, pues el mismo ya había sido contraído seis meses antes de la entrega del dinero y de la fecha del otorgamiento del contrato.

[AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 9 de diciembre de 2010]

No se ha acreditado en modo alguno, ni mediante documentación ni a través de declaración testifical, que se haya procedido a la venta anticipada de los Pagarés del Tesoro y que el pago del precio de la compraventa se haya efectuado con dinero privativo, correspondiendo la prueba de tales hechos a la parte demandada que los alega. Debe presumirse entonces que el pago se realizó con dinero ganancial, lo que confiere al bien adquirido dicho carácter ganancial. Se alega por la parte demandada que la sociedad de gananciales no tenía capital o patrimonio suficiente para abonar el precio de la compraventa del local de litis, pero no corresponde a la parte favorecida por la presunción de ganancialidad acreditar el carácter ganancial de un bien adquirido constante matrimonio.

[AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 9 de diciembre de 2010]

La simple manifestación del adquirente de que empleó dinero privativo es insuficiente, y es que el mero hecho de que en la misma fecha en que se otorga la escritura pública de compraventa del predio se emitieran dos cheques por importe de 3.500.000 pesetas cada uno, con cargo a la cuenta bancaria a nombre de los padres del esposo no constituye antecedente indiciario bastante para deducir que tales fondos se utilizaron para la adquisición de la finca.

[AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 13 de diciembre de 2010]

El derecho de crédito en favor de la sociedad de gananciales habrá de contabilizarse por el importe, actualizado, de la totalidad (que no de la mitad) de las cuotas de amortización

del préstamo hipotecario que se hubiesen abonado constante matrimonio, a tenor de lo establecido en el artículo 1397.3.º del Código Civil.

[AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de noviembre de 2010]

Teniendo la indemnización inequívocamente su origen en un accidente laboral y habiéndose percibido durante la vigencia de la sociedad de gananciales es indudable que ostenta carácter ganancial, lo que conlleva el rechazo del derecho de crédito reclamado por el esposo.

[AP Ciudad Real, Sec. 2.ª, Sentencia de 25 de noviembre de 2010]

Cuando el esposo compró la finca urbana no hubo constancia alguna de que actuara en dicho contrato como representante de una mercantil, representación de la que igualmente tampoco tenía conocimiento la parte vendedora, por lo que dicho bien se presume adquirido con bienes gananciales debiendo, por tanto, incluirse en el activo del inventario.

[AP Ciudad Real, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2010]

PROCEDIMIENTO DE MENORES

De la relevante documental incorporada se desprenden incumplimientos en visitas concedidas e incomparecencia a citaciones que denotan el claro desentendimiento de la demandada respecto a los niños y, por tanto, procede confirmar el acogimiento preadoptivo.

[AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 16 de diciembre de 2010]

En vista de la situación del proceso adoptivo del menor, se acuerda la suspensión del régimen de visitas con la familia biológica que únicamente pretende que el hijo continúe en el centro hasta que alcance la mayoría de edad.

[AP Ourense, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de noviembre de 2010]

Se considera a la madre incurso en causa de privación de la patria potestad ya que desde el año 2005 no ha mantenido contacto con su madre y desde entonces se ha producido una plena incorporación del menor a su entorno familiar y social y un desarrollo físico e intelectual adecuado, habiendo sido, por otro lado, muy corto el período vivido con la familia biológica.

[AP Ourense, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2010]

Ninguno de los padres tanto en su etapa de convivencia como ya separados ofrecen unas condiciones básicas para asumir de modo adecuado a día de hoy las funciones que reclaman los menores, en cuanto que sus enfrentamientos continúan con incidencia en éstos, sin que se hayan aún consolidado sus nuevas relaciones de pareja que impiden estimar concurrentes en este momento factores de estabilidad en los progenitores que permitan hacerse cargo de los deberes propios de la institución de la patria potestad.

[AP Valladolid, Sec. 1.ª, Auto de 5 de noviembre de 2010]

Los tres menores fueron sometidos a una declaración de desamparo y a un acogimiento preadoptivo, la madre no cumplía sus obligaciones y se hallaba incurso de manera manifiesta en causa de privación de la patria potestad. Estaba aquejada de una moderada minusvalía psíquica, sin trabajo estable y de cualificación profesional, lo que conllevó graves carencias de estimulación y de salud a sus hijos hasta que se asumió la tutela pública.

[AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 3 de noviembre de 2010]

FILIACIÓN

No ha de olvidarse que la demandante permanece desde su nacimiento (año 1950) con su progenitora y a partir de los 14 años con el marido de ésta que la reconoce como tal, una vez fallecido el padre biológico (11 de mayo de 2008) que ella sostiene ser, su madre lleva a cabo la manifestación ante Notario (19 de septiembre de 2008). Las testificales practicadas a instancia de ambas partes litigantes son completamente contradictorias y la negativa a realizar la prueba biológica, cuando de un heredero se trata, no puede ser tomada como una prueba concluyente, si no viene avalada por otras pruebas.

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2010]

Tiene legitimación pasiva la viuda en cuanto titular del que denomina derecho a la intimidad familiar, pues esta quedaría afectada por la declaración de una filiación extramatrimonial de un fallecido, que puede hacerse extensiva sin duda a otros parientes.

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2010]

El artículo 140.2 del Código Civil establece que si hay posesión de estado, la acción caduca pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de ella, es decir, la caducidad depende de la concurrencia de los dos requisitos: inscripción y, desde su fecha, posesión de estado durante cuatro años, por lo que la acción está caducada.

[AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 3 de diciembre de 2010]

La impugnación de la filiación paterna obtenida por reconocimiento puede ejercitarse tanto por vía del artículo 141 del Código Civil (vicio en el consentimiento) como del artículo 140 del Código Civil (no corresponder con la verdad biológica) siendo de aplicación en este último caso el plazo de caducidad de cuatro años.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de noviembre de 2010]

El recurrente solicitó la práctica de la prueba biológica en segunda instancia con base en el artículo 460.2 LEC, alegando haber tenido conocimiento de la posible existencia de otras relaciones de la demandante con posterioridad al acto de la vista, y ésta ha dado como resultado su exclusión como padre biológico, por lo que procede revocar la sentencia de primera instancia y desestimar la demanda de reclamación de paternidad.

[AP Albacete, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2010]

Dado que la acción de impugnación interpuesta por el actor es la prevista en el artículo 140 del Código Civil, y no resulta controvertido que el menor no es su hijo biológico, la filiación no se corresponde con la realidad biológica, que es la que debe primar y, por tanto, la demanda debe ser estimada.

[AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 11 de noviembre de 2010]

Que la demandada hubiese ocultado a su entonces marido, de forma consciente, deliberada, la verdadera paternidad de su hija, lo que supone que conocía que el progenitor era una tercera persona, es un extremo que este Tribunal no puede dar por sentado.

[AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 8 de noviembre de 2010]

UNIONES DE HECHO

Siendo uno de los miembros de la pareja de hecho el único titular del inmueble en el que estaba situado el domicilio familiar a él le corresponde en exclusiva el pago de la hipoteca.

[AP A Coruña, Sec. 5.ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2010]

SUCESIONES

Al margen de la falta de relación entre padre e hijo, posiblemente motivada por el divorcio de los progenitores, no se constata la necesidad de la pensión de alimentos a favor del padre, de profesión biólogo y que la ejerció también durante su enfermedad, aunque necesitara de la asistencia de una tercera persona, lo que le permitía su situación económica. Los desheredados ni negaron alimentos ni maltrataron de obra o palabra al padre por lo que no se ha quedado acreditada la causa de desheredación.

[AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de diciembre de 2010]

La jurisprudencia en general ha sido muy restrictiva en la interpretación de las causas de desheredación debiendo ser examinadas con cautela y criterio razonable, si las circunstancias subjetivas del infractor (grado de discernimiento, grado de intencionalidad, atenuantes y excusas de la situación concreta) y las objetivas del hecho, constituyen una causa justa e imputable al legitimario. Deberá tenerse en cuenta el ambiente y tono general de la familia, la conducta filial y desde luego el signo de cultura social en el momento en que se produzca la ofensa. La causa de desheredación no ha sido probada, por lo que la consecuencia jurídica es que la institución de heredero debe ser anulada en cuanto perjudique la legítima.

