

Revista de Derecho de familia

DOCTRINA · JURISPRUDENCIA · SECCIÓN PRÁCTICA · NOTICIAS

Revista de
Derecho
de Familia

núm. 44

julio-septiembre 2009

Director:

Antonio Javier
Pérez Martín

Sumario

Presentación	3
Índice	7
Estudios Doctrinales	23
Jurisprudencia	77
Resoluciones de la DGRN	229
Sección Práctica	235
Derecho comparado	253
Tribuna Abierta	283
Publicaciones, Noticias y Datos de interés	297
Avances Jurisprudenciales	303

LEX NOVA

Revista de
**Derecho
de Familia**

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

© LEX NOVA 2009

Edición

Lex Nova, S.A.
General Solchaga, 3
47008 Valladolid
Tel. 983 457 038
Fax. 983 457 224
E-mail. clientes@lexnova.es

Diseño

MAC-115

ISSN

1139-5168

Depósito Legal

VA. 803-1998

Printed in Spain
Impreso en España

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, 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 consecuente de la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación.

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

Los niños con barba

Cuando hablamos de los derechos del niño, estamos pensando en pequeñas criaturas, inocentes, desvalidas, sin maldad... pero nadie piensa en un chico que mide un metro ochenta y que tiene barba aunque no haya llegado aún a la mayoría de edad. Pero como para el Código Civil son niños todos aquellos que no han alcanzado los dieciocho años, con demasiada frecuencia nos tenemos que enfrentar a problemas de custodia o de régimen de visitas de hijos que están próximos a dejar la tutela paterna pero que siguen necesitando los medios económicos suficientes para llevar el tren de vida (exención de obligaciones domésticas incluidas) al que sus padres le han acostumbrado.

Se imaginan la situación que puede presentarse cuando el padre va a recoger a ese «niño» para pasar el fin de semana y el chico le dice «pero tú de qué vas, desde el viernes por la noche hasta el domingo yo estoy con mis colegas». Claro, el padre echa mano a la sentencia y allí pone muy claro que el hijo estará con él desde el viernes por la tarde a la salida del colegio hasta el domingo a las ocho de la tarde y, como es lógico, quiere pasar el fin de semana con él.

También estamos acostumbrados a estos chicos y chicas que, en función de quien satisfaga sus caprichos, inclinan la balanza a su favor y le consideran el mejor padre o madre del mundo y están dispuestos a convivir con él, manifestando vehementemente que quieren hablar con el juez para pedirle que cambie la custodia.

Muchos tribunales, con buen criterio, ya no adoptan medidas en relación con estos hijos porque saben de antemano que su ejecución va a resultar casi imposible ¿Cómo puede obligarse a un hijo de dieciséis años a convivir con un progenitor al que no quieren ver? Podrá decirse que hay que trabajar a nivel psicológico con el padre y con el menor para recuperar la relación paterno-filial y que a través de la intervención de profesionales hay que acercar las posturas, pero en la mayoría de casos eso se queda sólo en el papel, porque el niño pasa del padre, del psicólogo, del Fiscal y del propio Juez. Ésta es la situación a la que nos ha llevado la sociedad actual donde sin ninguna impunidad miles de jóvenes menores de edad practican los fines de semana el celebrado «botellón» mientras muchos padres ilusoriamente hacen innumerables planes para ese fin de semana que luego quedan en el olvido.

El problema es que aún vemos resoluciones judiciales que fijan un régimen de visitas respecto a estos menores y despachan ejecución cuando las visitas se frustran, dando paso a complicados incidentes de ejecución. Desde luego, estamos con los padres que quieren que la relación con su hijo no se limite a la función de «pagador», pero somos conscientes que en la actualidad pocos recursos tienen los padres, los juzgados y los equipos técnicos para resolver estas situaciones cuando a los niños les da igual lo que digan sus padres o haya resuelto el Juez. Lógicamente cuando los padres no mantienen ninguna relación entre ellos y se odian desesperadamente la situación es mucho más complicada, porque los niños saben

el poder que tienen, pues en muchos casos pueden incluso decidir quién tendrá el uso de la vivienda familiar.

La Sec. 24.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó un Auto con fecha 15 de febrero de 2007 acordando la emancipación de una hija de dieciséis años cuyos padres estaban divorciados. La situación que se había planteado era la siguiente: aunque la madre ostentaba la custodia por una sentencia firme, la hija se trasladó a vivir con el padre, resultando inútiles todos los intentos encaminados al reintegro de la hija con la madre y, dada su edad, era imposible exigir el cumplimiento de la sentencia en contra de su voluntad. La emancipación fue solicitada por la propia hija señalando la citada resolución que «En el supuesto que nos ocupa concurren todos los presupuestos exigidos por este precepto (artículo 320 del CC): la emancipación judicial la ha solicitado la hija mayor de 16 años, se ha oído a los padres y éstos viven separados (están divorciados). Por ello y aun cuando la madre se opone a la emancipación porque ella alega que la hija padece el síndrome de alineación parental y que no es libre en su voluntad ni en su elección para tomar esta decisión y que está siendo manipulada por su padre, no obstante la Sala, en consonancia con los argumentos vertidos por el juez *a quo* que comparte, considera que no hay razón para denegarla. A pesar de que se dictó sentencia de separación que atribuyó la guarda y custodia de la hija a la madre, no obstante doña Fátima, Eva y don Gonzalo continuaron viviendo en el domicilio familiar hasta que el padre se marcha en el año 2003 y la hija Eva decide acompañarlo y el 20 de enero de 2003 compareció en el Juzgado para anunciarlo y desde entonces está y vive con su padre, y ello a pesar de que, primero, la sentencia de separación y, luego, la de divorcio mantuvieron la atribución de guarda y custodia de la menor con su madre, e incluso ésta intentó la ejecución de la sentencia de divorcio con el fin de ordenar el reintegro de la hija con su madre, pero se ordenó su suspensión por Auto de 20 de abril de 2005 dictado por el Juzgado y confirmado por Auto de esta Sala de fecha 5 de julio de 2006, pues el deseo legal y loable de la madre chocaba frontalmente y con violencia con el rechazo de la hija, que por entonces tenía 16 años y era imposible exigir el cumplimiento de la sentencia contra su voluntad. Por ello, si aun ostentando la madre la guarda y custodia de Eva por una sentencia firme a pesar de ello no ha conseguido reintegrar a la hija en su entorno, si el problema de rechazo de Eva hacia su madre ha ido *in crescendo*, si todos los intentos realizados para lograr el acercamiento madre-hija han fracasado, si en Eva no se ha apreciado existencia de psicopatología, todo encamina a conceder la emancipación de Eva».

¿Será ésta la solución al problema que estamos planteando o por el contrario habrá que insistir en la ejecución de las medidas que se contienen en la sentencia? Desde luego lo que no nos parece razonable, aunque se ajuste perfectamente a los pronunciamientos de la sentencia, son resoluciones dictadas en fase de ejecución que tienen el siguiente contenido: «Su Señoría acuerda: Desestimar la demanda de oposición a la ejecución interpuesta por el Procurador de los Tribunales don Manuel, en representación de la ejecutada, doña Maribel, mandando seguir la ejecución despachada por Auto de fecha 24 de noviembre de 2005. Apercibiendo a doña Maribel que debe cumplir exacta y fielmente el régimen de visitas establecido en la Sentencia de divorcio de fecha 23 de octubre de 2003 aprobando el convenio regulador de fecha 5 de junio de 2003 con respecto del hijo menor, so pena de imponerle multas coercitivas, incluso dar lugar a la modificación del régimen de guarda y custodia del menor, según lo establecido en el artículo 776 de la LEC en cuanto al cumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador. Imponiendo las costas de la oposición a la

parte ejecutada». El niño tenía diecisiete años y no quería ver al padre ni en pintura. Todos sabemos que continuar por ese camino sólo traerá más enfrentamientos entre los padres y que el hijo incrementa el odio que siente hacia su padre.

Creemos que es el momento de inculcar a los hijos que no todo vale y que además de los derechos del niño, cuando la barba empieza a salir, también comienzan las responsabilidades y el acatamiento de las normas. Lamentablemente muchos padres piensan que la batalla está perdida y el tiempo les viene dando la razón.

ÍNDICE

ESTUDIOS DOCTRINALES

Pensión compensatoria y régimen económico del matrimonio. <i>M.^a Luisa Moreno-Torres Herrera.</i>	25
Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar. <i>María Dolores Cervilla Garzón.</i>	45
El derecho de uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad. <i>Ana Martín Muñoz.</i>	63

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

Es contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial.

Tribunal Constitucional, Sala 1.^a, Sentencia 54/2009, de 23 de febrero. 79

VIOLENCIA DE GÉNERO

Nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que condenó al acusado por un delito de maltrato físico y psíquico habitual del artículo 173.2 del CP cuando fue absuelto por el Juzgado de lo Penal, al haber modificado el tribunal de segunda instancia los hechos probados sin oír personalmente al acusado, testigos y peritos, dado el carácter personal de estos medios de prueba.

Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, Sentencia 118/2009, de 18 de mayo. 81

Se inadmiten diversas cuestiones de inconstitucionalidad dado que el artículo 172.2 del CP en su redacción actual no vulnera el principio de igualdad, en relación con los valores de justicia y dignidad de la persona; del derecho a la presunción de inocencia, en relación con el principio de culpabilidad; del principio de legalidad; de la promoción de la igualdad real, en relación con la interdicción de la arbitrariedad, y del principio de proporcionalidad.

Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 127/2009, de 26 de mayo.

85

TRIBUNAL SUPREMO

FILIACIÓN

Estimación de la acción de impugnación de filiación paterna no matrimonial ejercitada por los padres de un hijo fallecido al no coincidir la filiación con la realidad biológica, dado que el menor nació tres años antes de que su hijo iniciara una relación sentimental con la madre.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2008.

97

ALIMENTOS

Suspensión de la obligación alimenticia del padre cuando la hija, de quince años de edad, se había convertido en deportista profesional, disfrutando de una beca de la Federación Española de Gimnasia que le daba derecho a la suma de 851,43 euros mensuales para atender sus gastos personales y, además, corriendo por cuenta de dicho organismo los gastos de alojamiento, manutención y derivados de la práctica deportiva durante su estancia en Madrid.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de octubre de 2008.

103

VIVIENDA FAMILIAR

Estimación de la demanda de desahucio por precario interpuesta por los padres del esposo –usufructuarios del inmueble–, contra la esposa a quien se le había atribuido judicialmente el uso en el procedimiento de separación matrimonial.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2008.

106

Procedencia de la reclamación del propietario o titular de una vivienda cedida a un hijo para su utilización como domicilio conyugal o familiar, cuyo uso y disfrute ha sido concedido a uno de los cónyuges, cuando se ha roto la convivencia marital o conyugal.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de octubre de 2008.

109

La Audiencia Provincial consideró que la relación jurídica entre cedentes y cesionarios era la propia de un contrato de préstamo de uso, que no permitía al comodante reclamar la cosa prestada sino en el momento en que concluyese el uso al que había sido destinada, lo cual no

había tenido lugar, pero el Tribunal Supremo consideró que la relación jurídica es propia de un precario y acordó el desahucio.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 30 de octubre de 2008.

111

Cuando desaparece el uso concreto y determinado al que se ha destinado la cosa –lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal–, y el propietario o titular de la cosa no la reclama, la situación de quien la posee es la propia de un precarista. La atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 30 de octubre de 2008.

114

PENSIÓN COMPENSATORIA

Teniendo en cuenta que el esposo en el momento de la separación se encontraba en el paro percibiendo unos ingresos de 760 no procede fijar pensión compensatoria a favor de la esposa al no existir desequilibrio económico.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 5 de noviembre de 2008.

117

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Nulidad de la hipoteca constituida por el marido respecto a unos inmuebles propiedad de la esposa utilizando un poder general otorgado por ésta, dándose la circunstancia de que a la fecha de suscripción del préstamo la esposa había fallecido.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 24 de octubre de 2008.

119

Desestimación de la acción de rescisión por lesión en más de una cuarta parte de la liquidación de la sociedad de gananciales, al constatarse la existencia de una previa renuncia a esta acción teniendo los esposos exacto conocimiento de todas las circunstancias de los hechos que determinan la realidad y la existencia de la lesión, no habiéndose impugnado la validez de la renuncia por un vicio de la voluntad.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 30 de octubre de 2008.

121

MENORES

Vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen de unos menores al ofrecerse la información sobre el fallecimiento de su padre que revelaba datos que pertenecen a su esfera más íntima, como son los relativos a haber sufrido delitos contra su integridad física y libertad sexual.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 22 de octubre de 2008.

126

UNIONES DE HECHO

No existe analogía entre la unión de hecho y el matrimonio en relación con los artículos 96 y 97 del CC, dependiendo el derecho de indemnización de las circunstancias de cada supuesto en virtud de la doctrina del enriquecimiento injusto que no se da en el presente supuesto dado que no se aprecia una pérdida de oportunidad o de expectativas en la conviviente que estuvo trabajando mientras lo permitió su estado de salud.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de octubre de 2008.

129

SUCESIONES

Validez del testamento ya que la testadora previó que hubiera una desigualdad entre el valor de los bienes atribuidos a cada uno de los hijos indicando para tal caso que la diferencia «se impute como legado o mejora a favor del que resulte beneficiado». Hecha la partición por la testadora no procede una nueva partición para los bienes que expresamente se incluyeron en el testamento, sin perjuicio de hacer la partición respecto al resto no incluido en aquél.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de noviembre de 2008.

135

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

PENSIÓN DE VIUDEDAD

A pesar de que en la separación no se fijó pensión compensatoria se concede pensión de viudedad a la ex esposa ya que la renuncia al percibo de la pensión compensatoria fue por motivos de defensa y autoprotección dado que era víctima de la violencia de género.

TSJ de Cantabria, Sentencia de 22 de enero de 2009.

140

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Estimación de la demanda de divorcio aplicando la legislación rumana y no la española.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2009.

143

Siendo ambos cónyuges de nacionalidad marroquí y no habiéndose probado el derecho extranjero se aplica la legislación material española.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 11 de febrero de 2009.

143

Nulidad del matrimonio celebrado entre un alemán y una ucraniana que abandonó el domicilio familiar tan pronto ésta consiguió su propósito, que le facilitaba a ella y a toda su familia su regularización en España.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 22 de enero de 2009.

144

PATRIA POTESTAD

La interposición de la demanda por el padre en solicitud de que se establezca un régimen de visitas paterno-filial, pone de relieve su voluntad de recuperar el contacto con la hija a la que dejó de ver al poco tiempo de su nacimiento, por lo que hay que entender que el interés preferente de la menor queda salvaguardado acordando que la patria potestad sea ejercida exclusivamente por la madre y no privando al padre de aquélla.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 20 de febrero de 2009.

147

Privación al padre de la patria potestad en base al incumplimiento grave, y además también reiterado, de las funciones inherentes a ésta desde el año 2000 en que se produjo la separación de hecho del matrimonio.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 11 de febrero de 2009.

148

Atribución del ejercicio de la patria potestad a la madre dada la negligencia educativa del padre en relación con el abandono emocional, económico y de cuidados físicos respecto a los menores durante un largo período de tiempo.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2009.

150

Se acuerda que las niñas asistan a un centro bilingüe habida cuenta que nacieron en Londres y que su padre es de nacionalidad británica y vive allí, habiéndose trasladado posteriormente las menores con su madre a España. Las niñas no pueden perder sus raíces y se justifica en mayor medida que otros muchos niños que sin presentar tal circunstancia estudian en centro educativo bilingüe, que su educación sea en inglés y en español, porque cuando sean mayores tendrán la posibilidad de elegir el integrarse en una u otra sociedad, y su educación no sólo en ambos idiomas sino con títulos convalidables constituye una garantía para el ejercicio de su libertad de elección.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 16 de enero de 2009.

151

GUARDA Y CUSTODIA

Aunque no se cambia la custodia se apercibe a la madre que un nuevo incumplimiento del régimen de visitas dará lugar a la modificación automática de la guarda y custodia en la propia fase de ejecución de sentencia.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de febrero de 2009.

152

La circunstancia de que el padre tenga mayor disponibilidad horaria para atender a la menor, dado que por su incapacidad laboral es pensionista, no condiciona en absoluto la atribución de la guarda y custodia, aunque justifica un amplio régimen de visitas.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 25 de febrero de 2009.

153

El amplio sistema de visitas que se fija en la sentencia impugnada satisface las necesidades de amplios contactos de los hijos con su padre, al acomodarlo a la jornada laboral de la madre y contemplar sus peticiones en orden a asumir el cuidado de los hijos cuando la madre no esté presente, por lo que no procede establecer la custodia compartida.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2009.

155

No se trata de determinar en abstracto cuál de los sistemas posibles de custodia es el más idóneo, como parece entender el recurrente aludiendo a las ventajas del que propugna (sin duda el mejor desde un punto de vista ideal cuando su adopción sea factible), sino de determinar el más favorable valorando las circunstancias concurrentes, y en el presente caso la mala relación de los padres y el informe del equipo psicosocial aconsejan no acordar la custodia compartida.

AP Ourense, Sec. 1.ª, Sentencia de 20 de febrero de 2009.

155

La voluntad del menor de 11 años de edad, expresada a presencia judicial, es clara y contundente en el sentido de preferencia de custodia por su padre, con el que tiene un vínculo emocional más fuerte. A ello añadimos el contenido del informe pericial practicado por el equipo técnico adscrito al juzgado de instancia que es claro a la hora de concluir que el cambio de custodia solicitado por el padre responde al interés preferente del menor, dado que el menor presenta problemas adaptativos atribuibles al desempeño de la custodia por parte de la madre.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 13 de febrero de 2009.

157

RÉGIMEN DE VISITAS

No procede suprimir las visitas establecidas en semanas alternas de martes y jueves de 6 a 9 horas de la tarde que pactaron los progenitores en el convenio regulador por mucho que la madre alegue que no supone beneficio alguno en la relación entre padre e hijo, sino trastornos y perjuicios para ella.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de febrero de 2009.

158

Se estima la demanda de modificación de medidas y se fija el punto de encuentro como lugar de entrega y recogida de los menores dada la conflictividad existente entre ambos progenitores.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 20 de febrero de 2009.

159

Aunque el hijo de los litigantes, que cuenta en la actualidad con 15 años de edad, muestra una abierta hostilidad, al menos en la actualidad, hacia la figura del padre, no es motivo para no fijar un régimen de visitas, si bien éste debe ser muy restringido.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de febrero de 2009.

160

No se fija pernocta al reconocer el padre que la vivienda que ocupa no tiene condiciones de habitabilidad para las hijas.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2009.

161

Procede dejar sin efecto el pronunciamiento de la sentencia destinado a regular el régimen de visitas en situaciones futuras relativas a un posible traslado del demandado a establecimiento penitenciario de Canarias y a recobrar la libertad por cumplimiento de la condena impuesta, pues desconociéndose ahora las circunstancias que concurrirán, es preferible que sea entonces, cuan-

do acontezcan tales eventos futuros, cuando se inste el régimen de visitas del padre con el menor que se considere pertinente, por la vía o cauce procedimental de la modificación de medidas.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 3 de febrero de 2009. **162**

No procede la suspensión de las visitas por mucho que el menor, actualmente de 7 años de edad, presente un estado de polarización parental en el que atribuye a su madre todas las características positivas y al padre todas las negativas, dado que no se han puesto de manifiesto en el padre indicios de la existencia de alteraciones psicopatológicas que pudieran hacer recomendable el establecimiento de medidas restrictivas en relación con su hijo ni condicionante que le incapacite para un adecuado ejercicio de su función parental.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de enero de 2009. **163**

VIVIENDA FAMILIAR

No se accede ni a la división del inmueble, ni a la utilización por períodos entre ambos cónyuges y siendo el interés más necesitado de protección el de la esposa que carece de ingresos, se le atribuye el uso de la vivienda familiar hasta tanto se lleve a efecto y concluyan todos los trámites de la liquidación de los bienes gananciales.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de marzo de 2009. **164**

Siendo la vivienda familiar propiedad privativa del esposo, se deja sin efecto la obligación de la esposa de abonar la mitad del préstamo hipotecario aunque dicho uso se haya atribuido a aquélla y a los hijos.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 6 de marzo de 2009. **167**

El enfriamiento del mercado inmobiliario padecido en los últimos tiempos no justifica que demandante e hijos continúen en la ocupación del inmueble, dado que en el convenio regulador se pactó libre, voluntaria y en forma espontánea la venta del inmueble con el conveniente asesoramiento técnico, por lo que esa previsibilidad de que no pueda operar la venta en fechas próximas futuras es incertidumbre que no puede mantenerse *sine die* mediante la continuidad de ocupación del núcleo familiar constituido por madre e hijos.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 26 de febrero de 2009. **167**

Extinción del contrato de arrendamiento concertado por el esposo, después fallecido, al no considerarse que, a pesar de estar vigente el régimen de gananciales, la esposa fuera parte en el contrato, no habiéndose por otro lado cumplido las formalidades para la subrogación.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 25 de febrero de 2009. **169**

Se revoca el pronunciamiento de que las cuotas comunitarias sean abonadas sólo por la esposa al tratarse de un gravamen impuesto no por razón del uso del inmueble sino por razón del derecho de propiedad sobre él.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 13 de febrero de 2009. **171**

PENSIÓN ALIMENTICIA

No se reduce la cuantía de la pensión alimenticia ya que el padre no ha probado debidamente su disminución de ingresos, resultando de escasa relevancia su declaración fiscal donde de modo unilateral hace coincidir los gastos con los ingresos, siendo las comisiones e ingresos que derivan de la actividad de agente de seguros variables y de difícil prueba.

AP Ourense, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2009.

172

Reducción en un tercio de la cuantía de la pensión alimenticia al haberse acreditado que, como consecuencia de la crisis económica actual, el padre ha perdido su trabajo y sólo percibe la cuantía asignada en su prestación por desempleo.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de marzo de 2009.

172

Los efectos de la extinción de la pensión alimenticia sólo se producen desde la fecha en que se dicta sentencia no teniendo eficacia retroactiva.

AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 10 de marzo de 2009.

174

Aunque la jurisdicción social ha venido manteniendo la condición extrasalarial de las dietas, siempre ha matizado que deben concurrir algunos requisitos, entre otros, su carácter variable, pero en el presente caso, consta en las nóminas del padre que la partida de dietas es constante, por lo que deben tenerse en cuenta como ingresos para calcular el importe de la pensión alimenticia.

AP Ourense, Sec. 1.ª, Sentencia de 5 de marzo de 2009.

174

PENSIÓN COMPENSATORIA

Para el cálculo de la pensión compensatoria debe excluirse el sistema del porcentaje que solicita la esposa –nada menos que el 50% de los ingresos brutos del esposo– por la estricta injusticia de un cálculo de la pensión sobre los ingresos brutos en el que se parifican dos figuras –actor y demandada– que ni pueden serlo en lo profesional ni tampoco lo son en una perspectiva estrictamente societaria.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 11 de marzo de 2009.

175

Se ratifica en el procedimiento de divorcio la pensión compensatoria fijada en el convenio regulador de la separación con independencia de que el esposo haya venido dando a la apelante determinada cantidad al margen de la estipulada como pensión compensatoria, dado que dicha cantidad en exceso no puede tener otra consideración que la de mera liberalidad que no significa que en el procedimiento de divorcio la pensión compensatoria fijada en el de separación deba ser incrementada.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 19 de febrero de 2009.

176

No se extingue la pensión compensatoria dado que el hecho de haber contraído nuevo matrimonio es una decisión voluntaria y libre que adoptó el ex esposo, en la que no podía dejar de ponderar las obligaciones contraídas con su anterior esposa, y no es improbable sino absolutamente previsible que si el matrimonio lo contrae con una mujer de 30 años de edad, vaya a

tener hijos, por lo que el nacimiento de un hijo tampoco se considera causa para modificar la pensión.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 13 de febrero de 2009.

177

Se mantiene la pensión compensatoria dado que el trabajo que realiza la esposa es precario sin que el retraso en la reclamación del pago de las pensiones de cinco años constituya tampoco signo aparente de no necesitarlas.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 5 de febrero de 2009.

178

CUESTIONES PROCESALES

El recurrente que fue declarado en rebeldía no puede oponerse a la sentencia del juzgado alegando que los datos de sus ingresos tenidos en cuenta para la fijación de la pensión alimenticia no son los que realmente obtiene, pues su rebeldía se ha debido únicamente a su decisión de no comparecer, y ha perdido voluntariamente la oportunidad de alegar en la contestación, y probar en el acto del juicio cuáles fueron sus verdaderos ingresos.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 25 de febrero de 2009.

179

No es causa de nulidad de actuaciones que no se llevase a efecto la exploración judicial de un menor que tiene más de doce años dado que ésta se practicó en la pieza separada de medidas provisionales cuatro meses antes no siendo necesario reiterarla al no apreciarse la concurrencia de circunstancias sobrevenidas de incidencia en tal materia litigiosa.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2009.

180

El hecho del que derivó la orden de alejamiento ya adquirió cosa juzgada, sin que actualmente conste la existencia de ningún proceso penal contra el ex esposo, por lo que es obvio que el Juzgado de Violencia carece de competencia para tramitar el procedimiento de modificación de las medidas que se acordaron en un procedimiento civil.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 30 de enero de 2009.

180

Se desestima la excepción de prejudicialidad penal dado que la existencia de una causa penal por un delito contra la libertad sexual ni vincula, ni puede condicionar la estimación, en su caso, de la causa de divorcio, ni la adopción de otras medidas o efectos complementarios, como el uso del domicilio familiar, la pensión de alimentos y otras cuestiones que no se refieran a las relaciones de visitas o comunicación del padre con la hija.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 28 de enero de 2009.

182

Fijación de pensión compensatoria en el procedimiento de divorcio aunque no se formulase reconvencción expresa, toda vez que en el suplico de la demanda se solicitó la no fijación de dicha pensión y en el suplico de la contestación a la demanda se solicitó la fijación por cuantía de 300 euros mensuales.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 27 de enero de 2009.