[AP Lugo, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2010]

Se incluyen en la masa hereditaria las cantidades que, en fechas próximas al fallecimiento del esposo, extrajo la esposa de las cuentas gananciales al no haber justificado su destino.

[AP Zamora, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de noviembre de 2010]

Se desestima la excepción de prejudicialidad civil y, por tanto, no procede suspender el curso del procedimiento de partición de herencia por el hecho de que se encuentre en casa-ción la sentencia dictada en un procedimiento en el que impugnaba la partición contenida en el testamento.

[AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Auto de 22 de noviembre de 2010]

Al promover la división de herencia, la parte apelante ya conocía el trámite de la liquidación de sociedad de gananciales, pues habían sido citados para la formación de inventario. En tal supuesto no procede la aplicación del criterio de tramitación conjunta, sino que lo lógico es la conclusión con firmeza de la liquidación de la sociedad de gananciales.

[AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Auto de 22 de noviembre de 2010]

Análisis de la cláusula testamentaria que acuerda usufructos sucesivos sin atribuir la nuda propiedad a nadie hasta el momento de la consolidación en cabeza de los nietos.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2010]

La pretensión de traer la donación hecha por el padre y la madre, con carácter no colacionable, sólo a la herencia de la madre carece de viabilidad desde el momento en el que el bien donado era, al menos en parte, ganancial, por lo que tendría que haber conestado la liquidación previa de la sociedad de gananciales para poder inventariar los bienes que formaban el caudal relicto de la madre donante.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de noviembre de 2010]

Al no haberse acreditado que el bien inmueble a que afecta el legado integrara como único bien la herencia de los causantes, sin conocerse el valor del resto de bienes, no se puede conocer si tal legado lesionaba o no la legítima de las coherederas, por lo que debe ser rechazada la demanda.

[AP Toledo, Sección 1.ª, Sentencia de 9 de noviembre de 2010]

Resulta incuestionable la conexión jurídica entre la acción de liquidación de gananciales y partición de herencia, lo que justifica su tratamiento procesal unitario, sin que las posibles especialidades procesales constituyan razón bastante para descartar su tramitación conjunta en un solo procedimiento.

[AP Zamora, Sec. 1.ª, Auto de 5 de noviembre de 2010]

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

1. **Contenido.** La *Revista de Derecho de Familia* publica exclusivamente artículos y colaboraciones originales que versen sobre temas de actualidad en materia de Derecho de Familia desde un punto de vista eminentemente práctico.
2. **Lengua y formato.** Los artículos deberán estar redactados en castellano y escritos en Word u otro formato compatible. Deberán escribirse a espacio y medio, a cuerpo 12 y su extensión no deberá superar, salvo excepción aprobada por el Comité de Evaluación de la Revista, las 30 páginas, incluidas notas, bibliografía y anexos, en su caso. En el encabezamiento del artículo debe incluirse, junto al título, el nombre del autor o autores y su filiación académica, profesional o cargo.
3. **Resúmenes y palabras clave en español e inglés.** Los artículos deben acompañarse de un breve resumen de un máximo de 10 líneas y de 4 ó 5 palabras clave en español e inglés. Si el resumen y las palabras clave se presentan sólo en castellano, la Revista los traducirá al inglés para su publicación.
4. **Dirección de envío.** Los originales se deben enviar, preferentemente, en soporte informático o por correo electrónico a Editorial Lex Nova, calle General Solchaga núm. 3, 47008 Valladolid, Tlf.: 983 457 038, Fax: 983 457 224, e-mail: redaciv@lexnova.es con indicación de su destino a la *Revista de Derecho de Familia*. También pueden remitirse en papel a la misma dirección postal. Se hará constar expresamente en el envío el teléfono de contacto y la dirección de correo electrónico del autor.
5. **Evaluación.** Los originales serán evaluados por el Comité de Evaluación de la Revista, a efectos de su publicación. La Revista comunicará a los autores el resultado de la evaluación y la fecha aproximada de publicación, en su caso.