183

No existe indefensión por no haberse documentado el acto de exploración de los menores, en virtud del cual se ha adoptado la decisión de establecer el régimen de guarda y custodia compartida.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 23 de enero de 2009.

184

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Nulidad de actuaciones al no haberse dado traslado de la oposición a la ejecución al Ministerio Fiscal.

AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de marzo de 2009.

185

Es admisible oponerse a la ejecución por impago de pensiones alegando que los hijos mayores de edad perciben ingresos por su actividad laboral.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 5 de marzo de 2009.

186

Esta Sala también ha apreciado el abuso de derecho como motivo que se puede articular en la ejecución procesal contra la ejecución de títulos judiciales, circunstancia que se da en el presente supuesto dado que el hijo mayor de edad se encuentra trabajando desde hace algún tiempo debiendo por tanto desestimarse la reclamación de pensiones alimenticias realizada por la madre.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 26 de febrero de 2009.

187

Es competente para el conocimiento de la demanda de ejecución de sentencia el Juzgado de Instrucción que dictó la sentencia de divorcio, no modificando dicha competencia la posterior creación de un juzgado específico de Violencia sobre la Mujer.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 26 de febrero de 2009.

188

En fase de ejecución no cabe admitir reconvencción por parte del ejecutado, ni tampoco puede compensarse el pago de la hipoteca que debería haber realizado la madre con la pensión alimenticia a cargo del padre.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 26 de febrero de 2009.

189

Las cuestiones que plantea la decisión de la madre de trasladarse a Bruselas no puede resolverse por vía de ejecución de sentencia.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de febrero de 2009.

191

Se desestima la demanda de ejecución formulada por el padre solicitando que se requiera a la madre para que facilite información sobre «las cuestiones relativas a salud, conducta y formación del menor de la que aquél no tenga conocimiento por razón de la no convivencia con el menor», habida cuenta que el hijo está próximo a cumplir la mayoría de edad y el padre puede dirigirse directamente a aquél para conocer dicha información.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 30 de enero de 2009.

192

Se condena a la ex esposa al abono de 8.500 euros por el incumplimiento del pacto del convenio regulador en el que se comprometía a abandonar la vivienda familiar en un fecha determinada, pactándose que por cada día de retraso abonaría 100 euros.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 16 de enero de 2009.

193

REGÍMENES ECONÓMICOS

Como medida de administración y hasta que tenga lugar las adjudicaciones, se acuerda que el esposo sea el que se haga cargo de los gastos del inmueble ganancial en atención a haberse acreditado ser quien dispone de su posesión y maneja, *de facto*, los fondos de la economía familiar.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Auto de 24 de marzo de 2009.

194

Se incluye en el activo la participación indivisa que le corresponde a la sociedad de gananciales en la propiedad de la vivienda, correspondiente al porcentaje que sobre el precio de adquisición de dicho inmueble representa la suma pagada de dicho precio desde la celebración del matrimonio hasta la fecha en que cesó la convivencia.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de marzo de 2009.

195

La mención que pudiese hacerse en el auto de medidas provisionales a que la vivienda era privativa del esposo carece de efectos en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de marzo de 2009.

196

Se consideran privativos los muebles ya que no se trata de donaciones por razón de matrimonio, sino que aquéllos fueron adquiridos por los padres de la esposa antes del matrimonio, existiendo y aportándose facturas de su adquisición, con lugar de entrega en el domicilio de los padres, comprados expresamente para su hija y con las facturas emitidas a nombre de los padres, no del matrimonio.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de marzo de 2009.

196

La adición o complemento a la liquidación de gananciales debe sustanciarse por los trámites del juicio ordinario y, por tanto, procede declarar la nulidad de lo actuado desde la admisión a trámite de la demanda habida cuenta que se siguió el procedimiento establecido en los artículos 806 y siguientes de la LEC.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Sentencia de 11 de marzo de 2009.

197

Se estima la excepción de inadecuación del procedimiento seguido para la liquidación de gananciales ante la existencia de una previa liquidación convencional que impide acudir a la liquidación judicial o contenciosa.

AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 11 de marzo de 2009.

198

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se ratifica la declaración de desamparo dado que, constatada la situación, por parte de la madre se mostró escasa colaboración con el equipo técnico, no admitiendo las visitas domiciliarias.

Consta acreditado que se recibió denuncia en el teléfono del menor en el que se exponía la situación de maltrato y de abandono de los niños, llegándose a una explotación laboral de éstos pues trabajaban en la granja que regentaba la madre y su actual compañero en horarios y condiciones inapropiadas para su edad.

AP Ourense, Sec. 1.ª, Sentencia de 5 de marzo de 2009.

202

No se accede a la petición de revocación de la declaración de desamparo dado que durante el acogimiento residencial, la madre biológica incumplía el horario del régimen de visitas, llegaba tarde, lo que entristecía y desestabilizaba al menor. No le llamaba por teléfono durante la semana y en las Navidades del año 2004 se ausentó definitivamente a la ciudad de Oviedo, siendo a partir de ahí prácticamente inexistentes los contactos con el menor.

AP Ourense, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de enero de 2009.

203

Se acuerda el acogimiento preadoptivo ya que no pueden quedarse los menores en situación de acogimiento simple, dada la corta edad con que cuentan y el tiempo transcurrido bajo la dependencia administrativa, a expensas de que la progenitora materna, a quien se le han dado oportunidades de poder rehabilitarse desde hace años, inicie y concluya favorablemente el proceso en que se encuentra inmersa.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 14 de enero de 2009.

204

UNIONES DE HECHO

No existe obstáculo alguno para que en procesos de parejas de hecho, la atribución del uso del domicilio familiar se extienda también al ajuar doméstico que comprende las ropas, el mobiliario y enseres, sin que se entiendan comprendidos en éste las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor, y ello, sin perjuicio de lo que pueda determinarse en el correspondiente procedimiento acerca de la titularidad de ese ajuar familiar.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 17 de febrero de 2009.

206

Se desestima la demanda interpuesta por una conviviente de hecho reclamando una indemnización a una entidad aseguradora en base a la póliza de seguro de vida que tenía suscrita el conviviente, al no poder asimilarse aquella relación a la expresión «cónyuge» que aparece en primer lugar como beneficiario de la póliza. Por otro lado, existe una falta de litisconsorcio pasivo necesario al tener que haber sido parte los herederos del fallecido.

AP A Coruña, Sec. 3.ª, Sentencia de 13 de febrero de 2009.

207

Desestimación de la demanda interpuesta por una integrante de una pareja de hecho solicitando la nulidad de la declaración de herederos abintestato a favor de los padres de quien había sido su pareja de hecho durante un tiempo hasta su muerte, por habérsele omitido, pidiendo en su lugar una declaración que, además de los derechos hereditarios, incluyese el usufructo vitalicio de la mitad del haber hereditario líquido.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 12 de febrero de 2009.

212

Se desestima la petición de medida cautelar consistente en fijación de una pensión alimenticia para la integrante de una pareja de hecho al no ser de aplicación la Ley de Uniones Estables de Pareja, dado que aquélla no se encuentra aún divorciada de su anterior esposo.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 11 de febrero de 2009.

214

Tratándose de una pareja de hecho sin descendencia, no se concede el uso de la vivienda a la conviviente, ya que el inmueble es propiedad exclusiva del conviviente, siendo indiferente que aquélla tenga un hijo de una relación anterior.

AP Málaga, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de enero de 2009.

216

CUESTIONES PENALES

Se condena al padre a siete meses y medio de prisión por un delito de lesiones causadas al hijo de 13 años que en ningún caso pueden estar amparadas por el derecho de corrección que tienen los padres.

AP Barcelona, Sec. 20.ª, Sentencia de 16 de febrero de 2009.

217

JUZGADOS DE 1.ª INSTANCIA

GUARDA Y CUSTODIA

A pesar de que la madre intentó suicidarse, se considera que se trató de una situación puntual de desbordamiento de la tensión e inestabilidad emocional acumulada, y por ello no se ve obstáculo en que pueda atribuírsele la custodia de los tres hijos que provisionalmente se había encomendado al padre.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Sevilla, Sentencia de 15 de mayo de 2009.

219

Se mantiene la custodia de la hija de doce años a favor de la madre y se obliga a todos los miembros de la familia a someterse a una terapia con carácter urgente, para superar el Síndrome de Alienación Parental severo ejercido por el padre frente a los hijos.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Sevilla, Sentencia de 19 de mayo de 2009.

221

PAREJAS DE HECHO-PENSIÓN DE VIUDEDAD

Se reconoce pensión de viudedad a la integrante de una pareja de hecho aun cuando no se formalizase la pareja mediante la inscripción en el correspondiente registro del ayuntamiento o mediante otorgamiento de documento público, dado que estos requisitos no se ajustan a la previsión normativa del artículo 174.3, inciso final, de la LGSS.

Juzgado de lo Social n.º 3 de Pamplona, Sentencia de 6 de abril de 2009.

224

RESOLUCIONES DE LA DGRN

VIVIENDA FAMILIAR

Habiéndose adjudicado a la esposa la vivienda familiar en la liquidación de la sociedad de gananciales, aunque sobre ella pese la carga de atribución de uso acordada en el procedimiento de divorcio, no existe ningún obstáculo para que aquélla pueda enajenar la vivienda sin que resulte necesario recabar el consentimiento del ex cónyuge que ni es titular del dominio ni es titular del derecho de uso.

Resolución de 14 de mayo de 2009.

231

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

No es posible la inscripción de una escritura de compraventa en la que el vendedor procede a dar por liquidada unilateralmente la sociedad de gananciales por fallecimiento de su esposa y se adjudica en pago de su parte proporcional en los gananciales la mitad indivisa de la finca descrita en la escritura, adjudicando la otra mitad indivisa a la herencia de la finada esposa, procediendo a continuación a formalizar la venta a tercera persona de la mitad indivisa previamente a él adjudicada.

Resolución de 2 de junio de 2009.

232

SECCIÓN PRÁCTICA

¿Son válidos los acuerdos prematrimoniales fijando una pensión compensatoria o renunciando a ella?

237

Casos prácticos.

245

DERECHO COMPARADO

El síndrome de alienación parental.

Manuel Bermúdez Tapia.

255

TRIBUNA ABIERTA

Los pagos parciales en el delito de impago de pensiones

Mercedes de los Ríos González.

285

Reflexiones sobre el síndrome de alienación parental

José Luis Sariago Morillo.

289

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

Datos de interés.	299
-------------------	-----

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Separación, divorcio y nulidad.	305
Patria potestad.	305
Guarda y custodia.	305
Régimen de visitas.	306
Vivienda y ajuar familiar.	306
Pensión alimenticia.	306
Pensión compensatoria.	306
Cuestiones procesales.	307
Ejecución de sentencias.	307
Regímenes económico-matrimoniales.	307
Procedimientos de menores.	308
Uniones de hecho.	308
Cuestiones penales.	309
Sucesiones.	309
Otras cuestiones.	310

Revista de **Derecho de** **familia**

ESTUDIOS DOCTRINALES

PENSIÓN COMPENSATORIA Y RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO

(A propósito de la STS de 10 de marzo de 2009) *

M.^a LUISA MORENO-TORRES HERRERA

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Málaga

RESUMEN

Con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2009, que establece que procede la pensión compensatoria a favor de la esposa, no obstante haber recibido ésta al liquidarse la sociedad de gananciales bienes por valor de 180 millones de pesetas (lo que en opinión del marido recurrente excluía el desequilibrio entre ellos), se pone de relieve en este artículo la específica función de la pensión compensatoria, que nada tiene que ver con las normas sobre régimen económico del matrimonio. Mientras que las normas sobre régimen económico del matrimonio resuelven, en el momento de la separación o el divorcio, el problema de la distribución entre los esposos de los bienes adquiridos durante la etapa matrimonial, la pensión compensatoria distribuye el llamado patrimonio indivisible, esto es, la distinta capacidad de obtención de recursos de los cónyuges, en cuanto que se considera causada por la relación matrimonial.

ABSTRACT

With occasion of the Sentence of the High Court of March 10 2009, that establishes that the compensatory pension is appropriate in favour of the wife, although she has received when being liquidated the society of shared possessions goods by value of 180 million pesetas, (what in the recurrent husband's opinion, excluded the imbalance among them), it is highlighted in this article the specific function of the compensatory pension that has nothing to do with the norms on economic regime of the marriage. While the norms on the economic regime of the marriage solve, in the moment of the separation or the divorce, the problem of the distribution among the spouses of the goods acquired during the matrimonial stage, the compensatory pension distributes the called indivisible patrimony, this is the different

(*) Este artículo se escribe en el ámbito del Proyecto I+D SEJ 2006-14829-Co2-02/JURI.

capacity of the spouses of obtaining resources, when is considered caused by the matrimonial relationship.

Sumario

I. RESUMEN DE LA SENTENCIA

II. LA FUNCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

III. PENSIÓN COMPENSATORIA Y RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO

III.1. Los bienes adquiridos durante el matrimonio

III.2. Los recursos económicos de los cónyuges o ex cónyuges tras la separación o el divorcio. El llamado patrimonio invisible

IV. LA RENUNCIA A LA PENSIÓN COMPENSATORIA

I. RESUMEN DE LA SENTENCIA

Los hechos del caso son relativamente simples. Los cónyuges se separan tras veintinueve años de matrimonio. En el momento de la separación la esposa tenía 48 años, había contraído matrimonio siendo muy joven, por lo que no contaba con formación ni experiencia profesional suficiente para acceder con facilidad al mercado laboral, y se había dedicado durante toda la etapa matrimonial al cuidado de la familia. La pareja había tenido una sola hija, que en el momento de la separación contaba dieciséis años de edad y cuya custodia se atribuía al padre, que se hacía cargo, asimismo, de todos sus gastos.

El matrimonio estaba sometido al régimen de gananciales, si bien más de un año antes del cese de la convivencia, los esposos habían otorgado capitulaciones matrimoniales sometiendo al régimen de separación de bienes. La sociedad de gananciales se había liquidado, adjudicándose a cada uno de sus miembros bienes por valor de 10.818.217,88 euros (180 millones de pesetas). Sin embargo, mientras que la esposa recibió en pago de su mitad de gananciales bienes improductivos, al marido le fueron adjudicadas la totalidad de las participaciones en diversas empresas farmacéuticas que habían sido la fuente de ingresos de la familia y de donde el marido obtenía, sin perjuicio de eventuales plusvalías, unos ingresos anuales de 132.222,66 euros (22 millones de pesetas).

La única cuestión controvertida en este pleito fue la relativa a la procedencia o no de pensión compensatoria a favor de la esposa. Sobre este aspecto se evidenciaron, desde el

principio, posturas radicalmente opuestas entre los litigantes. Mientras que el marido declaró en su escrito de demanda que «no ha lugar a fijar pensión compensatoria a favor de ninguno de los cónyuges, ni a adoptar ninguna otra medida de orden económico o patrimonial», la esposa solicitaba en concepto de pensión compensatoria más de nueve mil euros mensuales.

El marido, luego recurrente en casación, se opone al reconocimiento del derecho a pensión con dos argumentos: por un lado, la inequívoca voluntad de la esposa de no reclamarla, y, por otro, la ausencia del desequilibrio patrimonial que la justifique. Según la tesis del recurrente esa «inequívoca» voluntad de la esposa de no reclamar la pensión compensatoria resultaba de un pacto, contenido en la mencionada escritura de capitulaciones matrimoniales, que literalmente decía que «Los gastos de cada uno de los cónyuges, de cualquier tipo y en cualquier circunstancia, serán a cargo exclusivo del que los produjere, sin posibilidad de repercusión alguna frente al otro y sus bienes» (pacto IV), lo que a su juicio dejaba patente la voluntad de ambos esposos de desvincularse totalmente uno del otro a nivel económico y, por lo tanto, una renuncia de la esposa a la pensión compensatoria. En cuanto al desequilibrio patrimonial que ha de fundamentar la pensión, aducía que no existía, dado que la liquidación de la sociedad legal de gananciales supuso la equiparación económica de los esposos.

La Sentencia de Primera instancia resolvió conceder a la esposa una pensión de 2.100 euros mensuales actualizables anualmente conforme al IPC, sin fijar límites temporales y, apelada la sentencia, la Audiencia confirma el fallo. El Tribunal Supremo, por su parte, desestima el recurso de casación.

El recurso de casación se fundaba en los siguientes motivos: primero, infracción por inaplicación de la doctrina jurisprudencial sobre los actos propios; segundo, infracción por inaplicación del artículo 1091 del CC; tercero, infracción por interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 97 del CC, y cuarto, infracción por inaplicación del artículo 1258 del CC.

El Tribunal, tras recordar y reiterar los rasgos que caracterizan la pensión compensatoria regulada en el artículo 97 del CC¹ y destacar, sobre todo, su finalidad equilibradora, entra a analizar los motivos del recurso.

1. Reproducimos íntegramente el Fundamento de Derecho segundo: «La respuesta casacional a la controversia pasa necesariamente por recordar la configuración legal y doctrinal de la pensión compensatoria. En torno a la misma, deteniéndonos tan sólo en lo que nos interesa (dejando de lado la posibilidad de su fijación temporal) constituye doctrina de esta Sala, plasmada, entre otras, en Sentencia de 10 de febrero de 2005, Recurso de Casación 1876/2002, luego citada por la de 28 de abril de 2005, lo siguiente: a) Que del tenor del artículo 97 del Código Civil (“el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias: ...”) “se deduce que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no es la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad —el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo—, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutó el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios”. b) Que “La regulación del Código Civil, introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, regula la pensión compensatoria con características propias —*sui generis*—. Se quiere decir que está notoriamente alejada

No considera infringidos los artículos 1091 y 1258 del CC, cuya invocación «resulta ajena a la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida» —ya que en modo alguno la Audiencia pone en duda la fuerza vinculante de lo pactado en la escritura de capitulaciones matrimoniales—, ni tampoco la doctrina de los actos propios, y mantiene la interpretación dada por la Sala al Pacto IV de la citada escritura, en aplicación de la doctrina según la cual «la calificación de los contratos, así como la interpretación de los mismos, es función propia de los juzgadores de la instancia, cuyo resultado ha de ser mantenido invariable en casación, a no ser que el mismo sea ilógico, absurdo o contrario a la ley» por conculcar las normas de la hermenéutica contractual (Sentencias, entre otras muchas, de 29 de noviembre y 23 de enero de 2007). Según el Tribunal, de la redacción del Pacto IV se desprende con absoluta claridad que la voluntad de los esposos de correr con sus gastos «de cualquier tipo y en cualquier circunstancia», era tan sólo una de las consecuencias del régimen de separación por el que habían optado en sustitución del legal de gananciales que hasta entonces regía la economía del matrimonio, faltando razones para entender que además existía en los cónyuges el ánimo de renunciar a la pensión por desequilibrio del artículo 97 del Código Civil, y con menor motivo si se tiene en cuenta que en ese instante tal pensión era una mera expectativa de un derecho futuro, el cual estaba pendiente para su devengo de que se diera la ruptura conyugal (la cual no se produciría sino más de un año después de la fecha de otorgamiento de las capitulaciones).

También la invocación de la doctrina de los propios actos, que se dice vulnerada por el recurrente, «resulta inocua en este caso, pues siendo cierto que los cónyuges pactaron un régimen de separación de bienes y disolvieron y liquidaron la sociedad de gananciales, de sus actos, y en particular de los actos de la esposa, no cabe extraer la conclusión de que la

de la prestación alimenticia —que atiende al concepto de necesidad—, pero ello no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los artículos 100 y 101, ni en la puramente compensatoria que podría conducir a ideas próximas a la *perpetuatio* de un *modus vivendi*, o a un derecho de nivelación de patrimonios”. c) Y finalmente, en cuanto a los factores a tener en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria, que tales factores son numerosos, y de imposible enumeración, destacándose en el propio precepto y sin ánimo de ser exhaustivo, los siguientes: “la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos; cuántos de éstos precisan atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del perceptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado —perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral—; posibilidades de reciclaje o volver —reinserción— al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc.”. 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 perceptor, 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. del 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».

asumida independencia económica alcanzaba hasta el punto de renunciar a la pensión que por desequilibrio pudiera corresponder a cualquiera de ellos ante una eventual ruptura conyugal, debiéndose tener en cuenta además que, como se dijo, en el momento de pactarse el nuevo régimen económico la pareja seguía conviviendo y lo siguió haciendo hasta el verano del año siguiente, momento en que se sitúa la ruptura determinante del nacimiento del derecho, por lo que es de todo punto imposible que los actos previos a ese momento puedan considerarse actos de renuncia a la pensión, que vinculen a la recurrida, dado que fueron realizados sin tener consciencia de ese ulterior y eventual derecho. En este sentido, la Sentencia de esta Sala de 5 de julio de 2007 señala que «el principio general de Derecho que veda ir contra los propios actos, como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 7.1 del CC que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico, sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior, y esta doctrina no es de aplicación cuando la significación de los precedentes fácticos que se invocan tiene carácter ambiguo o inconcreto (SSTS de 23 de julio de 1997, 9 de julio de 1999, etc.) o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico». [Fundamento de Derecho tercero, apartado A)].

En cuanto a la supuesta interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 97 del CC, el Tribunal considera que el recurrente, con su planteamiento, «se aparta de la auténtica naturaleza de la pensión compensatoria, que, tal como la configura nuestro ordenamiento, e interpreta la doctrina analizada, no es una pensión alimenticia a favor del cónyuge más necesitado, sino un derecho cuya razón de ser se halla únicamente en la existencia de desequilibrio vinculado a la ruptura conyugal, por lo cual, lo esencial para que pueda accederse a su reconocimiento es que el cónyuge solicitante demuestre que la ruptura le ha supuesto un empeoramiento en su situación económica con relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge, siendo por ello irrelevante la ausencia de necesidad, es decir, que el cónyuge más desfavorecido tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo. La Audiencia se ajusta en su decisión plenamente a la doctrina sobre la pensión compensatoria y a los presupuestos legales que han de concurrir para su concesión. Así, la situación de desequilibrio ha sido acreditada acertadamente en ambas instancias en atención a las circunstancias a las que, de modo no exhaustivo, alude el artículo 97 del Código Civil, particularmente la duración del matrimonio (29 años), la dedicación constante de la esposa durante todo ese tiempo al cuidado de la familia, coadyuvando al éxito de su esposo, la edad de la esposa (48 años) y su falta de formación y experiencia profesional, determinante de graves dificultades para acceder al mercado laboral. Del mismo modo, ese desequilibrio conlleva además un empeoramiento de la situación de la esposa respecto de la que tenía durante el matrimonio, porque es evidente que mientras el esposo ha sido el único que ha trabajado constante matrimonio y sigue al frente del que fue el negocio familiar, la esposa, al verse privada de su formación y experiencia laboral por el cuidado de la familia, coadyuvando al éxito profesional del esposo, se encuentra en desventaja respecto del mismo a la hora de obtener un empleo que le permita mantener el

patrimonio que le fue adjudicado con la liquidación o incluso incrementarlo con los rendimientos de su trabajo, lo que por el contrario sí que puede hacer el recurrente, al constar unos ingresos de unos 22 millones de pesetas anuales sólo por ese concepto. A la hora de apreciar los presupuestos de la pensión, no resulta en modo alguno relevante que sólo en el último año la economía conyugal se rigiera por el régimen de separación de bienes pues ni la adopción de este régimen resulta incompatible con el derecho a pensión, ni la disolución y liquidación del régimen legal de gananciales que venía rigiendo es incompatible con la generación del desequilibrio, en tanto siguió subsistiendo el matrimonio y la convivencia, y la esposa no recibió más que la mitad de lo que legalmente le correspondía, pero no la compensación por el desequilibrio que le produjo la ruptura y que, más allá de que le correspondieran bienes en igual valor que los de su marido, viene determinado por el hecho de haber dedicado 29 años de su vida a la familia y a subvenir con su dedicación a los éxitos económicos y empresariales de su esposo, y por el hecho de que, al separarse, su falta de experiencia y formación profesional, junto a su edad, la sitúan en desventaja frente al marido, al no tener la esposa otro patrimonio que el recibido, pero con dificultad de administrarlo adecuadamente o de incrementarlo con su trabajo, como ha quedado dicho».

II. LA FUNCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Hay muchas razones para recibir con agrado la sentencia que constituye el objeto de este comentario. Entre otras cosas, hacía falta que el Tribunal Supremo clarificase su interpretación sobre la figura de la pensión compensatoria regulada en el artículo 97 del CC y en particular sobre el significado del desequilibrio que constituye el presupuesto para su nacimiento, dado que no faltan pronunciamientos judiciales en los que se niega el derecho a pensión compensatoria, no obstante existir el desequilibrio, cuando quien la pretende disfruta de recursos económicos propios obtenidos del trabajo², o posee un patrimonio propio³. La realidad es que en la práctica la pensión compensatoria se establece casi ex-

2. Caso de la SAP de Madrid (Sección 24.^a) de 15 de marzo de 2006 (JUR\2006\175590). El Juzgado había concedido a la esposa una pensión por importe de 1.800 euros mensuales y la Sala revoca la decisión, negándole el derecho a pensión compensatoria, por considerar que no hay desequilibrio, dado que, como afirma la mayoría de la doctrina, «el reequilibrio 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 corresponde según sus propias actitudes o capacidades para generar recursos económicos». En opinión de la Sala no hay desequilibrio porque «el reequilibrio se da cuando ambas partes trabajan y perciben ingresos conforme a su cualificación profesional» y la esposa percibía un sueldo de 1.260,13 euros mensuales netos. La pensión compensatoria –declara la sentencia– «no es un instituto jurídico equiparador de economías dispares; no es instituto dador de cualificaciones profesionales que no se tienen; y, finalmente, no opera si ambas partes trabajan, están cualificadas, y sus ingresos, los de cada uno, son los justos y acoplados a sus aptitudes y actitudes para generarlos y que deben ser suficientes para subvenir a sus propias necesidades pues no debe olvidarse que la bonanza matrimonial ya quedó atrás y ahora lo que hay es una situación de crisis o patología matrimonial. La situación laboral actual de dicha Sra. no afecta a lo que se lleva dicho, pues en el hipotético supuesto de que existiera desequilibrio la causa directa, eficiente y determinante *per se* no sería por el cese de la convivencia matrimonial, sino por las vicisitudes laborales y éstas no las ampara el artículo 97 del CC» (Fundamento de Derecho Tercero).

3. Caso de la SAP de Barcelona (Sección 12.^a) de 24 de enero de 2000 (AC 2000\131). La Sala afirma la inexistencia de desequilibrio, a pesar de que tras la ruptura el marido quedaba como propietario del 60% de la empresa familiar que había facturado en años anteriores más de 80 millones de pesetas, y de la que era administrador, y la esposa, en cambio, era titular del 10% y no desempeñaba actividad laboral retribuida. El 30% restante de las participaciones de la sociedad pertenecía a los padres del esposo, pero se preveía que serían de éste en un futuro próximo. En el proceso se reconoció a la esposa el derecho a la indemnización prevista en el artículo 41 del Código de Familia de Cataluña, pues había trabajado como administrativa de la empresa familiar mientras duró la convivencia, sin percibir por ello salario alguno. La indemnización se fijó en cuatro millones de pesetas. Este fue el motivo principal por el que se le negó el derecho a pensión compensatoria que el Juzgado en cambio

clusivamente en casos en los que uno de los cónyuges, que suele ser la esposa, no dispone de recursos propios y se encuentra, por lo tanto, en una situación objetiva de necesidad, siendo la pensión su único medio de vida⁴. La pensión se limita o no temporalmente por el tribunal en función de si la valoración de las circunstancias concretas del caso hacen posible y exigible que su beneficiario atienda por sí mismo, en el futuro, a su propia subsistencia⁵. Y es que está muy extendido el pensamiento según el cual sólo tiene derecho a pensión el cónyuge que carece de medios de vida.

Esperemos que las afirmaciones contenidas en esta sentencia contribuyan a clarificar un poco las cosas y que los aplicadores del Derecho comprendan, de una vez por todas, que el presupuesto de la pensión compensatoria es el desequilibrio en los medios de vida de los cónyuges que se manifiesta en el momento de la separación o del divorcio y que no puede, consecuentemente, negarse la pensión, si este desequilibrio existe, sobre la base de que el cónyuge que la solicita realiza una actividad retribuida o tiene un patrimonio o unas rentas que le permiten vivir. El problema de fondo deriva del hecho de que es la propia sociedad la que parece tener dificultades para aceptar que uno de los cónyuges sea condenado a pagar

le había reconocido. La Sala sostuvo que «Atendidas las circunstancias que concurren, la inexistencia de hijos, la experiencia laboral de la demandante y, en especial, el reconocimiento a favor de la misma de la indemnización por enriquecimiento injusto consecuente con la liquidación del régimen económico-matrimonial de separación de bienes catalán en la cuantía de 4.000.000 de pesetas, así como el activo patrimonial remanente del que dispone la esposa, resulta procedente acoger la pretensión revocatoria en este extremo y, apreciando la inexistencia de desequilibrio económico, suprimir y dejar sin efecto la pensión por desequilibrio económico establecida en la sentencia de instancia» (Fundamento de Derecho Tercero). Se toma esta decisión a pesar de reconocerse, no sólo «la dedicación de la esposa al negocio familiar y la repercusión económica de dicha actividad, al desempeñar un puesto de confianza que permitía al demandado realizar otras actividades dentro de la empresa, sino también la pérdida de oportunidades de consolidación laboral de la actora, la limitación de su promoción profesional y la difícil situación en la que se encuentra tras la ruptura matrimonial en orden al acceso a un estatus patrimonial estable» y que «la actora también atendía las labores propias del ama de casa, sin contraprestación alguna, en beneficio del demandado» (Fundamento de Derecho Segundo).

Muy distintas a las de este caso y a las del recogido en la nota anterior son las circunstancias del caso resuelto por SAP de Badajoz (Sección 2.^a) de 18 de enero de 2000 –AC 2000\2881–, pues si bien existía desequilibrio, las necesidades del esposo, uno de los criterios para la determinación de la cuantía de la pensión según el artículo 97 del CC, eran elevadas. La Audiencia en ningún momento la inexistencia de desequilibrio, sino que «La actual situación económica del marido no permite el establecimiento de la pensión compensatoria interesada. Debe partirse de la base que el señor M.C. se encuentra en la situación de gran invalidez, necesitando la ayuda de terceras personas para llevar a cabo las necesidades ordinarias de la vida cotidiana (folio 7 de los autos). Los ingresos del esposo alcanzan una media de 227.000 pesetas aproximadamente, conforme se desprende del documento obrante al folio 72. Una tercera parte de esa cifra debe destinarse al pago de la persona de la que necesita servirse para su vida cotidiana, con lo que sus ingresos reales se reducen a unas 150.000 pesetas. Si se tiene en cuenta que abona a sus hijos en concepto de pensión alimenticia 60.000 pesetas mensuales, ello significa que le quedan 90.000 pesetas en total para su mantenimiento, de lo que ha de deducirse el pago de vivienda, al haberse atribuido a la esposa el uso de la que fuera domicilio conyugal. Debe además tenerse en cuenta que la esposa ha venido teniendo trabajos remunerados intermitentes, lo que significa que puede tener acceso al mundo laboral, aunque ello sea de manera temporal y con las naturales dificultades que ello puede entrañar. No se olvide que se trata de una persona aún joven y con experiencia, como se ha dicho, en el mundo del trabajo y por ello puede reanudar la actividad laboral interrumpida» (Fundamento de Derecho Primero).

4. Entre otras muchas, SAP Granada (Sección 3.^a) de 25 de enero de 2000 –AC 2000\92–; SAP Barcelona (Sección 12.^a) de 31 de marzo de 2003 –AC 2003\1109– y SAP Barcelona (Sección 12.^a) de 3 de mayo de 2007 –JUR 2007\261781–.

5. Así, en el caso resuelto por SAP de Zaragoza (Sección 5.^a) de 17 de enero de 2001 –AC 2001\118– se limitó temporalmente la pensión en atención a la escasa duración del matrimonio, la juventud de la esposa y la «falta de problemas de subsistencia», eso sí, con el razonamiento, que no puede sino compartirse, de que la pensión compensatoria no es un derecho absoluto ni vitalicio, sino relativo, circunstancial y eventualmente limitado en cuanto al tiempo de su duración, cuya auténtica finalidad no es otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en situación de potencial igualdad, facilitándole la posibilidad de rehacer la vida y conseguir un *status* económico autónomo, generalmente proporcional a la duración de la efectiva convivencia conyugal, no pudiéndose admitir con carácter general e indiscriminado la concepción de dicha pensión como una especie de pensión vitalicia, a virtud de la cual el beneficiario tendría un derecho de tal naturaleza frente al otro (Fundamento de Derecho Tercero).

al otro una cantidad de dinero, tras la ruptura o con ocasión de ésta, si no hay una verdadera situación de necesidad en el beneficiario. Y es claro que la opinión de nuestra sociedad, de la que por supuesto forman parte los jueces, incide en la forma de interpretar la ley, hasta el punto de que no se puede descartar que acabe imponiéndose a las previsiones legislativas en un futuro no lejano.

Antes de que los textos legales o incluso la doctrina comenzasen a hablar del principio de autorresponsabilidad o autosuficiencia, recientemente incorporado de modo expreso por el Código alemán, y conforme al cual cada uno de los cónyuges tiene, tras la ruptura de la relación matrimonial, el deber de atender por sí solo a su propia subsistencia, este modo de ver las cosas se había dejado sentir en las propuestas de los autores y en las decisiones de los jueces y tribunales españoles, desde muy pronto preocupados por evitar que el matrimonio se convirtiese en un medio de consolidación del *status* de vida que se había disfrutado durante la convivencia.

Es esto, de hecho, lo que explica los intentos de la doctrina de reducir el ámbito de aplicación de la pensión compensatoria, y, en concreto, la aparición y la gran aceptación de la llamada tesis subjetiva sobre el desequilibrio⁶, primero, y de la teoría del coste de oportunidades, después⁷. Pero una y otra deben de ser descartadas, en nuestra opinión, tras la reforma operada por la Ley 15/2005, que da nueva redacción al artículo 97 del CC, el cual establece ahora con toda claridad que las circunstancias enumeradas en el precepto son sólo criterios para la determinación de la cuantía de la pensión, de donde resulta que no pueden tenerse en cuenta para determinar si se da o no el presupuesto necesario para el nacimiento del derecho. A tal fin basta que exista un desequilibrio económico entre los cónyuges, producido por la separación o divorcio, «que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio» (artículo 97 del CC), siendo indiferente la causa que lo origine.

Probablemente sea también el temor a que el matrimonio se convierta en un modo de consolidar injustificadamente una determinada posición económica lo que subyace en el hecho de que incluso aquellos pronunciamientos judiciales que interpretan adecuadamente el artículo 97 del CC, opten por pensiones compensatorias de cuantía muy reducida. Es cierto, y es uno de los aspectos que nos recuerda la STS de 10 de marzo de 2009, que la finalidad equilibradora de la pensión no significa establecer una igualdad o paridad absoluta entre dos patrimonios [Fundamento de Derecho Segundo, apartado A)]. La mejor prueba de que no se está reconociendo al cónyuge débil el derecho a disfrutar exactamente de la posición económica del otro es que la cuantía de la prestación se determina, caso por caso, en atención a las circunstancias enumeradas por el propio legislador. Ahora bien, la aplicación de esas circunstancias debería determinar, en el caso que nos ocupa, una pensión de cuantía

6. Consiste básicamente en entender que las circunstancias enumeradas en el párrafo 2.º del artículo 97 (edad y estado de salud, cualificación profesional,...) integran el propio concepto de desequilibrio, debiendo tenerse en cuenta, no ya para cuantificar la pensión, sino para determinar su procedencia, substrayéndose así ciertos desequilibrios al juego de la norma.

7. Esta teoría desplaza la causa del desequilibrio hacia la pérdida de perspectivas económicas que ha supuesto para uno de los cónyuges el matrimonio posteriormente roto. Concede gran relevancia a la situación previa al matrimonio y propugna considerar la pensión por desequilibrio como una prestación dirigida a compensar el mayor coste que, desde el punto de vista de la posibilidad de obtener ingresos propios, ha supuesto para uno de los cónyuges la celebración del matrimonio y su posterior ruptura. Para llegar a esta conclusión se seleccionan, dentro de las circunstancias enumeradas en el artículo 97, aquellas que resultan adecuadas a la función que defiende para la pensión como instrumento que posibilite el reciclaje profesional del esposo más perjudicado por la convivencia.

superior a los 2.100 euros establecidos, pues la esposa, en palabras del propio Tribunal, había «dedicado 29 años de su vida a la familia y a subvenir con su dedicación a los éxitos económicos y empresariales de su esposo», a lo que se une «el hecho de que, al separarse, su falta de experiencia y formación profesional, junto a su edad, la sitúan en desventaja frente al marido, al no tener la esposa otro patrimonio que el recibido, pero con dificultad de administrarlo adecuadamente o de incrementarlo con su trabajo» (Fundamento de Derecho Tercero, *in fine*). Si el esposo percibía, sólo en concepto de rentas de sus bienes, 132.000 euros anuales, esto es, 11.000 euros mensuales, la pensión concedida a la esposa resulta reducida, teniendo en cuenta todas las circunstancias enumeradas en el artículo, incluso el hecho de que la única hija del matrimonio quedaba, también en el plano económico, a cargo del padre.

En nuestra opinión, el sistema diseñado por el legislador español en cuanto a la pensión posmatrimonial no precisa, en el momento presente, de ninguna modificación⁸. Se trata de un sistema que concilia adecuadamente el principio de autosuficiencia económica tras el divorcio y la necesaria protección del cónyuge débil —consecuencia del deber de protección de la familia— y en el que el arbitrio judicial tiene suficiente reconocimiento, sin una merma excesiva de la seguridad jurídica. Además, el propio legislador introduce los instrumentos que impiden que el nivel de vida disfrutado durante el matrimonio se prolongue injustificadamente: en particular, la posibilidad de la pensión compensatoria temporal, pero también las distintas circunstancias que han de tenerse en cuenta para la determinación de la cuantía de la pensión.

Debe, pues, extremarse la cautela en la aplicación del artículo 97 del CC, manteniendo la figura de la pensión compensatoria dentro del marco legal y evitando aquellas interpretaciones que, al amparo del arbitrio judicial, la desvirtúan. La pensión compensatoria, guste o no al aplicador del Derecho, no es una prestación de subsistencia, sino la cantidad de dinero necesaria para equilibrar, tendencialmente al menos, los recursos económicos con los que los cónyuges habrán de afrontar una vida independiente.

El Derecho español no considera que el único caso en el que, tras el fin de la relación matrimonial, un cónyuge está obligado al mantenimiento del otro, es el supuesto en que éste se encuentre en un estado de necesidad. Podría haberlo hecho, otorgándole un derecho de alimentos sujeto a las previsiones de los artículos 142 a 153 del CC. Pero ha preferido, en lugar de ello, establecer un instrumento —la pensión compensatoria— dirigido a reequilibrar, de modo temporal o vitalicio, según los casos, los medios de vida de los cónyuges, y ello como modo de distribuir entre éstos los costes que en términos de capacidad de rédito ha supuesto la dedicación a la familia durante la etapa matrimonial. Ésta, y no otra, es la *ratio* de la pensión compensatoria. Si se reconoce al cónyuge económicamente débil el derecho a obtener del otro una prestación es porque el legislador supone que la diferente capacidad de obtención de recursos entre los esposos viene causada por las decisiones tomadas durante la etapa matrimonial. Ésta es la interpretación que resulta del hecho de que la ley, de un lado, establezca como único presupuesto de la pensión el desequilibrio, y de otro, prevea la posibilidad de la pensión compensatoria temporal. La forma de conciliar estos dos aspectos es la expuesta: interpretar que el sistema es objetivo —lo que significa que para conceder la pensión son irrelevantes las razones del desequilibrio—, pero que, al mismo tiempo, no igno-

8. Otra cosa, obviamente, es la conveniencia de clarificar o mejorar la redacción de las normas que la regulan.

ra el principio de autorresponsabilidad, concibiendo la pensión como la vía para procurar a su perceptor los medios económicos que le permitan situarse en las condiciones adecuadas de autonomía patrimonial.

El sistema expuesto resulta, entonces, difícil de calificar. No es fácil determinar cuál es la naturaleza de la pensión compensatoria y la sentencia que comentamos no es ajena a esta dificultad, como demuestran las declaraciones de la Sala, que dice que la pensión compensatoria posee características propias o *sui generis*, con lo que «se quiere decir que está notoriamente alejada de la prestación alimenticia —que atiende al concepto de necesidad—, pero ello no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los artículos 100 y 101, ni en la puramente compensatoria que podría conducir a ideas próximas a la *perpetuatio* de un *modus vivendi*, o a un derecho de nivelación de patrimonios».

A nuestro modo de ver, y dentro de las dificultades que entraña la cuestión, la pensión posee naturaleza asistencial. Con ello no se quiere decir que descanse en un estado de necesidad entendido en sentido objetivo, pues es obvio que no es el caso. Afirmar que la pensión tiene naturaleza asistencial es simplemente descartar que se trate de una indemnización o resarcimiento por un daño, y descartar, también, que con ella se esté compensando o retribuyendo al cónyuge débil por la actividad realizada en beneficio de la familia o del otro cónyuge durante la etapa matrimonial. No es así desde el momento en que todo desequilibrio, cualquiera que sea su causa, es presupuesto para el nacimiento del derecho. En definitiva, afirmar que la pensión tiene naturaleza asistencial significa que el único presupuesto para su nacimiento es el desequilibrio⁹ y, en un plano más general, que es una medida de protección del cónyuge débil.

Un problema distinto es el del fundamento o razón de ser de la pensión. Descartado, como no podía ser de otra forma, que la prestación posmatrimonial constituya un medio para prolongar el *status* de vida disfrutado durante el matrimonio, y descartada también la subsistencia de un deber de solidaridad tras la ruptura, lo que no resulta coherente con el hecho de concebirse la separación y el divorcio como figuras mediante las que se pone fin a la relación matrimonial, la única justificación de esta prestación es la necesidad de distribuir de manera equitativa entre los esposos los costes que se derivan de su dedicación a la atención de la familia mientras convivieron.

Todo lo anteriormente expuesto sobre la función y el fundamento de la pensión compensatoria resulta compatible con la doctrina del TS contenida en esta sentencia, con la cual no podemos, en términos generales, sino mostrarnos de acuerdo. Hay, no obstante, alguna afirmación que no compartimos. De un lado, el hecho de que se tengan en cuenta, a la hora de determinar la existencia de desequilibrio, las circunstancias del párrafo segundo del artículo 97 del CC¹⁰, aspecto sobre el que ya nos hemos pronunciado. De otro, la consideración por parte del Tribunal de que la pensión es compatible con el derecho de alimentos en los casos de separación (Fundamento de Derecho Segundo, último párrafo).

9. En este sentido, AL MUREDEN, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole*, Ipsosa, 2007, p. 246.

10. Cfr. el apartado c) del Fundamento de Derecho Segundo, recogido en la nota 2. Consecuentemente el Tribunal no considera que el desequilibrio sea presupuesto exclusivo del nacimiento del derecho, sino presupuesto «básico».

Ésta es una declaración, tomada de resoluciones anteriores e irrelevante en este proceso, —decisiva en cambio en el caso resuelto por la STS de 10 octubre de 2008 (Ponente: Roca Trías)¹¹—, que creemos inexacta desde la entrada en vigor de la reforma del Código Civil operada en el año 2005. Frente a la opinión unánime según la cual en los casos de separación el cónyuge en situación de necesidad ostenta frente al otro un derecho de alimentos que se considera un derecho distinto, independiente y compatible con la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del CC, entendemos, y así lo hemos defendido en ocasiones anteriores¹², que la única prestación entre cónyuges tras la separación judicial es la pensión compensatoria. El razonamiento habitual es que en los casos de separación subsiste el vínculo conyugal y que la condición de cónyuge, que es la que el Código tiene en cuenta, sin distinciones, para establecer el deber de alimentos (artículo 143), no desaparece, se dice, sino con el divorcio. El argumento, que parece inspirado en la concepción canónica del matrimonio, es poco sólido. Sin entrar en la cuestión de si en la reforma del 81 se quiso o no reconocer entre los esposos separados, aparte de la pensión compensatoria, una pensión alimenticia sometida a un régimen distinto, lo que resulta claro es que tal conclusión no puede mantenerse tras la reforma de 2005. El nuevo sistema exige que se equiparen lo más posible las situaciones de separación legal y de divorcio, una vez que la primera ha dejado de ser una situación de tránsito a la segunda. En el régimen que estuvo vigente hasta 2005 podía resultar coherente que la situación patrimonial de los separados fuera diferente a la de los divorciados y que entre los primeros se mantuviera el deber de asistencia material. Tenía cierto sentido porque la separación se concebía como una situación intermedia entre la relación matrimonial y la disolución que producía el divorcio. Pero hoy esta diferencia ha desaparecido. Si se mantiene, de conformidad con el artículo 32 CE, la separación judicial como figura autónoma, es para respetar la libertad de los cónyuges. El deber de ayuda mutua entre cónyuges, que es el fundamento del deber de alimentos entre ellos, desaparece tanto en la separación judicial como en el divorcio, porque no es un deber ligado al vínculo matrimonial, sino un deber propio de la relación matrimonial, y es lo razonable entender que ésta desaparece de modo definitivo, tanto si hay divorcio como si hay separación.

11. En el convenio regulador de la separación no se había estipulado pensión compensatoria por considerarse que no había desequilibrio en ninguno de los esposos que implicase un empeoramiento de su situación anterior. Dos meses después de la sentencia de separación, la esposa demanda al marido reclamándole alimentos, alegando que se encontraba en situación de desempleo. Tanto el Juzgado como luego el TS entendieron que en las situaciones de separación subsiste el derecho a reclamar alimentos. La diferencia fue que mientras que el Juzgado apreció una situación de necesidad en la demandante, no lo hizo el TS, que confirmó la Sentencia desestimatoria de la Audiencia por este motivo. Pero las razones de la Audiencia para rechazar la pretensión de la esposa separada fueron otras, y resultaban, desde nuestro punto de vista, más convincentes, aunque no del todo claras. «Entiende la Sala sentenciadora que el problema consiste en determinar si se “puede pedir pensión alimenticia obviando las normas de la pensión compensatoria, es decir, el que concurren circunstancias que hayan producido la alteración sustancial de las condiciones que los propios cónyuges tuvieron en cuenta para firmar un convenio de separación” y aunque considera que la solución se debe establecer en cada caso concreto, “no puede separarse radicalmente de las normas de la pensión compensatoria, pues como hemos afirmado supone una regulación más amplia y en la mayoría de casos amparadora de la pensión por alimentos”. En conclusión, afirma que “no se ha producido ninguna circunstancia nueva y distinta de aquellas que consideraron los esposos para fijar su régimen de vida tras la separación, y dada la proximidad entre la sentencia de separación y el momento de presentación de la demanda, podríamos encontrarnos ante un claro fraude del convenio celebrado, no olvidemos que con claro desequilibrio a favor de la esposa, y por ello de las condiciones fijadas en la sentencia judicial”, razones por las que considera que debe estimarse el recurso» (Fundamento de Derecho Primero).

12. MORENO-TORRES HERRERA, M.L., «La pensión compensatoria», en *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/ 2005)*, coord. J.V. Gavidia Sánchez, Marcial Pons, Barcelona 2007, pp. 127 a 234, donde se encuentran, más ampliamente desarrolladas, algunas de las ideas expuestas en este comentario.

No es el expuesto, sin embargo, el punto de vista del TS, que en la Sentencia últimamente citada, de 10 de octubre de 2008, confirma «su doctrina reiterada de acuerdo con la que constante matrimonio, aunque se haya producido la separación de los cónyuges, sigue manteniéndose el derecho recíproco a la prestación de alimentos» (Fundamento de Derecho Tercero).

III. PENSIÓN COMPENSATORIA Y RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO

Como dice el propio Tribunal Supremo, en síntesis son dos los argumentos que emplea el esposo recurrente para oponerse a la sentencia dictada en apelación. Uno, que faltaba el presupuesto de la pensión compensatoria, esto es, el desequilibrio patrimonial entre los cónyuges, y otro, que la esposa había renunciado a la pensión. Nos ocupamos por separado de ambas cuestiones en sendos apartados.

Por lo que se refiere a lo primero, el razonamiento del recurrente era que tras la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, con la correspondiente adjudicación de bienes de idéntico valor a cada uno de los sujetos, la situación económica de éstos quedaba igualada.

Al hilo de este planteamiento, que la Audiencia primero y el Tribunal Supremo después, consideraron claramente erróneo, hay que señalar que la separación, como también el divorcio, origina entre los esposos dos cuestiones patrimoniales diversas: una es la de la distribución del patrimonio generado durante el matrimonio y otra es la de los recursos económicos con los que atender en el futuro a las necesidades de los cónyuges o ex cónyuges. Una y otra deben abordarse como dos cuestiones diferentes, porque es ésta la opción de nuestro ordenamiento jurídico, que, por un lado, contiene reglas relativas a la titularidad de los bienes adquiridos constante matrimonio y, por otro, previsiones sobre el mantenimiento de los cónyuges tras la ruptura, esto es, relativas a los recursos económicos con los que atender las necesidades ordinarias de la vida una vez finalizada la relación matrimonial¹³.

La distribución entre los esposos de los bienes adquiridos durante el matrimonio es una cuestión que debe resolverse acudiendo a las normas sobre régimen económico del matrimonio, unas normas que operan, no sólo en los casos de separación o de disolución del matrimonio por divorcio, sino también de muerte de uno de los esposos, o de cambio de régimen (cfr. artículo 1392 del CC), siendo idénticas en todos esos casos. El problema del mantenimiento de los cónyuges una vez cesada la convivencia no encuentra respuestas en cambio en las normas sobre régimen económico-matrimonial, sino que habrá que buscarlas en el régimen de la sucesión *mortis causa* —en los casos en que el matrimonio se disuelve por

13. Los sistemas de *common law*, en cambio, se caracterizan por que si bien en ellos hay ausencia de reglas de atribución común de los bienes adquiridos durante el matrimonio, que son siempre propiedad del cónyuge que los adquiere, esta situación se altera en la fase patológica de la relación. Se abandona entonces este planteamiento, correspondiendo al juez la facultad de dividir los bienes de los cónyuges, al margen de quien sea su titular, en consideración a una serie de criterios, con el objetivo de asegurar la adecuada tutela al cónyuge que hubiese contribuido indirectamente a la formación del patrimonio de la familia. Un resumen de cómo son las cosas en estos sistemas, desde la óptica de los sistemas de *civil law*, puede verse en AL MUREDEN, *Nuove prospettive...*, cit., pp. 99 a 167.

el fallecimiento de uno de los esposos— o en las que establecen los efectos económicos de la separación o el divorcio.

III.1. Los bienes adquiridos durante el matrimonio

Por lo que respecta a la distribución entre los cónyuges separados o divorciados del patrimonio generado durante la convivencia matrimonial, la ley no ordena, propiamente, un modo de distribución, sino que deja el asunto en manos de los propios interesados, que lo habrán determinado al decidir el régimen económico del matrimonio. Si optaron por un régimen de separación, al extinguirse la relación matrimonial no habrá ninguna distribución de bienes, dado que cada uno de los cónyuges será titular exclusivo de los que haya adquirido durante el matrimonio por cualquier título (artículo 1437 del CC). Por el contrario, si estaban sometidos al régimen de gananciales, los bienes que integran ésta se repartirán por igual al disolverse la sociedad (artículo 1344 del CC).

A la vista del sistema expuesto puede afirmarse que el legislador no ha establecido ningún instrumento dirigido a garantizar que ambos esposos salgan del matrimonio con idéntica posición económica. Muy por el contrario, consiente, al permitir regímenes como el de separación, una distribución no paritaria de los bienes obtenidos constante matrimonio. Es cierto que el legislador ha consagrado como régimen legal, que regirá sólo a falta de pacto, el régimen de comunidad, lo que puede revelar, a lo sumo, su preferencia por una distribución igualitaria de lo obtenido durante la vida matrimonial, una solución que encuentra su fundamento en la presunción de que dicho patrimonio es fruto del esfuerzo común.

Lo que sí ha hecho, en cambio, dentro de este indiscutible marco de libertad en cuanto al destino del patrimonio generado constante matrimonio, es introducir un correctivo que impida, en el caso del régimen de separación, el enriquecimiento injusto de un cónyuge a costa del otro. Se trata del artículo 1438 del CC, el cual, tras declarar que los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio y que a falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos, dice: «El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación». El precepto consagra un derecho a ser compensado económicamente por el trabajo doméstico a la liquidación del régimen de separación de bienes cuando en ese momento exista una desigualdad entre los dos patrimonios. Aunque la ley no hace referencia a este requisito de la desigualdad entre los dos patrimonios, así lo ha entendido el Tribunal Supremo. La STS de 11 de febrero de 2005 (RJ 1407)¹⁴ declaró que «La indemnización que prevé el citado precepto sólo será procedente en aquellos casos en que el sostenimiento de las cargas del matrimonio no haya absorbido las retribuciones que pudieran haber percibido los cónyuges durante la vigencia del matrimonio, de tal modo que a los mismos les hubiera sido posible llevar a cabo la adquisición de bienes. Si el levantamiento de cargas familiares ha requerido no sólo la aplicación de la totalidad de los emolumentos que por su trabajo hubieran cobrado los esposos, sino también el trabajo personal para la casa de alguno de ellos, y de estas circuns-

14. En el caso resuelto por esta sentencia, la esposa, que tras dieciocho años de matrimonio se separaba del marido, pretendía obtener de éste, con base en el citado precepto, una compensación económica por su dedicación a las tareas domésticas. Su pretensión se desestima porque durante ese tiempo el marido había mantenido con sus ingresos a la familia, pero sin adquirir bien alguno.

tancias derivase la imposibilidad de los mismos de incrementar su patrimonio, no podría hablarse de la producción de un desequilibrio merecedor de la compensación a que alude el artículo 1438 del Código Civil, por cuanto uno y otro cónyuge, tras la extinción del régimen de separación, conservarían posiciones y posibilidades económicas análogas a aquellas que tenían durante la vigencia del mismo».

Con este pronunciamiento se aclaran los presupuestos de la compensación prevista en el artículo, aunque sobre su *ratio* no hay acuerdo en la doctrina. Frente a lo sostenido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, que cree que el fundamento del artículo 1438 del CC es garantizar que la contribución al sostenimiento de las cargas del matrimonio por cada uno de los cónyuges resulte proporcional a sus respectivos recursos económicos¹⁵, nosotros hemos defendido que el fundamento no es otro que el principio del enriquecimiento injusto. Es claro que en el Derecho español la actividad doméstica que se realiza en el seno de una relación matrimonial, tanto si es exclusiva como si es compartida, no origina, en principio, un derecho de crédito a favor de quien la ha desempeñado. No sería lógico que así fuera, puesto que el trabajo doméstico es una forma de contribución al levantamiento de las cargas familiares (artículo 1438 en relación con el 1318 del CC). Ahora bien, cuando el trabajo para la casa de uno de los esposos revierte en un enriquecimiento exclusivo del otro, como puede ocurrir cuando el régimen económico es el de separación de bienes, hay que corregir la situación. Es lo que hace el artículo 1438 del CC al disponer que el trabajo para la casa «dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación». Dicha compensación no es más que el remedio a la situación injusta que se deriva de la no participación en las ganancias obtenidas por el otro cónyuge, pero que se deben a la colaboración de los dos.

Es importante destacar que la previsión de una compensación a favor del cónyuge que se haya dedicado a la actividad doméstica contenida en el Código español no es un efecto del divorcio o de la separación, sino una norma de liquidación del régimen económico del matrimonio, que se aplica, consecuentemente, cualquiera que sea la causa de extinción del régimen. No hay inconveniente en considerarla una medida de protección del cónyuge débil, pero no es específica para las crisis matrimoniales. No podía ser de otra forma si se tiene

15. El autor, comentando la sentencia de referencia, afirma que «la proporcionalidad de las aportaciones de uno y otro cónyuge se respeta necesariamente si los dos han contribuido con todo su trabajo, con todo lo obtenido o ahorrado con su trabajo y con todo lo producido o ahorrado con sus bienes. Tal es el caso del cónyuge que se dedica plena y exclusivamente a las tareas del hogar. Pero tal es el caso también del cónyuge que ha gastado en las cargas del matrimonio todos los frutos de su trabajo y de sus bienes (las rentas del trabajo y del capital), de manera que no ha ahorrado nada y que, consecuentemente, no ha incrementado su patrimonio con nuevos bienes» («Comentario a la STS de 11 de febrero de 2005», *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, núm. 70, enero-abril de 2006, sentencia núm. 1867, pp. 147 y 148). Ahora bien, si el fundamento de la norma fuese garantizar una contribución proporcional a los recursos de los cónyuges, habría que aplicarla en aquellos casos en que, por ejemplo, los dos esposos realicen idéntica actividad laboral, con igual dedicación y retribución, pero en que uno de ellos se ocupa en exclusiva del hogar y la familia. Debería de concederse, en un caso como éste, el derecho a una compensación, pues la proporción exigida por la ley no habría existido. No parece, sin embargo, la solución correcta. No es casualidad que la compensación por razón del trabajo doméstico esté prevista precisamente para los matrimonios en régimen de separación de bienes, lo que revela que está destinada a corregir el desequilibrio que en tales casos se puede producir en perjuicio de quien, al estar únicamente dedicado a la actividad doméstica, no tiene posibilidad de generar un patrimonio. El artículo 1438 es una norma de liquidación del régimen económico del matrimonio, aplicable por lo tanto cualquiera que sea su causa de extinción (separación, divorcio, muerte, o voluntad de los cónyuges que deciden cambiar de régimen). Se introdujo pensando en la mujer que se dedicaba exclusivamente al hogar y no realizaba ninguna actividad remunerada, sobre la base de que no resultaba equitativo excluirla de toda participación en el patrimonio del otro (MONTES PENADES, V., «Del régimen de separación de bienes», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid 1984, p. 1938).

en cuenta que el enriquecimiento injusto que trata de evitar podría originarse igualmente cuando el matrimonio se extingue por la muerte.

Fuera, pues, del límite que representa el artículo 1438 del CC, la libertad de los cónyuges para decidir la pertenencia de los bienes adquiridos constante matrimonio, es absoluta. Esta situación no se altera por el hecho de que se origine una crisis matrimonial. En el Derecho español no ocurre como en los sistemas de *common law*, en los que en los casos de divorcio se otorga al juez la facultad de decidir la atribución de los bienes entre los cónyuges, con arreglo a determinados criterios, con independencia de quien sea su titular.

En el caso resuelto por esta sentencia y dado que el matrimonio había estado sujeto al régimen de gananciales, se realizó la distribución por mitades del patrimonio ganancial. La liquidación de la sociedad de gananciales no fue, propiamente, una consecuencia de la separación matrimonial, sino un acto de autonomía de los cónyuges que un año antes del cese de la convivencia y presumiblemente ante la existencia de una crisis conyugal, modificaron en capitulaciones matrimoniales el régimen económico del matrimonio.

III.2. Los recursos económicos de los cónyuges o ex cónyuges tras la separación o el divorcio. El llamado patrimonio invisible

El otro problema que se suscita con ocasión de la separación o el divorcio es el del mantenimiento de los cónyuges, es decir, el de los medios económicos con que cuentan para cubrir sus necesidades vitales, entendidas éstas en sentido amplio. En la sociedad actual dichos recursos derivan en general, no de un patrimonio, sino del trabajo, lo que se ha dado en llamar el patrimonio invisible, expresión que se utiliza para aludir a la capacidad de rédito de un sujeto, derivada generalmente de su capacidad profesional¹⁶.

Durante la fase fisiológica de la relación matrimonial, la diferente capacidad de rédito de los cónyuges pasa, por así decirlo, desapercibida, dado que ambos contribuyen al levantamiento de las cargas familiares (artículo 1318 del CC). En cambio, esta diferente capacidad de obtención de recursos origina importantes desigualdades entre los cónyuges cuando cesa el deber de contribución propio de la relación matrimonial. Tras la separación o el divorcio, el nivel de vida de cada uno de los ex cónyuges va a depender, no tanto del patrimonio de que sea titular, sino sobre todo de su propia capacidad de obtención de recursos. Aquel que tenga menor capacidad de rédito sufrirá un empeoramiento de las condiciones económicas que disfrutaba durante la etapa matrimonial.

La aparición, tras el fin de la convivencia matrimonial, de casos en los que se modifica el nivel de vida disfrutado durante ésta, no es un hecho nuevo ni que haya que considerar directamente ligado a las crisis matrimoniales, sin perjuicio de que presente en estos casos caracteres particulares.

16. AL MUREDEN, *Nuove prospettive...*, cit., pp. II y ss.

En efecto, en las familias en las que uno de los esposos genera todos o la mayor parte de los ingresos a través del trabajo, la muerte de éste provoca con frecuencia situaciones en las que los menores recursos exigen al cónyuge sobreviviente una disminución de su tenor de vida. Dependiendo de las circunstancias concretas, entre ellas la existencia o no de un patrimonio propio del supérstite, o de un patrimonio común, dividido tras la muerte, pueden originarse situaciones en las que no resulta ya posible mantener las condiciones de vida anteriores. Al margen de las medidas asistenciales a cargo de los poderes públicos, como la pensión de viudedad, el Derecho privado no cuenta con instrumentos específicos dirigidos al mantenimiento del cónyuge supérstite, aunque ésta sea una de las funciones que desempeñan en la práctica los derechos sucesorios.

Sin embargo, aunque los derechos sucesorios puedan cumplir, y cumplan de hecho, una función de mantenimiento, no son, en absoluto, instrumentos específicamente dirigidos al mantenimiento del cónyuge supérstite y, mucho menos, mecanismos destinados a asegurarlo en la medida de lo posible la continuidad del tenor de vida matrimonial. La mejor prueba de ello es que, habiendo hijos, el cónyuge comparte el patrimonio del fallecido con ellos, independientemente de cuales sean las circunstancias concretas de cada uno de los sucesores, algo que la ley no toma en consideración.

No ocurre lo mismo en el caso en el que la causa del fin de la relación matrimonial no sea la muerte. Para este supuesto sí que hay previsto un instrumento dirigido a equilibrar los recursos económicos de los cónyuges, cuando uno de ellos no pueda mantener el nivel de vida anterior a la separación o al divorcio o, más exactamente, en los casos en que se constate una desigualdad patrimonial entre los cónyuges o ex cónyuges, de modo que no puedan aspirar ya al mismo nivel de vida. Se trata de la pensión compensatoria regulada en el artículo 97 del CC.

En el caso del patrimonio entendido en su sentido tradicional, esto es, de los bienes generados durante el matrimonio, no hay razón alguna para adoptar distintos criterios de distribución entre los cónyuges en función de cuál sea la causa de la disolución del matrimonio, si la muerte o la ruptura en vida. Pero no puede decirse lo mismo respecto de la capacidad de rédito, que si bien se extingue con la muerte, subsiste en cambio tras la separación o el divorcio.

Cuando por efecto de éstos y una vez liquidado el régimen económico del matrimonio, surja una situación en la que la capacidad de rédito de los esposos sea distinta, el ordenamiento jurídico tiene que tomar postura, esto es, decidir si adopta o no medidas para reequilibrar la situación de algún modo.

Lo primero que se piensa es que la respuesta negativa es la respuesta coherente con el principio de autosuficiencia. Con la extinción del matrimonio, y a nuestro entender también con la separación, desaparece el deber de asistencia material que, conforme a lo dispuesto en el artículo 68 del CC, es contenido de la relación matrimonial. Sin embargo, no puede ignorarse que la capacidad de rédito que cada uno de los ex cónyuges posee en el momento de la ruptura guardará relación, casi siempre, con decisiones adoptadas durante la convivencia matrimonial. Así ocurre, claramente, en el caso en que uno de los esposos abandone total o parcialmente su formación o su actividad laboral para dedicarse a la atención de la casa y de la familia. Nótese cómo, cuando esto ocurre y especialmente si el matrimonio ha

tenido una duración dilatada, la menor capacidad de rédito es consecuencia de decisiones adoptadas en interés de la familia. Descartar toda intervención legislativa no es, entonces, una solución acorde con el principio de protección de la familia consagrado en el artículo 39 de la Constitución. Sería un contrasentido que el mismo ordenamiento que impone a los cónyuges el deber de «actuar en interés de la familia» (artículo 67 del CC), distribuya desigualmente entre ellos el costo que en términos de capacidad de rédito provocan las decisiones tomadas de común acuerdo.

La adopción por el legislador de medidas dirigidas a reequilibrar de algún modo la distinta capacidad de rédito de los cónyuges tras el divorcio encuentra fácil justificación cuando es la vida matrimonial la causante de la diferencia. El cónyuge que abandonó o redujo una actividad retribuida para ocuparse de la familia o facilitar el trabajo de su consorte, no debe disfrutar, tras la ruptura, de una peor situación económica que el otro. Tampoco aquel que no incrementa durante el matrimonio su capacidad de rédito a causa de una mayor dedicación a la familia. No hay razón alguna, en cambio, para igualar la posición económica de aquellos cónyuges cuya diferente capacidad de rédito responde a otras causas.

El problema es que este punto de vista, que es el que parece más respetuoso con el principio de autorresponsabilidad e impide que el matrimonio se convierta en una vía para adquirir un determinado *status* social, exigiría la comprobación, caso por caso, de que el desequilibrio es una consecuencia de la relación matrimonial. En muchas ocasiones tal prueba resultaría imposible, porque si bien pueden demostrarse hechos como la renuncia a un trabajo a raíz del nacimiento de un hijo, o a causa del traslado a otra ciudad por razones de trabajo del cónyuge, u otras situaciones similares, difícilmente podrá probarse con plena certeza, en la mayor parte de los supuestos, que ha sido la vida matrimonial y no otra la razón por la que en el momento de la disolución del matrimonio, la capacidad de rédito de los ex cónyuges es desigual.

Acierta, entonces, el legislador español, al descartar un sistema en el que sea el juez el llamado a determinar, caso por caso, si el desequilibrio entre los medios de vida de los ex cónyuges viene causado por la convivencia matrimonial, estableciendo en cambio un sistema objetivo, esto es, presumiendo que cualquier desequilibrio económico en el momento del divorcio trae su causa de la relación matrimonial.

Establecido que una cosa es la distribución de los bienes adquiridos durante el matrimonio y otra cosa distinta la pensión compensatoria, que es el instrumento mediante el cual se realiza una distribución equitativa de lo que hemos llamado la diferente capacidad de crédito, es claro que la argumentación del recurrente, que pretendía que no existía desequilibrio porque el patrimonio de ambos cónyuges era idéntico en valor, era equivocada. Porque lo que en ningún caso era igual era la capacidad de obtención de recursos del marido y de la mujer. Por eso, acierta plenamente el TS cuando declara que la Audiencia se ajusta en su decisión a la doctrina sobre la pensión compensatoria y a los presupuestos legales que han de concurrir para su concesión y que «ese desequilibrio conlleva además un empeoramiento de la situación de la esposa respecto de la que tenía durante el matrimonio, porque es evidente que mientras el esposo ha sido el único que ha trabajado constante matrimonio y sigue al frente del que fue el negocio familiar, la esposa, al verse privada de su formación y experiencia laboral por el cuidado de la familia, coadyuvando al éxito profesional del esposo, se encuentra en desventaja respecto del

mismo a la hora obtener un empleo que le permita mantener el patrimonio que le fue adjudicado con la liquidación o incluso incrementarlo con los rendimientos de su trabajo, lo que por el contrario sí que puede hacer el recurrente, al constar unos ingresos de unos 22 millones de pesetas anuales sólo por ese concepto. A la hora de apreciar los presupuestos de la pensión, no resulta en modo alguno relevante que sólo en el último año la economía conyugal se rigiera por el régimen de separación de bienes pues ni la adopción de este régimen resulta incompatible con el derecho a pensión, ni la disolución y liquidación del régimen legal de gananciales que venía rigiendo es incompatible con la generación del desequilibrio, en tanto siguió subsistiendo el matrimonio y la convivencia, y la esposa no recibió más que la mitad de lo que legalmente le correspondía, pero no la compensación por el desequilibrio que le produjo la ruptura y que, más allá de que le correspondieran bienes en igual valor que los de su marido, viene determinado por el hecho de haber dedicado 29 años de su vida a la familia y a subvenir con su dedicación a los éxitos económicos y empresariales de su esposo, y por el hecho de que, al separarse, su falta de experiencia y formación profesional, junto a su edad, la sitúan en desventaja frente al marido, al no tener la esposa otro patrimonio que el recibido, pero con dificultad de administrarlo adecuadamente o de incrementarlo con su trabajo, como ha quedado dicho» [Fundamento de Derecho tercero, apartado B)].

En suma, el hecho de que tras la separación o el divorcio los cónyuges sean titulares de un patrimonio de idéntico valor, no significa que no exista entre ellos el desequilibrio que según el artículo 97 del CC determina el nacimiento del derecho a pensión compensatoria, por cuanto que este desequilibrio se refiere, no tanto al patrimonio entendido en su sentido tradicional, como al llamado patrimonio invisible.

La capacidad de obtención de recursos de ambos cónyuges, en tanto en cuanto se supone que deriva de la etapa de la convivencia, tiene que ser, de algún modo, compartida por ellos en el momento en que finaliza su relación. Y no hay otra forma de hacerlo que no sea el reconocimiento a favor del cónyuge económicamente débil de un derecho de crédito, la pensión compensatoria, como regla de naturaleza periódica y pecuniaria (cfr. artículo 99 del CC), que le proporcione la posibilidad de equiparar su capacidad de rédito a la de su cónyuge (pensión compensatoria temporal) o que le permita de modo tendencialmente vitalicio disponer de lo necesario para vivir, si las circunstancias concretas del caso hacen que le sea inexigible alcanzar autonomía económica.

IV. LA RENUNCIA A LA PENSIÓN COMPENSATORIA

La segunda razón en la que se basaba el marido para oponerse a la sentencia recurrida era que, desde su punto de vista, la esposa habría renunciado a la pensión, al pactar el régimen de separación de bienes y en particular que esta conclusión debía extraerse del pacto conforme al cual «Los gastos de cada uno de los cónyuges, de cualquier tipo y en cualquier circunstancia, serán a cargo exclusivo del que los produjere, sin posibilidad de repercusión alguna frente al otro y sus bienes».

A las oportunas manifestaciones de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo sobre este extremo pueden, también, añadirse algunas reflexiones.

Ante todo, en ningún caso puede pretenderse que el mero hecho de haberse optado voluntariamente por un régimen de separación de bienes signifique una renuncia a la pensión compensatoria. Si el régimen de separación y la pensión compensatoria fueran situaciones incompatibles, el legislador habría previsto esta última sólo para los matrimonios en régimen de gananciales.

Es cierto, sin embargo, que teóricamente cabe admitir la posibilidad de que en la misma escritura de capitulaciones matrimoniales en la que se decide sustituir el régimen de gananciales por el de separación, se hubiese renunciado a la pensión compensatoria.

El carácter renunciante de la pensión en el ordenamiento español no ofrece ninguna duda, ni siquiera si se defiende la naturaleza asistencial de la pensión. Es objeto de discusión, en cambio, la validez de la renuncia anticipada a la pensión. Pero sea cual sea la postura que al respecto se defienda, son plenamente aplicables las reglas generales en materia de renuncia de derechos. En todo caso la renuncia a un derecho subjetivo exige una clara voluntad de abdicar del derecho en cuestión, lo que no se da en este caso. No hay, desde luego, una renuncia expresa a la pensión compensatoria, pero tampoco una renuncia tácita. Al pacto en el que los cónyuges asumían la obligación de subvenir cada uno a sus propios gastos, con total autonomía e independencia del otro, adoptado en un momento previo a la crisis matrimonial, no puede serle atribuido tal significado. Quizás la conclusión podría haber sido otra en el supuesto de tomarse este acuerdo cuando ya la crisis conyugal se había producido, aunque aun así tal interpretación, a falta de otro indicio de la voluntad de las partes, hubiese resultado sumamente discutible, pues, como dice el artículo 1283 del CC, «Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar». En cualquier caso, el hecho de haberse adoptado el acuerdo en el momento en el que se hizo, un año antes del cese de la convivencia, impide darle al citado pacto el significado pretendido por el esposo recurrente. La aplicación de las normas sobre interpretación de los contratos de los artículos 1281 a 1289 del CC, plenamente aplicables a las capitulaciones matrimoniales, impiden apreciar la existencia de una voluntad decidida y clara de la esposa de abdicar de cualquier derecho patrimonial establecido por las leyes para caso de nulidad, separación o divorcio y, en concreto, de la pensión compensatoria del artículo 97 del CC.

En definitiva, y en línea con lo ya dicho, lo que los esposos litigantes hicieron al acordar en capitulaciones matrimoniales un régimen de separación de bienes, fue establecer las reglas por las que se debía regir en adelante su matrimonio en lo relativo a la adquisición, administración, disposición y régimen de responsabilidad de los bienes y, en particular acordar que cada uno sería el propietario exclusivo de los bienes que tuviese en el momento de iniciarse el régimen y de los adquiridos después por cualquier título (artículo 1437 del CC). Nada tiene que ver con ello la pensión compensatoria. Pensión compensatoria y régimen económico del matrimonio se desenvuelven en dos planos diversos¹⁷. La primera redistribuye entre los cón-

17. En esta línea, La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que se recurre justificaba la procedencia de la pensión por desequilibrio, aun habiendo precedido a la ruptura conyugal la modificación del régimen económico (adoptándose el de separación de bienes) y la disolución y liquidación de la sociedad legal de gananciales «por la diferente naturaleza, carácter y condición de la pensión compensatoria, la cual encierra unos elementos y características distintas de las que implica la consecuencia y el resultado inherente a la liquidación patrimonial de la sociedad matrimonial».

yuges los costes derivados de la atención a la familia y de las decisiones tomadas durante la etapa matrimonial, el segundo establece los criterios con arreglo a los cuales se van a atribuir los bienes adquiridos por los esposos durante su vigencia.

CUSTODIA COMPARTIDA Y ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

(A propósito de la Sentencia del TSJ de Cataluña de 5 de septiembre 2008)

MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Cádiz

RESUMEN

En este artículo se analizan las sentencias más significativas habidas en nuestras Audiencias tras la entrada en vigor de la Reforma 15/2005, en las que el juez falla sobre la custodia compartida impuesta, a fin de detectar sus particularidades; concretamente, la autora se detiene en aquellas resoluciones en las que se han pronunciado nuestros Tribunales sobre la atribución del uso de la vivienda, en este supuesto concreto de custodia compartida. Finalmente, estudia con detalle y comenta críticamente, la Sentencia del TSJ de Cataluña de 5 de septiembre de 2008, de la que extrae una serie de conclusiones válidas para ofrecer una nueva interpretación del artículo 96.1 del CC, que sirva para solventar los problemas derivados de la atribución del uso de la vivienda, y en tanto el legislador no adapte dicho precepto a la nueva realidad.

ABSTRACT

In this article are analysed the most significant sentences that have been pronounced in our Courts after the coming into effect of the Reform 15/2005, in which the judge rules on the imposed shared custody, in order to detect its particularities; concretely, the author stops in those resolutions in which our Tribunals have pronounced on the attribution of the use of the dwelling, in this concrete case of shared custody. Finally, she studies with detail and comments critically, the Sentence of the High Court of Catalonia of September 5 2008, and she extracts of it a series of valid conclusions to offer a new interpretation of the article 96.1 CC, useful to solve the problems of the attribution of the use of the dwelling, while the legislator doesn't adapt this precept to the new reality.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE CUSTODIA COMPARTIDA: EN PARTICULAR, LA RELEVANCIA DE LA VIVIENDA FAMILIAR

III. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 96.1 DEL CC: POSIBLES SOLUCIONES

III.1. Rotación de los progenitores y permanencia del menor en la vivienda familiar

III.2. Rotación de menor trasladándose, periódicamente, a los domicilios de sus progenitores

IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2008

IV.1. Breve relato de los hechos

IV.2. Los fundamentos del Tribunal

IV.3. Valoración crítica

V. REFLEXIÓN FINAL: EL INTERÉS DEL MENOR COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO Y LA ANALOGÍA *IURIS*

I. INTRODUCCIÓN

El motivo de estas líneas está propiciado por la Sentencia del TSJC de 5 de septiembre de 2008, que resuelve un supuesto igual al que había planteado en el trabajo «El derecho a usar la vivienda en las recientes reformas del Derecho de familia», concretamente en el epígrafe titulado «El uso de la vivienda familiar y la custodia compartida impuesta: la reinterpretación del artículo 96.1 del CC»¹, atribuyendo el uso de la vivienda al «cónyuge más necesitado de protección», criterio que apunté como preferente cuando existe un régimen de custodia compartida impuesta por el juez. Me he sentido, pues, «invitada» a reflexionar sobre ella y, al mismo tiempo, ponerme al día de las resoluciones judiciales dictadas tras la entrada en vigor de la reforma 15/2005, a fin de poder constatar si, efectivamente, el uso de la vivienda familiar es un tema abordado en ellas y si tiene alguna incidencia en las sentencias en las que se falla sobre la procedencia o no de la custodia compartida.

Fruto, pues, de estas reflexiones, son estas líneas elaboradas desde un análisis jurisprudencial apoyado en otros trabajos en los que estudié y profundicé sobre esta curiosa figura

1. El trabajo aludido está publicado en la obra colectiva *La reforma del matrimonio*, Madrid, 2007, pp. 79 a 126, y el concreto epígrafe se ubica en las pp. 93 a 102.

de nuestro Derecho, «a caballo» entre el derecho real y el Derecho personal, entre la eficacia *inter partes* y la eficacia *erga omnes* de los derechos².

La reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005 introduce la custodia compartida en nuestro CC, admitida expresamente, incluso, de forma excepcional, por acuerdo del juez, aunque no concurran los requisitos demandados en el artículo 92.5 para que dicha custodia compartida proceda³. Sin embargo, la reforma no ha alcanzado al artículo 96 del CC, que contiene los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar, a aplicar a falta de acuerdo de los cónyuges sobre el beneficiario de derecho a uso. El primero, pues, de estos criterios, permite atribuir el uso de la vivienda al cónyuge en cuya compañía se queden los hijos⁴, lo que resulta, a todas luces, inaplicable cuando la guarda y custodia es atribuida por el juez a ambos progenitores, a falta de acuerdo, ya que, en este caso, la propia institución requiere la alternancia de domicilios o alternancia de residentes (padres cuidadores, según el período que le corresponda), lo que de suyo excluye la aplicación del precepto ideado para un supuesto de hecho diferente al de la custodia compartida⁵. Este «olvido» del legislador ha propiciado la reinterpretación del artículo 96.1 del CC para adecuarlo, de la forma menos traumática, a la nueva realidad. Pero antes de ocuparnos de las relaciones entre custodia compartida y vivienda familiar de la mano de la Sentencia del TSJC de 5 de septiembre de 2008, debemos fijar las actuales tendencias jurisprudenciales en la materia, analizando las resoluciones judiciales habidas tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005.

II. LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE CUSTODIA COMPARTIDA. EN PARTICULAR, LA RELEVANCIA DE LA VIVIENDA FAMILIAR

En la medida que la vivienda familiar, como centro de la vida social y personal del menor, está íntimamente relacionada con el interés del menor⁶, y difícilmente desgañable de éste,

2. «La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular», Madrid, 2005; «Algunas consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge», *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, núm. 34, 2003, pp. 13 a 52; «La atribución del uso de la vivienda familiar propiedad de otros: ¿precario o comodato?», *Revista del Colegio de Abogados de Jerez, Forum Astense*, enero, 2005, pp. 46 a 49.

3. Es el párrafo 8.º del artículo 92 del CC el que excepciona al régimen general establecido en el párrafo 5. El CC, pues, hace pivotar la concesión de la custodia compartida, al acuerdo de los cónyuges, bien en convenio regulador o, textualmente «cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento» (con clara referencia a la intervención del mediador familiar), como primer requisito para proceder al análisis de otros, siempre bajo el prisma del interés del menor. Así, y aunque exista acuerdo, es posible que el juez no la conceda, atendiendo a otras circunstancias concurrentes en las relaciones paterno-filiales u otras que pudieran afectar al entorno convivencial del menor.

4. Sin deseo de reiterarme, sólo recordar que este precepto no dice «guarda y custodia» sino «compañía», y tampoco dice «hijos menores» sino «hijos», simplemente. Ellos me invita a interpretar este artículo, entendiendo que también beneficia al hijo mayor de edad que continúa residiendo con su progenitor, por carecer de medios económicos para independizarse. En este sentido, el beneficio del uso de la vivienda se asimila a la obligación de los padres de alimentar a sus hijos, aun cuando éstos hayan alcanzado la mayoría de edad. Así, en igual sentido, SEOANE SPIEGELBERG, J.L., «Asignación de la vivienda familiar en procesos matrimoniales con hijos y liquidación de la sociedad de gananciales», *CDJ*, núm. XIV, Madrid, 1992, pp. 259 y ss. concretamente la cita es de la p. 263.

5. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. en «Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso», *Diario La Ley*, núm. 7105, 2009, pp. 1 a 16, concretamente en las pp. 7 y 8 se refiere a la atribución del uso de la vivienda en los supuestos de custodia compartida.

6. El interés del menor es la pieza clave para que el juez pueda decidir sobre el régimen de guarda y custodia a fijar en la sentencia. En este sentido la SAP de León de 22 de febrero de 2008, JUR 2008\16627: «Como ya señala la resolución recurrida, la cuestión relativa a la custodia de los hijos menores debe resolverse conforme a lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil en relación con lo dispuesto en el artículos 1 y 2, y 11.2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de

goza de una trascendencia importante a la hora de la decisión judicial en los supuestos de custodia compartida, verificar quién se atribuye el uso de la vivienda o cómo va a alternarse su uso.

Del análisis de las resoluciones judiciales podemos, de entrada, afirmar que nuestros operadores jurídicos no son propensos a la concesión de la custodia compartida, cuando existe desacuerdo entre los esposos. En muchos casos por entender que la custodia compartida no es en sí misma beneficiosa para el menor, sino, en esos supuestos, altamente perjudicial⁷. De hecho, la sentencia del TSJC de la que nos ocuparemos más adelante, quizás sea una de las pocas resoluciones en este sentido⁸. Así, no sólo es preciso el acuerdo de los cónyuges, sino

enero de 1996, y ello de acuerdo con la normativa internacional (Declaración de los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas de 1959), pues “en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en todos los procedimientos relativos a la custodia de aquellos”. Las consecuencias relevantes del principio del *favor filii* en el orden procesal son que el Juzgador debe tener en cuenta, como elemento relevante de su decisión, la propia voluntad de los hijos, los cuales habrán de ser oídos sobre este particular concerniente a su cuidado y educación, que les afecta de manera tan personal, “si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años” (artículo 92 del CC). Este deber procesal de oír judicialmente a los hijos, antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación, permite considerar la voluntad manifestada de los menores como un criterio legal relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés preponderante de los hijos. Y si bien este interés puede, en algún supuesto, no ser coincidente con su deseo así expresado, en cuyo caso no ha de seguirse necesariamente y de forma automática la solución conforme a dicha voluntad, no cabe desconocer la decisiva importancia que siempre ha de tener ésta, en cuanto representa un factor esencial para la propia estabilidad emocional o afectiva y para el desarrollo integral de la personalidad del menor afectado. En este sentido, consta en autos, en el informe psicológico la voluntad de las menores de permanecer tal como se encuentran en la actualidad, viviendo con su madre y relacionándose con su padre». Igualmente, la SAP de Valencia de 15 de enero de 2007, JUR 2007\235243, que revoca la de instancia en la que el juez acordó la custodia compartida, por entender que ésta sea la única forma posible de proteger el interés del menor; muy por el contrario argumenta que, dado que no se ha producido ninguna alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en la sentencia de separación en la que se estableció la custodia para la madre, el hecho de variar el *modus vivendi* del menor no es beneficioso para él.

7. La SAP de Madrid de 11 de abril de 2007, JUR 2007\313755, falla anulando la de instancia que la atribuía a la madre, y la atribuye sólo al padre por entender que «No deben tenerse en cuenta otros informes periciales existentes en autos que tienden a una guarda y custodia compartida que, en puridad jurídica, es un contrasentido con la medida nuclear solicitada y concedida de separación física de cuerpos y rompimiento del vínculo matrimonial; y no debe tenerse en cuenta la guarda y custodia para las partes por períodos alternativos que según constante doctrina jurisprudencial es altamente perjudicial para los hijos por el continuo cambio de domicilio, o de costumbre dentro del domicilio familiar si quienes cambian son los padres; y no debe, finalmente, tenerse en cuenta la edad de la hija para concedérsela a la madre o al padre, pues es tema ampliamente superado. En igual sentido, AP de Valencia 5 de abril de 2006, JUR 2006\254405 y AP de Barcelona de 7 de noviembre de 2006, JUR 2007\113747.

8. La SAP de Toledo de 16 de mayo 2008 es de las pocas resoluciones que aplica la excepcionalidad del párrafo 3 del artículo 93 del CC: «debe comentarse destacando que concurren todos y cada uno de los exigidos y exigibles, en ambos progenitores, para que se les concediera individualmente la custodia del hijo menor a uno de ellos sin detrimento del otro y viceversa; como también el informe favorable del Ministerio Fiscal y, sobre todo, el análisis y valoración de la pericia psicológica de ambos progenitores, en sí mismos considerados y en relación con el menor –y sin perjuicio de ulteriores variaciones por el interés del hijo común–, hacen que en el momento actual se pueda estimar como muy favorable el establecimiento del régimen de custodia compartida. Es más, la propia madre, a la que se apunta tal posibilidad, asevera que se acomodaría a la misma en el interés superior del hijo. Además, en régimen de custodia se entiende ponderado a los intereses del menor y a que el cambio de custodia se lleve a cabo respetando el interés del niño, en período vacacional y a fin de que se acostumbre al cambio; finalmente, y siempre a salvo de los acuerdos que fijen los padres, se establece un régimen de visitas supletorio muy amplio, siempre en beneficio del menor. Por tanto, al entenderse como beneficiosa para éste la medida que se adopta, no cabe duda de que en su interés podrá y deberá ser adoptada». No obstante, y consciente de la excepcionalidad de la medida, dedica parte del pronunciamiento a justificar y fundamentar su decisión en interés del menor y atendiendo a otras circunstancias. Aunque extenso, creo conveniente extractarlo ya que sintetiza la doctrina jurisprudencial sobre los factores a tener en cuenta por los jueces y tribunales, así como la incidencia de la reforma de la Ley 15/2005: «La reforma operada por la Ley 15/2005 del artículo 92.5 del CC, permite el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento»; como también posibilita (núm. 8) que «... excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor; en todo caso se impone la necesidad, antes de acordar el régimen compartido, que el Juez recabe informe del Ministerio Fiscal, oiga a los menores que tengan suficiente juicio y se emita el correspondiente informe pericial; y los excepciones taxativamente (núm. 7), cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, o cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica. Por tanto, y de lo expuesto, se constata en la reforma y en informe del Consejo

que, además, exista entre ellos buenas relaciones de empatía que permitan poder llevar con éxito y sin que el menor se vea afectado la alternancia en el ejercicio de la guarda y custodia en los períodos y en la forma pactada⁹. Además de otros requisitos relacionados con la afinidad en su modo de vida en todos los aspectos, a fin de que no sea un trauma el cambio de progenitor guardador, por recibir pautas de conducta o educación completamente diferentes¹⁰, o, incluso, la no dedicación del padre a las tareas de la casa y los hijos como factor a tener en cuenta, entre otros, para negarle la custodia compartida¹¹.

General del Poder Judicial que la precedió, el interés del menor, que constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia, de su propia operatividad y eficacia. Al respecto, se debe dejar constancia de que tras dicha reforma, la protección del interés del menor puede llevar a la denegación de la custodia compartida, imponiéndose la conveniencia del establecimiento de un régimen de atribución de la guarda y custodia a uno solo de los progenitores. Para apreciar lo expuesto, repasemos las resoluciones de las siguientes Audiencias Provinciales: La SAP de Córdoba de Sec. 2.^a, de 24 de abril de 2006, revocó la sentencia de instancia que concedía la guarda y custodia compartida para ambos progenitores, por períodos escolares, de septiembre a agosto de cada año, ambos meses inclusive. Pese a que quedó plenamente acreditado que tanto el padre como la madre son personas idóneas para cuidar a sus hijos, la Sala considera que: “las condiciones que se requieren para una exitosa custodia compartida son: Muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores, buena comunicación y cooperación entre ellos, residencias cercanas o geográficamente compatibles; rasgos de personalidad y carácter del hijo y los padres compatibles; edad del menor, que permita su adaptación, cumplimiento por los progenitores de las obligaciones económicas, respeto mutuo por ambos progenitores, que no haya excesiva judicialización de la separación, existencia de un vínculo afectivo de él con ambos padres y que acepten este tipo de custodia y que ambos progenitores estén de acuerdo con la alternativa de custodia compartida. En definitiva, características de los progenitores como madurez personal y capacidad para separar el plano de la relación de pareja de sus roles como padres”; y sigue afirmando la sentencia que “... aplicando las anteriores premisas al caso de autos, hemos de concluir que se advierte en ambos progenitores presencia seria de aquellas condiciones y aptitudes, que son, no ya convenientes, sino necesarias para atender debidamente a un hijo menor; por lo que, al concurrir en ambos progenitores las circunstancias necesarias para atender al menor, no encontramos ninguna objeción al sistema de guarda y custodia compartida por la Juzgadora *a quo*” ... En resumen, las resoluciones expuestas ponen de manifiesto que el establecimiento del régimen de custodia compartida sigue siendo, por lo general, bastante complicado, al igual que sucediera con anterioridad a la entrada en vigor de la modificación del artículo 92 del CC llevada a cabo por la Ley 15/2005. En la práctica, se puede decir que la situación no ha experimentado una variación sustancial, dado que, tanto antes como ahora, se puede conceder la guarda y custodia compartida siempre y cuando el interés del menor así lo aconseje». O la SAP de Girona de 3 de noviembre de 2006, JUR 2007\105329, en la que el Tribunal impone la custodia compartida, existiendo, además, un desacuerdo entre los progenitores, argumentando de la siguiente forma, su decisión: «La Sala se inclina también por establecer el régimen de custodia compartida por considerarlo adecuado al interés de los menores, pues la similitud de los estilos educativos de los progenitores podrá paliar los pretendidos inconvenientes derivados de la falta de comunicación fluida y continuada con uno solo de los progenitores, que por otro lado son inherentes a toda crisis matrimonial contenciosa; se estima en consecuencia que se dan las circunstancias necesarias, requeridas por el artículo 92 del Código Civil, redactado conforme a la reforma llevada cabo por Ley 15/2005, de 8 de julio, para el establecimiento de este sistema de guarda, incluido el informe favorable del Ministerio Fiscal, que ha pedido la confirmación de la sentencia». Finalmente, AP de Barcelona de 20 de febrero de 2007, JUR 2007\101427.

9. Dice, pues, la SAP de Zaragoza de 14 noviembre 2006, JUR 2007\123270: «Porque en contra de lo defendido en todo el proceso por el recurrente es de advertir que si bien es verdad que la custodia compartida, que tímidamente venía acogándose en algunos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales, está admitida en nuestro ordenamiento jurídico de forma expresa tras la reforma del Código Civil operado por Ley 15/2005, de 8 de julio, también lo es que el Legislador, siguiendo criterios científicos generalmente admitidos, acepta esa custodia compartida (para algunos más que compartida, repartida) con unas extraordinarias cautelas, siendo la más relevante de ellas el que semejante medida sólo puede establecerse allí donde hay un altísimo grado de consenso entre los progenitores. El artículo 92.5 del CC reserva su establecimiento a la voluntad concorde de aquéllos como presupuesto, salvo lo que luego se dirá, ineludible, sometido además ese consenso a una homologación judicial que el legislador ha rodeado de garantías extraordinarias: audiencia del Fiscal, de los menores, informe de los equipos técnicos, e imponiendo una especial reflexión sobre la prueba practicada, y todo ello para concluir sobre la idoneidad de esa medida. Conclusión en la que ha de ser determinante “la relación que los padres mantengan entre sí y con los hijos”».

10. La SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2006, JUR 2006\268395, se refiere a esta afinidad: «La guarda y custodia compartida reclamada por el primer apelante requiere en los progenitores unas condiciones de semejanza en los diversos órdenes de la vida, personales, sociales, culturales, etc., un proyecto en común en relación a la educación y formación de los hijos y un marco de entendimiento y flexibilidad en los padres que no concurre en el caso enjuiciado, tal como ponen de manifiesto las alegaciones contenidas en el hecho segundo de la demanda y el documento acompañado al primer recurso de apelación».

11. AP de Zaragoza de 10 de junio de 2008, JUR 2008\32981: «El recurrente funda esencialmente su petición de guarda y custodia y de custodia compartida en la estabilidad de su horario laboral fijo de mañanas cuando se reincorpore al Ministerio de Defensa, frente al de la madre, que alega debe cubrir turnos de tarde y sábados, y en que permitiría un mayor contacto entre los hijos y sus padres. El informe pericial emitido en el proceso desaconseja la custodia compartida ante la falta de acuerdo de los progenitores y ser en este caso un factor de desestabilización de los menores, inmersos todavía en el conflicto de la ruptura reciente de sus padres. Los alegatos de la Sra. Nieves en torno a la escasa dedicación del Sr. Juan Pablo al cuidado de la casa y de las necesidades básicas de los menores (comida, vestido, etc.) guardan plenos visos de verosimilitud, constando que ha sido la madre, desde su nacimiento, la que ha asumido tales menesteres y aparece como figura de referencia

Si existe acuerdo y estabilidad en el sentido indicado, la custodia compartida pasa de ser una medida perjudicial para el menor¹², a una medida beneficiosa y en concordancia con su interés¹³. Y ello porque es el consenso la pieza clave para el buen funcionamiento de cualquier medida judicial que se aplique dentro del ámbito de la familia, lo que de suyo justifica que la custodia compartida impuesta (sin acuerdo) demande una serie de requisitos (entre ellos, la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal) y cautelas, y que, tal y como hemos podido comprobar, sea, efectivamente, una medida excepcional, escasamente aplicada por nuestros Tribunales¹⁴.

El domicilio, la vivienda, es un tema que se encuentra latente en todas las resoluciones que versan sobre la custodia compartida. Cuando ésta es fruto del acuerdo, con toda seguridad, el Ministerio Fiscal y, por supuesto, el juez, mirarán «con lupa» cómo han acordado su uso (si alternan los progenitores, o éste se ha atribuido a uno de ellos, y los menores alternan el domicilio de sus padres), en caso de solicitud de custodia compartida de un progenitor contra la voluntad del otro (generalmente, el que, hasta entonces, ha ejercido

de los dos niños, de 10 y 8 años de edad. En estas condiciones, es clara la conveniencia de la medida impuesta en Sentencia, debiendo señalarse que la misma se adopta velando siempre por el interés prioritario de los hijos y no para satisfacer puntuales apatencias o necesidades de los progenitores, y que el padre goza de un amplio régimen de visitas que impedirá toda ruptura traumática con los menores, estando en su mano el cumplirlo para favorecer su pleno y completo desarrollo.

12. Tal y como hemos apuntado, nuestros Tribunales muy raramente fallan a favor de la custodia compartida cuando ésta no es fruto del pacto de los esposos, bien en convenio regulador, bien en un acuerdo posterior, facilitado o no por la figura del mediador familiar. De un estudio detallado de las sentencias de nuestras Audiencias posteriores a la reforma, podemos afirmar que contienen manifestaciones contrarias a la custodia compartida impuesta, las siguientes resoluciones: AP de Barcelona de 12 de enero de 2007, JUR 2007\178637; AP de Guadalajara de 16 de octubre de 2007, JUR 2007\200006; AP de Córdoba de 3 de octubre de 2007, JUR 2008\159509; AP de Jaén de 19 de marzo de 2007, JUR 2007\228771; AP de Castellón de 7 de marzo de 2007, JUR 2007\273649; AP de Coruña de 14 de febrero de 2007, JUR 2007\228632; AP de Barcelona de 13 de febrero de 2007, JUR 2007\204890; AP de Girona de 29 de enero de 2007, JUR 2007\250697; AP de Barcelona de 9 de octubre de 2006, JUR 2007\140591; AP de Lugo de 19 de julio de 2006, JUR 2006\279676; AP de Castellón de 27 de junio de 2006, JUR 2006\253170; AP de León de 12 de mayo de 2006, JUR 2006\187991; AP de A Coruña de 30 de julio de 2008, JUR 2008\368106; AP de Barcelona de 24 de julio de 2008, JUR 2008\314120; AP de Barcelona de 25 de abril de 2008, JUR 2008\178328; AP de Murcia de 22 de enero de 2008, JUR 2008\218172; AP de Zaragoza de 20 de noviembre de 2007, JUR 2008\76060; AP de Sevilla de 10 de octubre de 2007, JUR 2008\69732; AP de Granada de 15 de junio de 2007, JUR 2008\17484; AP de Madrid de 1 de junio de 2007, JUR 2007\312615; AP de Valencia de 27 de marzo de 2007, JUR 2007\213572; AP de Vizcaya de 20 de marzo de 2007, JUR 2007\136930; AP de Tarragona de 2 de marzo de 2007, JUR 2007\132331; AP de Murcia de 13 de febrero de 2007, JUR 2007\265664; AP de Madrid de 17 de enero de 2007, JUR 2007\158903; AP de Murcia de 18 de octubre de 2006, JUR 2006\183560 y AP de Madrid de 4 de abril de 2006, JUR 2006\171677.

13. AP de Murcia de 30 de mayo de 2008, JUR 2008\363484; AP de Zaragoza de 14 de noviembre de 2006, JUR 2007\250697; AP de Barcelona de 27 de julio de 2006, JUR 2006\124388.

14. No parece estar muy de acuerdo ZURITA MARTÍN, I.: «Las últimas reformas legales en materia de relaciones paternofiliales», en la obra colectiva citada *La reforma del matrimonio*, pp. 262 y ss., concretamente en la p. 287, quien se pregunta el porqué de la exigencia de informe del Ministerio Fiscal cuando la custodia compartida es impuesta, y no así en los demás supuestos; señalando que esto pudiera interpretarse como una «desconfianza» en el arbitrio judicial. Tal y como hemos apuntado en el texto principal, esta exigencia no es más que una cautela ante una medida que, a falta de consenso, pudiera convertirse en perjudicial para el menor, por lo que el legislador, minucioso con esta protección y fiel al refrán de que «cuatro ojos ven más que dos» ha dado entrada preceptiva al Ministerio Público, a mi entender con buen acierto (y en discrepancia con mi amiga y compañera la Dra. ZURITA). En esta línea «rompedora», la Dra. ZURITA, apunta en la p. 288 que debería haberse contemplado la posibilidad de imponer la custodia compartida el juez, aun por encima de la voluntad contraria y rebelde de ambos progenitores, argumentando su arriesgada propuesta desde el interés del menor. Sin entrar, pues, a debatir me parece utópico representarnos un supuesto de custodia compartida en la que ambos progenitores estén en desacuerdo, que funcione correctamente en beneficio del menor (ya que difícilmente pudiera ser beneficiosa una situación de desacuerdo de unos progenitores que, además, deben alternarse en la vivienda familiar o recibir a sus hijos en períodos alternos). DOMINGO MONFORTE, J. califica de *rara avis* la custodia compartida impuesta en «Custodia compartida disensual. Rara Avis» en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 37, oct.-dic 2007, pp. 283 a 286. Muy interesante el trabajo de ARCH MARIN, M. y JARNE ESPARCIA, A.: «Opinión y valoración de los diferentes sistemas de guarda y custodia por psicólogos forenses y juristas españoles. Un estudio piloto», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 41, 2008, pp. 25 a 33, que ofrece datos y estadísticas sobre la «bondad» de los distintos sistemas de custodia. Concluye el estudio en las pp. 31 y 32, poniendo de manifiesto que el sistema de custodia exclusiva es el que entienden más beneficioso los jueces, abogados y psicólogos, aunque los abogados y psicólogos no son reacios a la custodia compartida, que sí lo es el colectivo de los jueces.

de hecho¹⁵ o de Derecho la custodia tras la separación física de la pareja), la situación, las condiciones y/o la ubicación de la vivienda son extremos muy a tener en cuenta por nuestros jueces para fallar en uno u otro sentido. El domicilio asoma, pues, como un factor determinante e íntimamente relacionado con el interés del menor que será, en definitiva, el que debe guiar al juez a la hora de resolver sobre estas espinosas cuestiones. En algunas resoluciones judiciales, expresamente, se alude a él como un requisito a tener en cuenta a la hora de fallarse sobre la concesión o no de un régimen de custodia compartida¹⁶. Llegándose a afirmar que la custodia compartida no es posible si el domicilio de los progenitores custodios se ubica en diferentes localidades (incluso si esta custodia fuera fruto del acuerdo, pues sería, sin lugar a dudas, un acuerdo perjudicial para el interés del menor)¹⁷ o más difícilmente practicable si, aun estando ubicados en la misma localidad, no se encuentran próximos¹⁸.

15. En el análisis jurisprudencial llevado a cabo, he podido observar cómo la circunstancias de que, de hecho, se haya funcionado con un régimen de custodia compartida, generalmente, con alternancia de los menores en los diferentes domicilios de los progenitores, es un factor determinante para que el juez se incline a mantener dicho régimen, aun cuando uno de los progenitores esté en desacuerdo, solicitando para sí la guarda o bien negándose a la petición del otro ex cónyuge a que la situación de hecho se convierta en una situación de Derecho. En este sentido es muy significativa la SAP de Girona de 3 de noviembre 2006, JUR 2007\105329: «A lo ya manifestado en la sentencia impugnada, debe añadirse que, desde la separación de hecho del matrimonio a principios de 2004, los hijos residían con su padre, los martes y los jueves desde la finalización de clases hasta el día siguiente y los fines de semana alternos; situación que vino siendo consentida por ambos progenitores y que se ve alterada en el momento de judicializar la separación. La recurrente manifestó en el juicio que no había mucha distancia entre los domicilios de ella y la del padre (00:40:34) y mostró su discrepancia, con dicha medida, en el hecho de que los hijos no tienen un orden y una rutina (00:41:06), criterio que es el utilizado como *leit motiv* de su recurso, pero no adujo ningún motivo concreto de tipo perjudicial para sus hijos, si continúa con un régimen de custodia compartida, que vino funcionando desde la separación de hecho de los padres, los cuales conviven con sus actuales parejas en el mismo municipio de Olot, sin que ello suponga ninguna alteración en las relaciones paterno-filiales de los litigantes, lo que llevó al M. Fiscal a no oponerse a la medida adoptada en la sentencia y que recoge, precisamente, la estancia de los hijos con su padre las tardes y noches de los martes y jueves y los fines de semana alternos, todo ello, desde la finalización de las clases hasta el retorno a las mismas ... Ante todo lo expuesto, la Sala se inclina también por establecer el régimen de custodia compartida por considerarlo adecuado al interés de los menores, pues la similitud de los estilos educativos de los progenitores podrá paliar los pretendidos inconvenientes derivados de la falta de comunicación fluida y continuada con uno solo de los progenitores, que por otro lado son inherentes a toda crisis matrimonial contenciosa; se estima en consecuencia que dan las circunstancias necesarias, requeridas por el artículo 92 del Código Civil, redactado conforme a la reforma llevada cabo por Ley 15/2005, de 8 de julio, para el establecimiento de este sistema de guarda, incluido el informe favorable del Ministerio Fiscal, que ha pedido la confirmación de la sentencia»

16. AP de Córdoba de 24 de abril de 2006, JUR 2006\230967: «Ahora bien, las condiciones que se requieren para una exitosa custodia compartida son: Muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores, buena comunicación y cooperación entre ellos, residencias cercanas o geográficamente compatibles; rasgos de personalidad y carácter del hijo y los padres compatibles; edad del menor, que permita su adaptación, cumplimiento por los progenitores de las obligaciones económicas, respeto mutuo por ambos progenitores, que no haya excesiva judicialización de la separación, existencia de un vínculo afectivo de él con ambos padres y que acepten este tipo de custodia y que ambos progenitores estén de acuerdo con la alternativa de custodia compartida...»

17. Sentencia de AP de Madrid de 17 de enero de 2007, JUR 2007\158903: «... Entonces, cabe decir que no a la neta guarda y custodia compartida, imposible para quienes viven en diferentes domicilios por medida nuclear de separación o divorcio; no procede tampoco la custodia periódicamente alternativa altamente perjudicial para la estabilidad y sosiego de los hijos según constante doctrina jurisprudencial existente desde abril de 1985; por lo que procede desestimar los motivos». AP de Valencia de 31 de mayo de 2006, JUR 2006\259326: «que resulta a todas luces improcedente dadas las circunstancias, la residencia de las partes y las nulas condiciones para que ésta pueda ser desarrollada de una forma conveniente para el menor que es, en definitiva, la persona que ha de ser protegida preferentemente...»

18. AP de Murcia de 4 de septiembre de 2006: «... En efecto, de las conclusiones del informe técnico se extrae la necesidad que tienen los menores de contar con un espacio de referencia físico estable, ya que los continuos cambios provocan en los mismos una situación de inseguridad e inestabilidad que repercute de forma negativa en su desarrollo emocional. En este caso, en concreto, los progenitores mantienen opiniones y criterios diferentes entre ellos, aportando unas valoraciones distintas tanto de sus relaciones como pareja ... En concreto, no es el marco adecuado para el correcto desarrollo de una niña de preescolar; el padre no dispone de tiempo real durante la semana para poder atender directamente a su hija; no existe un entorno próximo entre los domicilios de ambos progenitores y, fundamentalmente, no existe una comunicación y buen entendimiento entre los padres que pudiera llevar a buen término este tipo de custodia».

III. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 96.1 DEL CC: POSIBLES SOLUCIONES

Ante la imposibilidad real de aplicar el texto del artículo 96.1 del CC, por basarse en un supuesto de hecho incompatible con la realidad de la custodia compartida, apunté las dos únicas y posibles interpretaciones de dicho precepto¹⁹, a fin de adecuarlo a la previsión de custodia compartida impuesta contra la voluntad de uno de los progenitores, medida que, aunque excepcional, posibilita la nueva redacción del artículo 92.8 del CC. No pretendo volver a repetir argumentos y razonamientos incluidos en ese trabajo, pero sí constatar su efectividad u operatividad, por medio del análisis de las pocas resoluciones judiciales en los que éstos se han aplicado. Dicha referencia a la realidad judicial enriquece la exposición que, en su momento, hice sin contar, por razones obvias, de referente judicial alguno. Dado que voy a dedicar un epígrafe a la Sentencia del TSJC de 5 de septiembre de 2008, no me referiré a ella, expresamente, en este apartado.

III.1. Rotación de los progenitores y permanencia del menor en la vivienda familiar

Esta solución aparece en la SAP de Castellón de 23 de octubre de 2006²⁰ que confirma la del juzgado de instancia en igual sentido, que falla estableciendo un sistema de custodia compartida, contra la voluntad de uno de los progenitores. El procedimiento de divorcio iniciado, y aun cuando en la fase de medidas provisionales no se estimó la custodia compartida sino que se atribuyó a la madre del menor, finaliza con sentencia declarativa de la disolución del vínculo y estableciendo un minucioso régimen de custodia del menor compartida entre sus padres, apartándose de lo establecido en medidas provisionales. La resolución judicial del juzgador de instancia, consciente del peligro que entraña su decisión, detalla el régimen de visitas del progenitor no custodio, así como el régimen de la vivienda familiar. En este sentido, en el primer apartado se refiere al régimen de estancia y visitas del menor, dividiéndolo por períodos según la edad; mientras curse, pues, educación infantil, alternará su residencia entre la de su madre (beneficiaria durante este período del uso de la vivienda familiar) y la de su padre, semanalmente. Igualmente, la sentencia determina el régimen de visitas al menor del padre en la semana que no convive con él. Una vez el menor curse educación primaria, el régimen de ejercicio de la custodia varía, pasando los períodos de estancia de semanales a durar cinco meses, y alternarse, también, el uso de la vivienda y el modo de ejercicio de la custodia. Efectivamente, ahora decide el juzgador que el menor debe residir en la vivienda familiar y ser los progenitores los que se alternen en su uso. Parece, pues, que la atribución del uso se convierte, también, en un derecho de uso de la vivienda familiar, alterno y en función de que tenga en su compañía a su hijo; en cualquier caso un derecho de uso del que, aunque con particularidades, son titulares los padres y no el menor que es un beneficiario de ese uso pero no un titular de éste. Esta precisión no está falta de consecuencia jurídica, porque no es titular del derecho, el menor no está obligado, en ningún caso, a hacer frente a gastos que el uso de la vivienda genere (luz, agua, gastos de comunidad, etc.). Durante este período que se extiende hasta la mayoría de edad, la madre

19. «El derecho a usar la vivienda familiar...» en la obra colectiva *La reforma del matrimonio*, cit. pp. 93 a 102.

20. JUR 2007\228244.

es desposeída del derecho de uso inicialmente atribuido en atención del interés de su hijo. Esta desposesión no conlleva indemnización alguna, pues sólo era titular de este derecho en beneficio de su hijo menor y mientras su interés así lo demandare. En el momento que cambian las circunstancias y el interés del menor exige otra forma de uso del inmueble (en este caso en alternancia), la titularidad de este derecho se comparte y ejercita de forma alterna. La previsión del juez no se extiende sólo a especificar los períodos de estancia y visitas para el progenitor no conviviente, sino que entra a delimitar quién se va a hacer cargo de los gastos de la vivienda familiar. Este reparto se atiene al dato del titular del inmueble, en este caso el marido, por lo que deberá hacer frente a los gastos derivados de la propiedad: básicamente, el pago de la hipoteca. Los gastos generados por el uso, en cambio, corresponderán a cada progenitor en función del período de residencia en el inmueble²¹.

Esta sentencia fue objeto de recurso de apelación por el progenitor en desacuerdo, impugnándose por una serie de motivos, de entre los que destacamos, por su conexión con este trabajo²², el que lo hace por entender que el régimen impuesto es contrario al interés del menor y no está suficientemente meditado, habida cuenta el cambio de criterio del juez que en medidas provisionales no lo aprecia y sí en las definitivas. En este último punto el Tribunal es taxativo: el juez no está vinculado por lo acordado en medidas provisionales, sino que puede, si así lo justifica y porque entiende que pudiera ser más beneficioso u

21. «1.—Hasta el inicio del curso escolar de Primero de Primaria del menor (septiembre de 2009), el niño estará con cada uno de sus progenitores desde la salida de la guardería o colegio el lunes hasta la entrada en la guardería o colegio el lunes siguiente. Cada semana, el niño estará con el progenitor que no ostente la custodia en cada momento desde la salida del colegio o guardería el miércoles hasta la entrada en la guardería o colegio del día siguiente jueves. Este régimen no se interrumpirá ni modificará durante los períodos festivos de Navidad y Semana Santa. En verano (incluyendo aquí los meses de julio y agosto), el niño, hasta que cumpla 4 años, estará con cada progenitor por períodos semanales sin la pernocta intermedia con el otro, y desde que tenga 4 años, los períodos estivales serán quincenales, también sin pernoctas con el otro progenitor. B.—Desde septiembre de 2009, el niño residirá, durante los meses de septiembre a enero, ambos inclusive, con la madre, y los meses de febrero a junio, ambos inclusive, con el padre. Durante estos períodos, el hijo y el progenitor con el que no conviva en cada momento se relacionarán en los siguientes términos: —una tarde a la semana (en defecto de acuerdo, la de los miércoles), desde la salida del colegio hasta las 20 horas; —fin de semana alternos desde la salida del colegio el viernes por la tarde (o del último día lectivo de la semana) hasta el lunes por la mañana en que lo devolverá al colegio (o primer día lectivo de la semana); —la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa, correspondiendo al padre la primera mitad en los años pares y a la madre en los impares; —los meses de julio y agosto los pasará alternativamente con uno y otro progenitor, correspondiendo el de julio al padre en los años pares y a la madre los impares; —cuando el inicio o final de algún período de estancias o visitas no coincida con la entrada o salida en el colegio, las recogidas devoluciones del hijo se llevarán a cabo en el domicilio del cónyuge con el que esté conviviendo en cada momento, bien por los propios progenitores, bien por cualquier familiar o amigo autorizado. C.— En todo momento, ambos progenitores se facilitarán mutuamente la comunicación con el hijo, siempre que no se produzca alternando los horarios o hábitos del menor, o de forma caprichosa o arbitraria. 2.— Mientras los períodos de custodia sean semanales, cada progenitor tendrá su propia residencia, trasladándose el hijo de una a otra, teniendo en ambas residencias todo lo necesario para desarrollar su vida normal (juguetes, ropa, aseo,...). En tal caso, será la esposa quien resida en el domicilio conyugal sito en la CALLEooo núm. NÚMooo, NÚMoor-NÚMoo2 de Castellón. Desde que los períodos de alternancia pasen a ser de cinco meses, el hijo vivirá siempre en el domicilio familiar con el progenitor en cuya compañía esté en cada momento, siendo los padres los que habrán de cambiar de domicilio cuando no les corresponda vivir con su hijo. Cuando el hijo alcance su mayoría de edad y deje de estar bajo la patria potestad y custodia de sus padres, la posesión de la vivienda pasará a su propietario...»

22. Esta sentencia, ciertamente, es muy «jugosa» y podría dedicarse a su comentario y crítica todo un trabajo de investigación. Pero, lamentablemente, debemos dejarlo, quizás, para otra ocasión, pues la línea argumental exige me limite a las cuestiones relativas al objeto de este estudio. Sin embargo, no puedo evitar, si quiera a pie de página, exponer los otros motivos de recurso. El primero de los motivos se refiere al artículo 92.7 del CC alegando la recurrente su pertinencia por estar el padre incurso en procedimiento de violencia de género. Tras analizar detalladamente los hechos imputados, entiende la Audiencia que en ellos no existe un atentado contra la integridad física (dice que «no toda conducta subsumible en el artículo 153 del CP constituye, necesariamente, un atentado contra la integridad física») ni contra la libertad. Debe abordar, también, la posibilidad de que exista o no «indicios fundados de violencia doméstica» como dice el citado artículo, concluyendo que, tras el análisis de «violencia doméstica», no es posible apreciar en las conductas que han dado lugar al procedimiento, «indicios fundados» de ésta. El otro de los motivos de recurso se refiere a la autorización que se contiene en la sentencia impugnada al padre para poder educar a su hijo en la religión católica, que pudiera ser contraria a la libertad religiosa, por oponerse, en el recurso, la madre. Después de analizar las circunstancias concretas, tampoco prospera el recurso pues éste es un derecho de los padres, que no colisiona con el de la madre, habida cuenta que no se opuso a ello, inicialmente, ya que el niño había sido educado por ambos en la religión católica, acorde con la forma de vida de ambos padres.

acorde a los intereses protegidos en la norma, fijar medidas definitivas distintas de las que acordó, en su momento, en la fase de medidas provisionales²³.

Tras analizar las aptitudes y actitudes de los padres y cómo han venido desempeñando, hasta entonces, el régimen de custodia compartida, sin que hubiera surgido ningún roce, ni siquiera en la fase que, actualmente, se encontraban en rotación los progenitores en el uso del inmueble, entiendo el Tribunal, en consecuencia, que no debe alterarse este régimen que se ha manifestado como beneficioso para el menor. En su argumentación el Tribunal parece defender, con carácter general, que la forma más acorde con el interés del menor sea la alternancia de los progenitores en el uso de la vivienda, permaneciendo el menor, en todo caso, de forma permanente en ella²⁴.

III.2. Rotación de menor trasladándose, periódicamente, a los domicilios de sus progenitores

Esta solución aparece en cuatro de las sentencias estudiadas aunque no de igual forma, por lo que parece ser ésta la solución por la que los tribunales están optando para resolver el problema de convivencia que genera la puesta en práctica del régimen de custodia compartida impuesto *ex* artículo 93.8 del CC. Es cierto que los cuatro pronunciamientos aludidos (concretamente, AP de Córdoba de 24 de abril de 2006²⁵, AP de Girona de 3 de noviembre de 2006²⁶, AP de Barcelona de 20 de febrero de 2007²⁷ y AP de Toledo de 16 de mayo de 2008²⁸) parten de idéntica justificación: el interés del menor²⁹ así como las buenas relaciones entre los progenitores y su afinidad cultural, como presupuestos éstos necesarios para que la custodia compartida pueda ejercitarse con éxito y en beneficio exclusivo de los menores afectados. No obstante, y en atención a las circunstancias, los modos de ejer-

23. «El cambio de criterio no es por sí solo un proceder censurable. Es perfectamente factible que en la sentencia definitiva, en la que se realiza un estudio más detenido y profundo de las medidas por las que ha de regirse la familia, y en la que se resuelve a la vista de todo lo alegado y probado en el procedimiento principal, el juzgador se replantee lo inicialmente resuelto con carácter meramente provisional. Elementales consideraciones de coherencia y de prescripción de la arbitrariedad exigen que el cambio de criterio esté debidamente justificado y explicado...»

24. «... Resulta además que la experiencia de custodia compartida que ya se desarrolló durante un mes se desarrolló sin ningún problema y a satisfacción de todos los miembros de la familia; sin ni siquiera producirse conflictos con respecto al uso de la vivienda familiar en cuyo uso los progenitores iban rotando (según reconoció la propia recurrente en el acto del juicio). En particular, todos cuantos han intervenido en el acto del juicio resaltaron que el menor vivió la experiencia sin sobresaltos, manteniendo una relación fluida y afectuosa (como normalmente) con sus padres. Según dijo el perito en consideración que la Sala comparte, no hay razón alguna decisiva para decidir la custodia exclusiva a favor de uno u otro progenitor. Siendo ambos buenos y diligentes progenitores, y disponiendo de medios para poder hacer efectiva la custodia compartida, consideramos que esta solución no sólo es la más justa y equitativa para repartir entre los progenitores las cargas inherentes a la relación paterno-filial, sino también la más adecuada al *bonum filii*, ya que tal régimen de custodia permite que las relaciones del hijo con sus dos progenitores siga manteniendo la intensidad y habitualidad deseables. Las dudas nos pueden surgir con respecto a la forma más favorable al menor en que se deba instrumentar o materializar la custodia compartida en lo relativo al uso que deba hacerse de la vivienda familiar y quien deba rotar en el uso del mismo hasta septiembre del año 2009, puesto que, en principio, parece que lo más favorable para la estabilidad del menor, es que sean los progenitores, y no el menor, quienes roten o se turnen en el uso de la vivienda familiar, viviendo permanentemente el menor en dicha vivienda familiar...»

25. JUR 2006\230967.

26. JUR 2007\105329.

27. JUR 2007\101427.

28. JUR 2008\330924.

29. AP de Córdoba de 24 de abril de 2006: «Es el principio del beneficio del menor el que impera en estos casos, *favor filii*, de manera que lo esencial no son los intereses de los padres, cuyas vidas seguirán caminos distintos, sino los de los hijos».

citar la custodia varían: en tres de los casos, la rotación tiene lugar por períodos escolares alternos³⁰, régimen, en principio, más en consonancia con este sistema cuando es impuesto por ser el más adecuado para evitar la inestabilidad que suponen los cambios en la vida de los menores. De estos tres supuestos, en dos existe una proximidad geográfica³¹ entre los domicilios, exigencia que hemos defendido como requisito esencial para que la alternancia en los domicilios no sea traumática, ni implique un desarraigo de su entorno para el menor y, en otro, sorprendentemente, no sólo no existe proximidad geográfica sino que, incluso, los progenitores residen en diferentes localidades. Es el supuesto enjuiciado por la AP de Barcelona de 20 de febrero de 2007, en cuyo procedimiento intervino un mediador familiar alcanzando importantes acuerdos aunque no en el tema de la custodia que tuvo, finalmente, que resolver el Tribunal. En este sentido, aunque no se cumple el requisito jurisprudencialmente exigido de proximidad entre los domicilios, el hecho de una serie de circunstancias concurrentes (el colegio está ubicado a mitad de camino entre ambas localidades, los menores están integrados en las dos ciudades, tienen en cada domicilio enseres propios y espacio propio, ...) así como entender que el interés de los menores hace primar la estabilidad emocional de poder convivir con ambos progenitores, frente a la posible inestabilidad que puede suponer el cambio de domicilio (y de localidad) por períodos escolares alternos, justifica la sentencia favorable a la concesión de un régimen de custodia compartida³².

La SAP de Girona de 3 de noviembre de 2006³³ opta, en cambio, por la rotación de los menores por períodos muy cortos, habida cuenta la cercanía entre los domicilios y que, de hecho, desde la separación física, había funcionado, con éxito, la alternancia en el ejercicio fáctico de la custodia, al residir los menores por cortos períodos en uno u otro domicilio (concretamente, martes y jueves y fines de semanas alternos con su padre y el resto con su madre). Es de destacar en este pronunciamiento que el Tribunal resuelve a favor de la custodia compartida, aunque pone de relieve las malas relaciones entre los padres (uno de los requisitos que ha fundamentado más de una negativa al establecimiento de un régimen de custodia compartida, tal y como hemos visto³⁴) que califica como «normales» en situación de crisis y que puede ser paliada por otras circunstancias tenidas en cuenta en la sentencia³⁵. En definitiva, y se justifique el tribunal como se justifique, lo que se ha tenido en cuenta es

30. AP de Barcelona de 20 de febrero de 2007, JUR 2007\101427, AP de Córdoba de 24 de abril de 2006, JUR 2006\230967 y AP de Toledo de 16 de mayo de 2008, JUR 2008\330924. Concretamente, en la resolución de la AP de Toledo, el Tribunal de instancia atribuyó el uso de la vivienda familiar a la madre, aunque no se especifica el criterio que utilizó para tomar esa decisión y, al no impugnarse ésta, en la segunda instancia, carezco de más datos para poder emitir un juicio.

31. *Vid.* referencia a la AP de Córdoba de 24 de abril de 2006, JUR 2006\230967, en nota a pie núm. 16.

32. «... y que, aunque residan en dos localidades distintas, la escuela de los menores se halla a una distancia intermedia entre las dos poblaciones, en las cuales los dos niños están plenamente arraigados, tanto en el ámbito familiar, como en el social, al haber vivido con anterioridad en los dos sitios, siendo sus referentes altamente positivos en los dos entornos, aparte de que en los supuestos de custodia compartida resulta prioritario para los menores la presencia de las dos figuras parentales, dado que les ofrece tranquilidad, antes que la estabilidad o inamovilidad del espacio físico en donde vienen desarrollando su vida, en cuyas dos casas, además, tienen todos los enseres y objetos que precisan...»

33. JUR 2007\105329.

34. *Vid.* referencias jurisprudenciales contenidas en la nota a pie de página núm. 12, en la mayoría de las cuales, de forma expresa, el Tribunal alude a la falta de acuerdo.

35. «Ante todo lo expuesto, la Sala se inclina también por establecer el régimen de custodia compartida por considerarlo adecuado al interés de los menores, pues la similitud de los estilos educativos de los progenitores podrá paliar los pretendidos inconvenientes derivados de la falta de comunicación fluida y continuada con uno solo de los progenitores, que por otro lado son inherentes a toda crisis matrimonial contenciosa; se estima en consecuencia que se dan las circunstancias necesarias, requeridas por el artículo 92 del Código Civil, redactado conforme a la reforma llevada cabo por Ley 15/2005, de 8 de julio, para el establecimiento de este sistema de guarda, incluido el informe favorable del Ministerio Fiscal, que ha pedido la confirmación de la sentencia».

la situación de hecho previa que demuestra que, a pesar de las desavenencias entre los progenitores o la inestabilidad que pudiera suponer una alternancia domiciliaria por períodos tan breves, el régimen ha funcionado de hecho³⁶, los menores, examinados por los peritos pertinentes, están emocional y psicológicamente equilibrados, por lo que debe prevalecer el régimen que ha funcionado por ser acorde con el interés de los menores implicados.

IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2008³⁷

La originalidad de esta sentencia del TSJC estriba en ser la primera de un Alto Tribunal, que se pronuncia sobre un supuesto de custodia compartida impuesta, en la que los menores alternan por períodos cortos de estancia en los domicilios de ambos progenitores, atribuyéndose el uso de la vivienda a uno solo de ellos, aplicando, para ello, el artículo 83 del Código de Familia catalán (a partir de ahora, CF), precepto que, a diferencia del artículo 96 del CC, sí tiene presente el supuesto de custodia compartida. El interés de la sentencia estriba en que el Tribunal de instancia utiliza un criterio (cónyuge más necesitado de protección), presente en nuestro CC como segunda regla de atribución cuando no hay hijos, en idénticos términos que el artículo 83.2.b) CF, y que el Alto Tribunal debe analizar si su aplicación es acorde o no con la legislación catalana.

IV.1. Breve relato de los hechos

El juzgado de instancia resuelve procedimiento de divorcio contencioso, atribuyendo uso de la vivienda familiar a la esposa, estableciendo un régimen de custodia compartida, con alternancia del menor en los domicilios de los progenitores, por períodos quincenales, disposiciones sobre la fijación de la pensión alimenticia y pensión compensatoria a favor de la esposa. La sentencia es recurrida ante la Audiencia por ambos ex cónyuges y revocada, parcialmente, en cuanto a la pensión compensatoria, confirmando los demás extremos. Contra dicha sentencia se interpone por el ex marido recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, ambos dirigidos al mismo fin: dejar sin efecto la atribución del uso de la vivienda familiar, concedida a la ex esposa sin límite temporal y por ser éste el interés más necesitado de protección. Para poder comprender con más precisión el recurso, es necesario partir de la normativa aplicable al supuesto. Así, el artículo 83.2 del CF catalán, en orden a los criterios que debe observar el juez para atribuir el uso de la vivienda familiar cuando no existe acuerdo entre las partes, dice: «En defecto de acuerdo o si éste es rechazado, a criterio del juez o jueza, dadas las circunstancias del caso, decide, en lo que se refiere a la vivienda familiar, en los siguientes términos: a) Si hay hijos, el uso se atribuye, preferentemente, al cónyuge que tenga atribuida su guarda mientras dure ésta. Si la guarda de los hijos se distribuye entre los cónyuges, resuelve la autoridad judicial. b) Si no hay hijos, se atribuye su uso al cónyuge que tenga más necesidad de la misma. La atribución tiene lugar con carácter temporal, mientras dure la necesidad que la motivó, sin perjuicio de prórroga en su caso».

36. Vid. nota a pie de página núm. 15.

37. JUR 2008\376155.

Los motivos alegados por la parte recurrente son los siguientes:

– El recurso extraordinario por infracción procesal se interpone por los siguientes motivos: el primero, porque la sentencia no realiza ninguna precisión sobre la duración temporal del uso atribuido, lo que es tildado de incongruente; el segundo, por no motivar la ausencia de límite temporal en la atribución del uso de la vivienda a la madre, como tampoco está motivada la asignación exclusiva al recurrente de una parte de la obligación de alimentos para los hijos comunes³⁸.

– El recurso de casación por interés casacional se interpone a fin de que el Tribunal precise un criterio de aplicación del artículo 83 del CF al supuesto de custodia compartida, concretamente, si el artículo 83.2 es de aplicación a este supuesto o no, y que determine de qué forma deben distribuirse los alimentos en este caso, invocando, como inaplicables, las previsiones de los artículos 76.1.c)³⁹ y 268.1⁴⁰, ambos del CF.

Su finalidad es solicitar que, dado que se ha establecido un régimen de custodia compartida, no debe proceder la atribución del uso de la vivienda a uno solo de los progenitores, sino que debe atribuirse a los menores, y ambos progenitores alternarse periódicamente en su uso; y, asimismo, se anule la cantidad de alimentos fijados a su cargo, ya que el propio régimen de custodia compartida exige un igual reparto entre los progenitores de la pensión alimenticia procedente.

IV.2. Los fundamentos del Tribunal

Hay que diferenciar, a efectos sistemáticos, los fundamentos de Derecho según éstos tengan lugar resolviendo el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, por ser las dos vías de recurso aducidas por la parte recurrente.

– Recurso extraordinario por infracción procesal:

Sobre la incongruencia del fallo de la Audiencia con el *petitum*, es rechazado por haberse solicitado por el recurrente la atribución del uso de la vivienda familiar a su favor, así como la custodia de sus hijos, y de fallarse ésta como compartida se atribuyese el uso a la madre por un período temporal de un año; que la sentencia de la Audiencia no se corresponda con lo pedido no quiere decir que ésta sea incongruente, en la medida en que resuelve sobre la materia pedida (pero, claro está, no a favor del que lo pidió)⁴¹.

38. Hay un tercer motivo relativo a la cantidad asignada en concepto de pensión compensatoria que por ser una materia más alejada del objeto de este trabajo voy a omitir su comentario.

39. «En los casos de nulidad del matrimonio, divorcio o separación judicial, si hay hijos sometidos a la patria potestad del padre y de la madre, debe establecerse: c) La cantidad que por el concepto de alimentos de los hijos, de acuerdo con el artículo 143, corresponda satisfacer al padre o a la madre y la periodicidad y forma de pago.»

40. «La obligación de alimentos debe cumplirse en dinero y por mensualidades avanzadas. Si la persona acreedora de alimentos hubiere muerto, sus herederos no deben devolver la pensión correspondiente al mes que se hubiere producido la defunción.»

41. «... toda vez que la sentencia de la Audiencia, ni resulta incongruente con el *petitum* ... pues no puede olvidarse, ni ignorarse, que el hoy recurrente solicitó la asignación a su favor de la vivienda familiar en el supuesto de que la custodia de la hija menor le fuera a él otorgada y para el caso de establecerse la guarda y custodia compartida –como así se resolvió– interesó la atribución del domicilio familiar a la esposa, con la limitación temporal de un año. No puede tildarse que la sentencia recurrida incurra en incongruencia omisiva, cuando resuelve precisamente la medida concreta que se impugna y, tras razonar

También rechaza la alegación de falta de motivación, o la motivación arbitraria o infundada, en la decisión de atribuir el uso del inmueble sin límite temporal explícito, ya que ésta tiene lugar ante la mejor situación económica del ex esposo que, incluso, tiene vivienda propia. Además, como fundamento jurídico de la misma se argumenta sobre la base del artículo 83.2.b) del CF, que faculta al juez para atribuir el uso de la vivienda al ex cónyuge más necesitado de protección y en tanto esta situación se mantenga⁴².

Finalmente, también se rechaza la alegación de falta de motivación en cuanto al desigual reparto de la pensión alimenticia, ya que se ha acreditado la mejor situación económica del recurrente, lo que justifica, de suyo, que su aportación sea mayor⁴³.

– Recurso de casación.

El Tribunal estima que el criterio apuntado en el artículo 83.2.b) CF, en cuanto establece la atribución del uso al cónyuge más necesitado de protección, efectivamente, sólo puede aplicarse en el supuesto de que no existan hijos del matrimonio, por lo que no lo es en el supuesto de autos. Ahora bien, ello no obliga a alterar el uso del inmueble, como pretende el recurrente, a favor de la hija menor, variando el ejercicio de la custodia por tener que rotar ambos progenitores en el uso del inmueble⁴⁴. El artículo 83.2.a) CF, que es el precepto aplica-

cumplidamente las pretensiones formuladas por las partes, mantiene la atribución del uso del domicilio que en su día fue sede del hogar conyugal a la esposa, sin establecer límite temporal alguno, tal como había sido así acordado por la Juzgadora de Instancia, siguiendo idéntica línea argumental que ésta, desarrollada precisamente en la sentencia ahora impugnada, en la cual, una vez analizadas de nuevo las actuaciones realizadas durante la primera instancia de conformidad con el artículo 456 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), se motiva suficientemente el porqué acoge la misma tesis que el órgano jurisdiccional *a quo* –interés de la esposa más necesitado de protección».

42. «Pues bien, para comprobar si la sentencia incurre en el vicio invocado debe examinarse si se ha producido una motivación suficiente para resolver las cuestiones oportunamente deducidas en el pleito y si la motivación explicitada resulta arbitraria o manifiestamente infundada, como sucedería si estuviese basada en un error patente en la determinación o selección del material de hecho por no haberlo considerado en su conjunto. En el presente caso, la decisión de la Audiencia de ratificar el uso del domicilio familiar a favor de la mujer, sin fijar el límite temporal solicitado por el esposo, tiene como motivo la mejor situación económica de éste, quien además dispone de vivienda propia, al haber adquirido una nueva con tres plazas de parking, es decir, se ha seguido uno de los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar, que viene contemplado en el artículo 83.2.b) del Codi de Família (LCAT 1998, 422, 521), o sea, *al cònjuge que en tingui més necessitat* –la esposa–, y cuyo uso se mantendrá *mentre duri la necessitat que l’ha motivada*, tal como dispone el propio precepto».

43. «... por cuanto, al igual que se ha indicado con anterioridad, la sentencia impugnada contiene explicación jurídica más que suficiente para que el padre se haga cargo de más gastos de las hijas que la madre, sobre la base de haberse acreditado que aquél obtiene más ingresos que ésta, lo que determina, sin necesidad de ninguna otra argumentación, la improsperidad de dicho motivo del recurso, el cual se ha formulado con manifiesta falta de fundamento, pues no debe confundirse la falta de motivación, con una argumentación contraria a los intereses de la parte recurrente...»

44. En consecuencia, al haber hijos de la unión matrimonial de autos, como acertadamente entiende el recurrente, la norma aplicable es la del apartado a) del artículo 83.2 del Codi de Família (LCAT 1998, 422, 521), que contempla precisamente tal circunstancia: «Si hi ha fills,...», y, por ende, debe considerarse que la sentencia de la Audiencia, siguiendo la línea argumental de la del Juzgado, yerra en la aplicación de la normativa de pertinente aplicación al caso, ya que, al tener los litigantes dos hijas económicamente dependientes, nunca puede resolverse sobre la base de lo dispuesto en el apartado b) de dicho precepto, que regula concretamente la atribución del uso de la vivienda familiar cuando *no hi ha fills*. Por ello ha de concluirse, que efectivamente se ha cometido por parte de los órganos jurisdiccionales *a quo* y *ad quem* una infracción de precepto legal, al obviar para adoptar tal medida dimanante del divorcio la existencia de hijos comunes de los consortes litigantes, lo que evidencia claramente que el supuesto ahora examinado presenta interés casacional, en los términos a que hace referencia el artículo 477.3 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), debiendo este TSJ, ante la cuestión concretamente planteada, pronunciarse en el sentido de que en las situaciones de guarda y custodia compartida, para la atribución del domicilio familiar, es aplicable en todo caso el apartado a) del artículo 83.2 del Codi de Família (LCAT 1998, 422, 521). Ahora bien, una vez resuelta cuál es la norma aplicable al caso que aquí nos ocupa, las consecuencias de su aplicación no son las pretendidas por la parte recurrente, es decir, «la atribución del uso del domicilio familiar a la hija menor y que los padres vayan alternando la convivencia en dicha vivienda en cada período temporal que disfruten de la custodia de la hija», pues ello no deja de ser una incomodidad para todos, amén de una fuente segura de conflictos, que casa mal con la institución de la guarda y custodia compartida. Pero es más, el legislador catalán en el artículo de constante referencia, el 83.2.a) del Codi de Família, ya contempla los supuestos en que la guarda de los hijos/as no se atribuya a uno solo de los progenitores –como en el de autos–, en cuyo caso establece: «Si la guarda *dels fills* es *distribueix entre els cònjuges, resol l'autoritat judicial*». Es decir, en tales casos, se

ble al caso, entiende que «si la guarda de los hijos se distribuye entre los cónyuges, resuelve la autoridad judicial», resolución que sólo puede hacerse con vista a la protección del interés del menor. Así, es más favorable para la hija menor que la vivienda se atribuya a la madre, que reside, actualmente, en ella con la hija mayor económicamente dependiente, y alternativamente con la menor; ya que la otra solución, privaría de vivienda a la madre y la hermana mayor, lo que, en modo alguno, es una situación favorable para la menor. Máxime cuando el padre tiene mayores medios económicos y, además, tiene en propiedad otra vivienda donde residir⁴⁵.

La alegación relativa a la desigualdad en orden al abono de la prestación de alimentos, es, también, rechazada ya que la custodia compartida *per se* no impone un reparto igual en la cantidad fijada para alimentos, para la que se tendrá en cuenta, no sólo el tiempo real de ejercicio de ésta, sino la situación económica de quienes deben abonarla⁴⁶.

IV.3. Valoración crítica

Con independencia de que, técnicamente, el pronunciamiento me parece ajustado a Derecho, por lo que poco comentario crítico puedo realizar que no sea mostrarme en concordancia con el dictado del Tribunal, ello no va a eximirme de manifestarme sobre otras cuestiones que «afloran» en esta sentencia, y que, con toda seguridad, se plantearán en otros pleitos que deban resolverse conforme a la normativa común (todo hay que decirlo, menos previsora que la normativa catalana en orden a los problemas generados por el ejercicio de la custodia compartida).

El CF catalán, pues, se plantea el supuesto de la custodia compartida cuando se refiere a los criterios que debe seguir el juez para atribuir el uso de la vivienda familiar, autorizando al juez para establecer el beneficiario (o los beneficiarios) del uso, según el interés del menor lo

faculta a los órganos jurisdiccionales para que adopten la solución más adecuada sobre la atribución del uso del que en su día constituyó el hogar conyugal, en función, obviamente, de la situación fáctica resultante como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial...»

45. «Llegados a este extremo, es de puntualizar, atendida la materia que es objeto del recurso de casación, que, cual antes se ha indicado, el interés prioritario y que siempre ha de prevalecer es el interés superior de los hijos –“principio del *favor filii*”–, y, por tanto, para resolver sobre la asignación del uso del domicilio familiar, se ha de tomar en consideración en cada caso lo que sea más beneficioso para los hijos. En el supuesto aquí analizado, en que la hija mayor de edad es económicamente dependiente y convive con la madre, quien goza de una situación económica menos holgada que la del otro progenitor –el padre recurrente–, el cual, además, como consecuencia de la ruptura convivencial, adquirió una nueva vivienda, con tres plazas de aparcamiento, resulta palmario que en el presente caso el interés más necesitado de protección es el de la madre e hijas, y, consecuentemente, se estima que lo más conveniente para éstas, es mantener por ahora –y como mínimo hasta que las dos dejen de convivir con su madre y/o alcancen independencia económica– la atribución del uso del domicilio familiar a la Sra. Lorenza, tal como dispusieron tanto la Juzgadora de Instancia como la Audiencia, en sus respectivas resoluciones...».

46. «... es plenamente aplicable a los casos de custodia conjunta o compartida, en los que, obviamente, procede la fijación de alimentos –lo contrario iría en contra del fundamental principio del *favor filii*–, atendiendo al binomio posibilidad-necesidad contemplado en el artículo 267.1 del propio Codi, ... que bajo la denominación equívoca de custodia “compartida”, pueden hallar amparo diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores –partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta–, que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a asumir, en razón a muy diversos factores (la diferente edad de los niños, su comodidad y confort, su aprovechamiento escolar, sus problemas evolutivos particulares, el horario laboral, la disponibilidad efectiva de los padres, etc.), por lo que no tiene nada de extraño, ni de peculiar, que las situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor puedan compensarse a través de la correspondiente pensión de alimentos, en cuya fijación, además y en su caso, habrá de tenerse en cuenta, la diferente capacidad económica que pueda existir entre los obligados a abonarla –artículos 264 y 267 del CF (LCAT 1998, 422, 521)–, la cual deberá tomarse en consideración, asimismo, en aquellos supuestos en que el tiempo de permanencia con los hijos/hijas sea idéntico. Dicho ello y partiendo de que tanto en la sentencia de la Juzgadora de Instancia como en la de la Audiencia, se realiza una correcta valoración de las necesidades de las dos alimentistas, así como de los medios y posibilidades económicas de uno y otro progenitor, es de remarcar que en el supuesto objeto de estudio, siendo harto superiores los recursos económicos del padre frente a los de la madre...».

demande. Una manifestación de este tipo, abierta, fue lo que propuse como añadido a la regla del artículo 96.1 del CC, como la mejor fórmula para dejar solventado el problema del uso de la vivienda cuando el juez impone la custodia compartida. Por ello, no era preciso acudir al segundo criterio de atribución (como erróneamente lo hicieron tanto el juzgado de instancia como la Audiencia), relativo al «cónyuge más necesitado de protección», del artículo 82.2.b), paralelo al artículo 96.2 del CC, ambos representados para una realidad distinta: el matrimonio que no tiene hijos. Sin embargo, la redacción amplia del artículo 82.2.a) permite atribuirlo, efectivamente, al cónyuge más necesitado de protección, justificándolo en el interés del menor. Porque, ¿no es contrario al interés de la menor desahuciar a su madre y hermana mayor de edad económicamente dependiente, para que su padre, propietario de otra vivienda, y con más medios económicos resida con ella, de forma alternativa con su madre, en la vivienda familiar? Si así debe ejercitarse la custodia compartida, dejando sin hogar a la hermana mayor y a la madre de la menor, en ese caso, es más acorde con su interés la custodia exclusiva para la madre, con atribución del uso del inmueble por imperativo legal.

Claro que, a la solución apuntada, sólo puede llegarse desde un contenido y una redacción de las normas aplicables igual (o parecida) a la que llevó a cabo, en su día, el legislador catalán. Pero, ¿qué hubiera sucedido en Derecho común? Francamente, me resulta muy difícil, por no decir imposible, aventurar una respuesta que no sea ciencia ficción; pues como no está previsto en la norma y lo previsto (artículo 96.1 del CC) es inaplicable, la solución pudiera ser de lo más variopinta y, en cualquier caso, alegal (sin regulación legal). Haciendo un esfuerzo interpretativo, y en tanto no se reforme el precepto, sólo se me ocurre invocar el principio del cónyuge más necesitado de protección por ser éste una exigencia del interés del menor, prevalente, siempre, por ser el inspirador de cualquier normativa que afecte a menores.

V. REFLEXIÓN FINAL: EL INTERÉS DEL MENOR COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO Y LA ANALOGÍA *IURIS*

El criterio seguido por la Sentencia del TSJ de Cataluña de 5 de septiembre de 2008 ha conseguido que afine la solución que propuse, en su día, desde el Derecho común, a la aplicación de los criterios del artículo 96.1 del CC, cuando el juez impone la custodia compartida, siendo los menores los que se deben desplazar periódicamente a los respectivos domicilios de sus progenitores. En este sentido, y dado que el artículo 96.1 del CC no preveía la situación de custodia compartida, entendí que lo más adecuado era acudir al criterio del artículo 96.2 («cónyuge más necesitado de protección») para atribuirle el uso de la vivienda. La aludida resolución judicial, tal y como hemos visto, debate la aplicación de este criterio concluyendo que no es procedente, ya que el artículo 83.2.b) CF, sólo es aplicable cuando no hay hijos comunes (como regla subsidiaria), siendo pues, entonces, la solución acorde al Derecho la que impone la regla del artículo 83.2.a) CF, que encarga al juez resolver lo pertinente en orden a la atribución del uso. Las situaciones no son paralelas, ya que el artículo 83.2.a) sí contempla la custodia compartida, por lo que es éste y su dictado lo que deberá aplicarse cuando haya hijos y no el criterio del artículo 82.2.b); en el Derecho común, el criterio del artículo 96.1 es inaplicable, lo que faculta al intérprete a proponer soluciones fuera de éste.

No obstante, sí es posible buscar la solución en el artículo 96.1 del CC, sin tener que acudir, bruscamente, a una regla que, desde su propio texto, está ideada a falta de hijos

comunes. Incluso, llegar al criterio del artículo 96.2 del CC (que sigo pensando es el adecuado), desde el propio artículo 96.1 del CC, de forma ordenada y acudiendo a la aplicación de nuestra escala de fuentes.

La situación de partida es una situación de laguna legal: el legislador no previó (no porque lo desconociera en el momento de elaboración de la norma) que la nueva realidad introducida afectaba al artículo 96.1 del CC, que, al no adecuarlo a ella, dejó sin solucionar un conflicto al ser inaplicable la regla que, hasta entonces, existía en el CC (y sigue, pues, existiendo). En definitiva, la norma legal no regula por lo que se produce la típica laguna o vacío legal. Ante esta situación, y previamente a acudir al uso de la técnica conocida como analogía *legis* (que podría llevarnos a la regla del artículo 96.2 del CC, aunque sería discutible la concurrencia del requisito de «identidad de razón» exigido en el artículo 4.1 del CC), se debe acudir a la escala de fuentes, por si existiera alguna costumbre o principio general del Derecho que pudiera aplicarse resolviendo y cumplimentando el vacío legal (que no normativo, habida cuenta el carácter de pleno y completo de nuestro ordenamiento jurídico).

El artículo 96.1 del CC, pues, está redactado conforme a una pauta o principio general del Derecho presente en toda norma que en nuestro Derecho afecte a menores: la protección del interés del menor. Por ello, atribuye, en primer lugar, el uso de la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía queden los hijos habidos del matrimonio. Sólo, pues, se tiene en cuenta el interés del cónyuge, a falta de hijos, y siempre que la atribución sea temporal. Podemos afirmar, entonces, que a falta de regulación legal y costumbre al respecto, podría solventarse el conflicto entendiéndose habilitado el juez para atribuir el uso del inmueble a aquel de los dos cónyuges que más lo necesite (es decir, el que tenga un interés más necesitado de protección). Y ello porque el interés del menor demanda que, en caso de que exista una diferencia considerable en los medios económicos de sus dos progenitores, resulte beneficiado por el uso de la vivienda el progenitor más desfavorecido. *A sensu contrario*, y afinando la argumentación, es inimaginable pensar que es indiferente para un menor que uno de sus progenitores, con el que, además, debe pasar conviviendo una parte de su tiempo carezca de domicilio o, por sus escasos medios, deba residir en un domicilio de peores características del que, hasta ahora, había sido su residencia habitual, cuando puede ser beneficiario del uso de la citada vivienda.

Además de estar presente el interés del menor, como principio general informador de la normativa, en el criterio del artículo 96.1 del CC, lo está, y ya normativizado, en el artículo 92 del CC donde se contempla el régimen de la custodia compartida⁴⁷.

La aplicación del principio general de protección al interés del menor permite al juez una cierta maniobra, a fin de, o bien atribuir el uso del inmueble al cónyuge más necesitado de protección (en el caso de que hubiere un cónyuge necesitado de protección), o bien disponer la venta del inmueble, por no demandar el interés del menor la atribución de su uso a uno de los progenitores, al no existir esa necesidad que satisfacer (no hay ningún cónyuge más desfavorecido, porque ninguno lo es o lo son ambos igualmente).

47. Sobre la relevancia del interés del menor en la determinación del régimen de custodia compartida, por todos, TAMAYO HAYA, S.: «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 41, 2008, pp. 35 a 79.

EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

ANA MARTÍN MUÑOZ

Abogada del Ilre. Colegio de Abogados de Granada

A un Registrador de la Propiedad, mi padre.

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto analizar las relaciones de este derecho de uso *sui generis*, nacido para atender necesidades socio-familiares específicas de los procesos de ruptura matrimonial, con el Registro de la Propiedad.

La prolija casuística práctica generada por este derecho contrasta con su escasa regulación legal y justifica los intentos doctrinales por encontrar en el derecho histórico figuras afines con las que suplir este vacío respecto de su régimen jurídico.

Además de abordar su naturaleza jurídica, se sistematizan las principales particularidades que presenta la inscripción de este derecho y las dificultades para conciliar su especial naturaleza familiar con los principios del Derecho Hipotecario.

ABSTRACT

The present article has for object to analyze the relationships of this *sui generis* right of use, born to assist specific social-family necessities of the processes of matrimonial rupture, with the Registry of Property.

The detailed practical casuistry generated by this right contrasts with its poor legal regulation and justifies the doctrinal attempts to find in the historical Law similar figures with which to replace this gap regarding its juridical regime.

Besides approaching its juridical nature, are systematized the main particularities that presents the inscription of this right and the difficulties to reconcile its special family nature with the principles of the Mortgage Law.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

I.1. El derecho de uso y habitación

I.2. El derecho de uso de la vivienda familiar

II. CASUÍSTICA REGISTRAL DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

II.1. Que la finca aparezca inscrita a favor de personas distintas de los cónyuges

II.2. Que el derecho de uso de la vivienda familiar se atribuya a uno de los cónyuges y la finca aparezca inscrita, privativamente, a favor del otro cónyuge o de ambos, en proindiviso y en una determinada proporción

II.3. Que el derecho de uso de la vivienda familiar se atribuya a los hijos menores e incapacitados del matrimonio y al cónyuge bajo cuya custodia queden, y la finca aparezca inscrita, privativamente, a favor del otro cónyuge o de ambos, en proindiviso y en una determinada proporción

II.4. Que el derecho de uso se adjudique al mismo cónyuge titular registral de la finca sin modalización alguna

II.5. Que, estando inscrita a favor de un cónyuge, se adjudique el derecho de uso a favor de éste y de los hijos del matrimonio

II.6. Que el derecho de uso se adjudique a los hijos hasta tanto se independicen

III. LA INSCRIPCIÓN DE LA ADJUDICACIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

III.1. Adjudicación de una finca en la liquidación de gananciales al cónyuge no titular registral de la misma

III.2. Adjudicación del derecho de uso de la vivienda familiar en los procedimientos matrimoniales al cónyuge no titular registral de la misma

IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Tras la entrada en vigor de la Ley 30/1981, comúnmente conocida como Ley del divorcio, se introduce en el CC, en el contexto de las denominadas crisis matrimoniales: separaciones, divorcios y nulidades, con carta de naturaleza propia, el derecho de uso de la vivienda y ajuar familiar. La atribución de este derecho de uso es una de las medidas que, existiendo hijos menores de edad o incapacitados, ha de adoptarse necesariamente en los procedimientos matrimoniales, bien sea de mutuo acuerdo en el correspondiente convenio regulador, bien

en la sentencia recaída en el procedimiento contencioso (artículos 90 y 91 del CC). El presente artículo tiene por objeto analizar las relaciones de este derecho de uso *sui generis*, nacido para atender necesidades socio-familiares específicas en los procesos de ruptura matrimonial, con el Registro de la Propiedad.

La abundante casuística de carácter práctico generada en torno a este derecho contrasta con su juventud legal (1981) y su orfandad de posterior desarrollo legislativo, circunstancias que nos empujan a bucear en el derecho histórico, tratando de encontrar semejanzas y diferencias con otras figuras afines que arrojen más luz sobre su régimen jurídico.

1.1. El derecho de uso y habitación

El derecho español regula en los artículos 523 a 529 del CC los derechos de uso y habitación. Si bien la denominación del derecho que atribuye el uso de la vivienda familiar pudiera inducir a incluirlo en el derecho de uso genérico regulado en estos artículos, su contenido en seguida nos lleva a ubicarlo más correctamente dentro del derecho de habitación. No obstante, son notorias las diferencias entre uno y otro como se pondrá de manifiesto a lo largo de nuestro breve estudio.

Conforme a lo que resulta de dichos artículos, el derecho de habitación puede ser definido como un derecho real de carácter personalísimo, que concede a quien lo ostenta la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia o, incluso, toda la casa.

Las principales características de este derecho que se deducen de su régimen legal son, someramente desarrolladas, las siguientes:

1.^a Es un derecho de naturaleza real y, por ende, inscribible en el Registro de la Propiedad. Por si cupiera alguna duda al respecto, el artículo 2 de la LH así lo establece de forma expresa.

2.^a Es un derecho patrimonial de contenido flexible, cuya extensión y límites vendrán determinados en el título de su constitución, siéndole subsidiariamente aplicables las disposiciones específicas del CC y, en cuanto no se opongan a éstas, las disposiciones aplicables al usufructo.

Por un lado, el contenido del derecho de habitación está determinado por las necesidades personales y familiares de su titular y en esas necesidades encuentra sus límites. Este contenido flexible, y, por ende, indeterminado *a priori*, constituye un claro elemento de indefinición para la inscripción que choca frontalmente con uno de los principios básicos del sistema hipotecario, el principio de especialidad. Por otro, con el derecho de habitación no se pretende resolver un problema patrimonial exclusivamente, sino que, dado su carácter personalista, lo que persigue, generalmente, es satisfacer necesidades de índole personal y familiar.

3.^a Es un derecho compatible con otro u otros derechos sobre la misma finca. La mayor o menor amplitud en su contenido, en función de las necesidades personales y familiares del habitacionista, hace que no siempre agote el disfrute del objeto sobre el que recae. Por ello,

es claro que puede coexistir con otro u otros derechos de igual o distinta naturaleza, que tengan por objeto el uso o disfrute de la finca.

4.^a **Es un derecho personalísimo que**, en contra del principio general sancionado por el artículo 1112 del CC, y precisamente por este carácter, **no es transmisible**. En efecto, el artículo 525 del CC establece que el derecho de habitación no se puede arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título. Si el derecho de habitación es un derecho cuyo fin es el de dar cobertura a una de las necesidades básicas de las personas como es la vivienda, derecho tan esencial que aparece sancionado por la misma Constitución, la intransmisibilidad que predica el citado artículo parece consustancial al derecho. De otra forma podría frustrarse el fin perseguido con él.

En la misma dirección, el artículo 108.3.º de la LH establece la no hipotecabilidad del derecho de habitación. Algún autor, GARCÍA GARCÍA, llega a admitir una interpretación más flexible de principio tan absoluto en un doble sentido: que el habitacionista pueda consentir la posposición de su derecho a una hipoteca que constituya el titular del dominio, de un lado, y que pueda constituirse una hipoteca conjunta sobre el dominio y el derecho de habitación, al amparo del artículo 217 de la RH, de otro. Aun cuando en el contexto del mundo actual, dominado por su sentido pragmático y economicista, tal interpretación pudiera tener acogida, ello sería sólo *de iure condendo*; *de iure condito*, sin embargo, entendemos que no debería prosperar y debería ser rechazada sin ambages. Permitir cualquiera de estas posibilidades sería tanto como ir contra la esencia misma del derecho, pues tanto en un caso como en otro se estaría admitiendo una forma de extinción del derecho no prevista por el legislador, a través de la adjudicación de la finca como consecuencia de la ejecución de la hipoteca, en caso de impago de la deuda garantizada. Por otra parte, la naturaleza del negocio jurídico que celebraría el habitacionista, en ambos casos, es claramente dispositiva, lo que implicaría una flagrante violación del artículo 525 del CC. Por lo que concluimos que, si bien estas posibilidades pueden permitirse con fundamento en alguna normativa autonómica (Cataluña), su extrapolación al ámbito del derecho común es absolutamente inviable en el estado actual de la cuestión.

Dado el régimen de fuentes previsto, podría sostenerse que en el título constitutivo se pudiera establecer la posibilidad de disposición del derecho; pero entendemos que ello implicaría su verdadera desnaturalización, dando paso, por tanto, a otro derecho, distinto del que propiamente nos ocupa.

En definitiva, se trata de un derecho patrimonial de contenido flexible, naturaleza real y carácter personalísimo.

1.2. El derecho de uso de la vivienda familiar

Si bien el derecho de uso de la vivienda familiar es mucho más joven en edad que el derecho de habitación, debido a su mayor prevalencia en la vida jurídica actual, su posterior desarrollo doctrinal y jurisprudencial ha sido mucho más prolijo.

La STS de 22 de abril de 2004, recogiendo el contenido de la anterior de 11 de diciembre de 1992, y eludiendo la consideración de su naturaleza jurídica, define el derecho al uso

de la vivienda familiar como un derecho de carácter provisional y temporal, oponible a terceros, que, como tal, debe tener acceso al Registro de la Propiedad, cuya extensión y límites vienen determinados en la decisión judicial que lo autoriza u homologa y, en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares, todo ello sin perjuicio de la observancia de las reglas que establece el Derecho Inmobiliario Registral.

Esta definición nos servirá para desgarnar los caracteres que tipifican el derecho de uso familiar:

1.º Atendiendo a su propia esencia, la doctrina, en general, y el TS, en su más reciente jurisprudencia, están de acuerdo en considerar este derecho al uso de la vivienda familiar como un **derecho de naturaleza familiar**.

Directamente relacionada con la naturaleza reconocida a este derecho se encuentra la cuestión de la inscribibilidad o no de éste. La doctrina de la DGRN se ha mostrado vacilante en este punto. La interesante Resolución de 20 de febrero de 2004, abordando directamente esta cuestión, llegó a la conclusión, que compartimos, de que este derecho tiene naturaleza familiar, naturaleza *tertium genus* en la clasificación tradicional que distingue entre derechos personales y patrimoniales. El reconocimiento de esta naturaleza familiar hace posible y aconsejable la inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar, aunque no sin presentar importantes dificultades, las cuales desarrollamos en el punto siguiente.

De forma indirecta la mencionada resolución abordó también el problema de su naturaleza jurídica y llegó a la conclusión de excluir su carácter real, basándose en la consideración de que la clasificación y división entre derechos reales y de crédito proceden solamente en los derechos de carácter patrimonial, y este derecho de uso no tiene tal carácter.

Es precisamente esta compleja naturaleza familiar que la DGRN atribuye al derecho de uso la razón última que justifica y sobre la que pivotan las importantes y variadas excepciones (a veces verdaderas trasgresiones) que, en aras a su inscripción, se hacen a los más elementales principios del derecho registral, como desarrollamos en el número siguiente.

2.º Es un derecho de contenido flexible, cuya extensión y límites vienen manifestados en la decisión judicial que lo autoriza u homologa.

La atribución del derecho de uso de la vivienda y ajuar familiar como contenido necesario del convenio regulador, en los procedimientos de mutuo acuerdo y de la sentencia, en los procesos contenciosos, está recogida en los artículos 90.C) y 91 del CC, respectivamente. Por su parte, el artículo 96 del CC determina la titularidad de este derecho, atribuyéndola directamente a los hijos e, indirectamente, al cónyuge en cuya compañía queden. Este artículo se refiere específicamente a los supuestos de custodia exclusiva de uno solo de los progenitores, modalidad de custodia que constituía el supuesto normal de aplicación en la ley del divorcio de 1981 y que aún hoy sigue siendo el mayoritario en nuestro país. No obstante, tras el reconocimiento explícito en nuestro ordenamiento jurídico de la custodia compartida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, en la que ambos progenitores son titulares de ella, ejerciéndola de manera sucesiva en los períodos de tiempo respectivamente asignados, el

uso de la vivienda familiar no resulta atribuido automáticamente por el legislador, debiendo ser el Juez quien, en defecto de acuerdo, resuelva lo procedente en relación a él.

En cualquier caso, se trata de un derecho cuyo contenido vendrá determinado por las concretas necesidades socio-familiares que la ruptura matrimonial plantee a la familia y, en especial, a los más vulnerables dentro de ella.

3.º Es un derecho incompatible con cualquier otro que implique el uso y disfrute de la vivienda familiar, salvo que otra cosa se hubiere previsto en la sentencia judicial que lo reconoce. La atribución de este derecho de uso trata de resolver el problema de vivienda de la parte más necesitada de protección en las rupturas matrimoniales: los hijos menores y el progenitor a cuyo cargo quedan, en beneficio de todos.

En el marco de las custodias compartidas se ha planteado la atribución también compartida de este derecho de uso, siendo los hijos del matrimonio titulares permanentes de éste durante su vigencia y los cónyuges, titulares alternativamente durante los períodos de tiempo en los que ostentan respectivamente la custodia de los hijos. Nuevamente la inscripción del derecho de uso así determinado presenta indudables problemas desde el punto de vista registral, si bien, dados los reiterados argumentos en relación a su naturaleza familiar y al criterio favorable de la DGRN para su inscripción, entendemos podría inscribirse de este modo si así se reconoció en la sentencia judicial, sin perjuicio de las modificaciones que puedan instarse judicialmente en él, como consecuencia del cambio ocurrido igualmente en las necesidades familiares protegidas por él. No obstante, este supuesto de hecho es poco común, no sólo porque las custodias compartidas son aún minoritarias respecto de las exclusivas, sino porque incluso dentro de ellas, esta solución suele descartarse por suponer más una fuente adicional de conflictos familiares tras la separación que una solución a ellos.

En cuanto a la posibilidad de que el derecho de uso pueda coexistir con otros derechos que impliquen el disfrute de la vivienda familiar, por ejemplo, un usufructo o arrendamiento, podemos distinguir dos supuestos: uno, que este otro derecho pertenezca a uno o ambos cónyuges, en cuyo caso la posible colisión entre ambos debería ser objeto de solución en la sentencia que lo reconociera u homologara y, dos, que este otro derecho esté inscrito a favor de una persona no implicada en el proceso de separación o divorcio, en cuyo caso el derecho de uso no podría ser inscrito en el Registro de la Propiedad por falta de tracto sucesivo (artículo 20 de la LH).

4.º Es un derecho intransmisible e irrenunciable. Ésta es la regla, que no debería ser elevada a la categoría de absoluta para no imposibilitar posibles mejoras para los hijos; piénsese en un supuesto tan frecuente como el de la cesión de suelo a cambio de obra futura. Dicho esto, sí parece necesario advertir que la posibilidad de disponer del derecho de uso debe considerarse una excepción, que, en cuanto tal, debe ser objeto de interpretación muy restrictiva.

Entendemos que la posibilidad de disponer libremente del derecho, dentro de cuyo concepto hay que incluir necesariamente la renuncia, exigirá la capacidad para enajenar inmuebles prevista en el CC y, por ello, sólo se dará cuando su titular o titulares sean mayores de edad y tengan la libre disposición de sus bienes. Por ello, el supuesto no debería hacerse extensivo al caso de menores emancipados o habilitados judicialmente y menores

de edad mayores de 16 años, aunque concurrieran provistos del complemento de capacidad exigido por el CC.

En todos los casos en que sean titulares del derecho de uso, de forma directa o indirecta, hijos menores de edad o incapaces, entendemos que, puesto que su derecho nace de un convenio homologado judicialmente, su disposición deberá ser también autorizada por el Juez que aprobó el convenio y no por el juez del domicilio, como establece el artículo 166 del CC para la enajenación de inmuebles.

Según un sector de la doctrina, el derecho de uso de la vivienda familiar es irrenunciable e intransmisible porque la vivienda integra el concepto de alimentos (artículo 142 del CC); pero no sería descabellado dejar abierta la posibilidad de disposición o renuncia en los casos en que indubitadamente la actuación negocial redundara en beneficio cierto y claro de los titulares del derecho. Esta interpretación, aunque de forma algo forzada, estaría abonada por el artículo 151, párrafo segundo, CC. Una cosa es la imposibilidad de disponer o renunciar al derecho de uso de la vivienda familiar en abstracto, y otra distinta sería la disposición o renuncia al derecho concreto, una vez integrado en el patrimonio de su titular y debidamente salvaguardados los intereses familiares necesitados de protección.

El TS en Sentencia de 14 de diciembre de 2004, de fundamentación dudosa y, desde luego, criticable, llega a admitir la realización ejecutiva del derecho (embargo, subasta, etc.) para dar satisfacción a créditos exigibles. Debe entenderse que lo que el TS proclama es la sujeción del derecho al principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del CC. Esta posibilidad no debería, sin embargo, prosperar, pues, como ha quedado dicho, la naturaleza jurídica del derecho queda fuera del ámbito estricto de los derechos de contenido patrimonial para quedar adscrito a los derechos de naturaleza familiar y carácter complejo. Por otra parte, admitida esta posibilidad, la incompatibilidad entre un derecho tan flexible, tan indefinido en aspectos tan fundamentales como el plazo de duración, con el Registro de la Propiedad, imposibilitaría su inscripción. Esta incompatibilidad con el Registro se agrava además con el hecho de que el tercero adjudicatario del derecho carece de legitimación para acudir al Juez en solicitud de definición del derecho.

Sin embargo, el carácter irrenunciable e intransmisible de derecho de uso de la vivienda familiar no será óbice para que, por la operativa del propio sistema hipotecario, pueda ser cancelado como consecuencia de la purga por razón de la ejecución de un derecho inscrito con anterioridad y preferente al mismo.

5.º Es un derecho en el que la finca sobre la que recae es susceptible de sustitución.

El hecho de que sea un derecho circunscrito al derecho de familia, y, por ende, con connotaciones de derecho público ajenas totalmente al derecho privado propiamente dicho, no debe impedir la posibilidad de que la finca sobre la que recaía inicialmente pueda ser sustituida por otra. Y ello porque este derecho, aparte de su ya mencionada naturaleza familiar, está también dotado de un contenido patrimonial, que justifica cierta flexibilidad a la hora de su interpretación. Así, no encontramos deba haber dificultad para aceptar que el derecho de uso pase a recaer sobre una nueva vivienda, que venga a ostentar el carácter de familiar en sustitución de la primera, quedando libre de él la que fue primera vivienda familiar. Lo importante es que los intereses familiares estén convenientemente salvaguardados. Esa

posibilidad, sin embargo, obligará a extremar la exigencia de que los requisitos tenidos en cuenta para la constitución originaria del derecho de uso de la primera vivienda familiar se mantengan respecto de la que la sustituye, para evitar que queden desamparados los intereses familiares más necesitados de protección, fundamentalmente los de los hijos.

Si el matrimonio careciese de hijos, y los ex cónyuges fuesen mayores de edad y no tuviesen limitada la capacidad de obrar, no existe problema alguno en aceptar que, al amparo del principio de libertad de contratación del artículo 1255 del CC, aquéllos pudiesen pactar lo que tuviesen por conveniente.

Si, en cambio, en el uso de la vivienda familiar estuviesen interesados hijos menores o incapacitados, no podría aceptarse una solución tan liberal. En este caso sería necesario el consentimiento del cónyuge que no tuviese atribuido el uso y la autorización del juez que aprobó el convenio, de tal forma que la resolución del supuesto de hecho llegaría a convertirse en contencioso si el otro cónyuge no prestase su consentimiento y, en todo caso, la solución a adoptar quedaría sometida a la libre apreciación del juez. Personalmente conocí de un caso similar en el que el cónyuge demandado para que prestase su consentimiento no se pronunció y el Juez de Primera Instancia autorizó la extinción y cancelación en el Registro de la Propiedad del derecho de uso inscrito en él.

La solución judicial dada en dicho supuesto, aunque correcta en el fondo, olvidó, sin embargo, establecer las garantías necesarias para la debida protección registral de todos los intereses en juego. Me refiero concretamente a haber subordinado suspensivamente la extinción del derecho, y su consiguiente cancelación registral, a su previa inscripción sobre la nueva finca, que ocuparía el lugar de la primera por subrogación real. Sólo de esta forma se podría impedir la posibilidad de que los hijos quedaran privados de su derecho al uso de la vivienda familiar, porque, cancelado sobre la inicial, no llegara después a inscribirse sobre la nueva vivienda familiar.

6.º Es un derecho susceptible de revisión. Esta característica está expresamente reconocida por los artículos 90 y 91 CC. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, se entienden *rebus sic stantibus*, por lo que, cuando se alteren de forma sustancial las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción, cabrá la posibilidad de que sean modificadas por el Juez o por las partes en un nuevo convenio.

7.º Es un derecho de carácter temporal, cuya vigencia vendrá determinada en la correspondiente sentencia judicial y, en su defecto, se extenderá hasta tanto subsista la necesidad socio-familiar que con él se trata de proteger. Dada la naturaleza de las necesidades que justifica el reconocimiento de este derecho, se comprende que su duración pueda quedar indeterminada *ab initio* con fórmulas de vigencia como: «en tanto los hijos sean menores de edad», «hasta que los hijos se independicen», ... Pero esta especial circunstancia no implica en modo alguno que su duración pueda tener carácter indefinido de forma absoluta, durante toda la vida del beneficiario o beneficiarios del derecho frente a terceros adquirentes de buena fe.

Una vez extinguida la necesidad en la que se amparaba el reconocimiento y vigencia de este derecho, estaríamos, como en el caso de la nota anterior, ante un supuesto de revisión del derecho de uso a la vivienda familiar, con fundamento en los artículos 90 ó 91 del CC. Llegar a otra conclusión equivaldría a sostener la posibilidad de que determinadas necesidades

familiares, que hayan dejado de serlo por haber ocurrido cambios respecto de los presupuestos de hecho determinantes de las mismas (por ejemplo, cuando los beneficiarios del derecho sean plenamente independientes o tengan la posibilidad de serlo), fueran satisfechas por y a costa de los titulares de otro derecho tan digno de protección como el de aquéllos.

8.º Es un derecho inscribible en el Registro de la Propiedad. Como adelantábamos en el punto anterior, los escollos que presenta la inscripción de este derecho de uso son considerables. La imposibilidad de adscribirlo a la órbita de los derechos reales constituye la primera gran dificultad teórica, habida cuenta que el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación del dominio y de los demás derechos reales sobre bienes inmuebles (artículo 1 de la LH). Si a ello añadimos que el artículo 5 de la misma Ley declara no inscribibles los títulos relativos al simple o mero hecho de poseer, el panorama se ensombrece aún más; pero la consideración de su naturaleza familiar y de constituir una auténtica carga que afecta al inmueble sobre el que se impone, como de forma clara proclama la STS de 22 de abril de 2004, abona su acceso al Registro.

Es más, para que pueda afectar a terceros adquirentes de buena fe, será necesaria su previa inscripción registral, pues, de acuerdo con el régimen general del Derecho Inmobiliario Registral, lo no inscrito no perjudica a tercero (artículo 32 de la LH), y porque así lo exige también el principio protector del tercero adquirente de buena fe consagrado en el artículo 34 de la misma Ley.

Que sea un derecho inscribible no quiere decir que, habiendo sido homologado por el Juez, deba ser inscrito siempre y en todo caso, con independencia de la forma en que haya sido constituido. En primer lugar, porque su inscripción no tiene carácter obligatorio y, por ello, sólo tendrá acceso al Registro si las partes lo solicitan, de acuerdo con el principio de rogación. En segundo lugar, porque, si bien el artículo 100 de la RH impone al Registrador unos límites bastante rigurosos en la calificación de los documentos judiciales, siempre caerán bajo su examen la competencia del Juzgado o Tribunal, la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que hubiese sido dictado, las formalidades extrínsecas del documento presentado y los obstáculos que surjan del Registro. Este último instrumento que el artículo 100 proporciona al Registrador tiene un gran potencial en relación con su función calificadora, por cuanto que el contenido del Registro no siempre es bien conocido, ni siquiera a veces conocido, ni por las partes ni por el Juez, por lo que, en muchos casos, las soluciones articuladas judicialmente en la regulación del derecho de uso carecen de la sutileza sustantiva y formal exigida por el Derecho Registral en aras a su inscripción.

II. CASUÍSTICA REGISTRAL DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La trascendencia jurídica de que el derecho de uso a la vivienda familiar conste inscrito en el Registro es evidente. Con la inscripción el derecho adquirirá eficacia *erga omnes* y no podrá ser desconocido por nadie, quedando sujeto al régimen del artículo 34 de la LH.

Tomando como principal fundamento los obstáculos que pueden surgir del Registro (artículo 100 del RH), podemos sistematizar la casuística registral en relación con la inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar en los siguientes supuestos:

II.1. Que la finca aparezca inscrita a favor de personas distintas de los cónyuges

No será posible la inscripción del derecho de uso, por falta de tracto sucesivo (artículo 20 de la LH).

II.2. Que el derecho de uso de la vivienda familiar se atribuya a uno de los cónyuges y la finca aparezca inscrita, privativamente, a favor del otro cónyuge o de ambos, en proindiviso y en una determinada proporción

En este caso, se procederá a la inscripción del derecho de uso a favor del cónyuge adjudicatario del mismo.

II.3. Que el derecho de uso de la vivienda familiar se atribuya a los hijos menores e incapacitados del matrimonio y al cónyuge bajo cuya custodia queden, y la finca aparezca inscrita, privativamente, a favor del otro cónyuge o de ambos, en proindiviso y en una determinada proporción

En este caso se procederá del mismo modo que en el párrafo anterior, si bien, al ser también adjudicatarios del derecho de uso los hijos menores e incapacitados, deberá practicarse la inscripción también a favor éstos para que quede debidamente garantizado su derecho.

II.4. Que el derecho de uso se adjudique al mismo cónyuge titular registral de la finca sin modalización alguna

Está claro que la inscripción del derecho de uso deberá ser rechazada, porque tal derecho estaría comprendido dentro del dominio, derecho de contenido más amplio.

II.5. Que, estando inscrita a favor de un cónyuge, se adjudique el derecho de uso a favor de éste y de los hijos del matrimonio

En este caso, el dominio y el derecho de uso de la vivienda familiar tienen un alcance distinto en cuanto a su titularidad. Mientras el dominio tiene un solo titular, el uso tiene varios. Por ello, y siendo ambos derechos perfectamente compatibles, el derecho de uso deberá ser inscrito en el Registro también a nombre de los hijos para garantizar el derecho de éstos.

II.6. Que el derecho de uso se adjudique a los hijos hasta tanto se independicen

Nos referimos en este apartado al supuesto diferenciado del contenido en los subapartados II.3 y II.4 en el que los hijos del matrimonio son mayores de edad, pero siguen dependiendo económicamente de sus progenitores. Se trata de uno de los supuestos típicos en que se pone de manifiesto la falta de determinación del derecho que nos ocupa, a pesar de lo cual, y atendiendo a la naturaleza familiar de éste, su admisión resulta incuestionable. No obstante, los inconvenientes de que un derecho tan vagamente definido pueda acceder al Registro son evidentes, porque, verificada la inscripción con tal contenido, lo normal es que la finca quede sustraída al tráfico jurídico. Dada la amplitud de criterio que muestra la DGRN en orden a la inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar, podría aventurarse una solución favorable a la inscripción, existiendo siempre la posibilidad de solicitar al juez su

extinción, cuando la necesidad familiar atendida con éste resulte cubierta de otro modo o simplemente haya dejado de existir.

III. SUPUESTOS DE ADJUDICACIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Finalmente, y en relación con la naturaleza familiar del derecho de uso, estudiemos en primer lugar cómo ha resuelto la DGRN la posibilidad de que se adjudique, en los procesos matrimoniales, a uno de los cónyuges una finca no inscrita previamente a su nombre, para luego analizar este mismo supuesto de hecho aplicado, no a la propiedad, sino al derecho de uso de la vivienda familiar.

III.1. Adjudicación de una finca en la liquidación de gananciales al cónyuge no titular registral de la misma

Este supuesto admite los siguientes presupuestos fácticos:

- A) Que la finca aparezca inscrita privativamente a favor del otro cónyuge.
- B) Que la finca aparezca inscrita privativamente a favor de ambos.
- C) Que la finca aparezca inscrita a favor de la sociedad de gananciales.

Los Registradores de la Propiedad venían oponiéndose de forma tenaz a la posibilidad de que el convenio regulador pudiera utilizarse para dar cobertura formal a toda clase de negocios jurídicos, relacionados o no con la liquidación de la sociedad conyugal. Sosteniendo, en definitiva, que sólo podrá admitirse la inscripción de aquellos que atañen directamente a la liquidación de la sociedad de gananciales, y, de manera muy restrictiva, a bienes que tengan carácter común, exigiendo, de forma general para los restantes negocios jurídicos (por ejemplo, la extinción de condominio de bienes que pertenecen a los cónyuges con carácter privativo), la escritura pública.

La Dirección General ha venido a poner un cierto orden en materia tan polémica, sosteniendo que marido y mujer, al amparo de los principios generales de los artículos 1255 y 1323 del CC, podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos. Por lo que el criterio general será que podrán decidir sobre la adjudicación de la vivienda familiar como un contrato más dentro del marco de la libertad contractual con los límites que establece el artículo 1255 del CC, siempre que ello tenga lugar al margen del convenio regulador de los efectos de su separación.

No obstante, la Dirección General modaliza el criterio general anterior atendiendo fundamentalmente a la consideración de que la liquidación del régimen económico del matrimonio es un concepto más amplio que el de liquidación de la sociedad de gananciales, de la que obviamente no forman parte bienes que pertenecen a los cónyuges con carácter privativo, pero que desde esta otra perspectiva más amplia y contextualizada la liquidación de la

sociedad de gananciales en el ámbito de las patologías matrimoniales (nulidades, separaciones y divorcios), sí permitiría que bienes con carácter privativo se atribuyan al otro cónyuge como consecuencia de la liquidación de las complejas relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio, porque la validez y eficacia de dicha atribución está expresamente reconocida por el legislador, artículo 1323 del CC, y encuentra en sí misma y en las circunstancias que la determinan (pago de los derechos consorciales de los esposos, compensación de deudas del matrimonio, pago de cuotas hipotecarias, ...) su propia causalización jurídica.

Con esta doctrina la DGRN consigue superar las dificultades inicialmente encontradas para la inscripción de un bien privativo adjudicado al cónyuge no titular del mismo en el convenio regulador de su separación o divorcio, siempre que dicha adjudicación esté debidamente causalizada en el complejo marco de las relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio, y la causa esté precisamente expresada en el convenio. El título inscribible será el propio convenio regulador, una vez aprobado judicialmente, sin necesidad de que esté contenido en un documento distinto como la escritura pública. (RR de 1 de septiembre de 1998, 2 de enero de 2006, 21 de enero de 2006, 3 de junio de 2006, entre otras).

III.2. Adjudicación del derecho de uso de la vivienda familiar en los procedimientos matrimoniales al cónyuge no titular registral de la misma

La doctrina anteriormente expuesta de la DGRN resulta de total aplicación a este supuesto siempre que, al igual que en el caso anterior, el derecho de uso a la vivienda familiar adjudicado en la separación o divorcio al cónyuge no titular del mismo encuentre su causa jurídica en el complejo entramado de las relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio, y así se haga constar expresamente en el convenio, o en la correspondiente sentencia judicial.

Distintos a los supuestos anteriores serían aquellos otros en los que se quiera utilizar el convenio para concertar negocios jurídicos de naturaleza diferente al de liquidación del régimen económico-matrimonial, en cuyo caso la inscripción deberá ser rechazada. Esta inscripción no procederá por razón de la exigencia del artículo 3 de la LH de escritura pública, ejecutoria o documento auténtico para inscribir en el Registro los títulos relativos al dominio y demás derechos reales sobre inmuebles. Según doctrina reiterada de la DGRN (RR de 31 de julio de 1917, 1 de junio de 1943, entre otras), esta exigencia no significa que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos de forma indistinta, sino que deberán constar en aquellos que legalmente sean los propios o congruentes con la naturaleza del acto o contrato que haya de inscribirse. Concretamente la Resolución de 25 de octubre de 2005 no estimó inscribible el convenio de adjudicación a un tercero de una finca en pago de su crédito, por exceder del ámbito del procedimiento utilizado y por tener un tratamiento jurídico distinto al propio del convenio regulador, y exigió para ello la escritura pública otorgada por los cónyuges y el adjudicatario.

IV. CONCLUSIONES

1.^a El derecho al uso de la vivienda familiar es un derecho creado *ad hoc* por la legislación divorcista, respecto del cual el derecho de uso y habitación no puede considerarse ni siquiera un pariente lejano.

2.^a Introducido en nuestro ordenamiento jurídico, carece absolutamente de desarrollo legal.

3.^a Tanto la doctrina como la jurisprudencia le reconocen una naturaleza jurídica *sui generis* a través de la que se intentan conciliar necesidades sociales y familiares nuevas con derechos y obligaciones clásicos, la discrecionalidad legalmente reconocida a los órganos judiciales para la protección de los intereses familiares más vulnerables y la seguridad del tráfico jurídico garantizada con los rígidos principios del derecho hipotecario.

4.^a Se regula su inscripción en el Registro de la Propiedad a partir y en función de esta naturaleza jurídica especial, lo que explica su carácter «extravagante» en el panorama registral.

5.^a Se trata de un derecho dinámico en permanente construcción a partir de la casuística que ha presentado y sigue presentando desde su incorporación a nuestra legislación y, en particular, por sus difíciles relaciones con el Registro de la Propiedad.

Revista de Derecho de

familia

JURISPRUDENCIA

QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

Es contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 1.ª, SENTENCIA 54/2009, DE 23 DE FEBRERO

Ponente: Excmo. Sr. don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ La ex mujer de don Miguel le denunció por un presunto delito de quebrantamiento de medida cautelar del artículo 468 del Código Penal, consistente dicha medida en la prohibición que pesaba sobre el demandante de establecer cualquier tipo de comunicación con ella. El recurrente también formuló denuncia contra su ex mujer por supuestos malos tratos psíquicos.
- ⊙ El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete absolvió al ahora demandante de amparo, al negar credibilidad a los testimonios prestados en el juicio oral. Interpuesto recurso de apelación por el Ministerio Fiscal, la Audiencia Provincial de Albacete, estimó el recurso y condenó al demandante, basándose el fallo en la credibilidad que la Audiencia otorgó al testimonio de una testigo, testimonio prestado únicamente en el juicio de instancia.
- ⊙ La Audiencia Provincial de Albacete razona en su Sentencia que, con fundamento en la STC 338/2005, de 20 de diciembre, es posible, sin menoscabo de la preceptiva inmediación y sin alterar el sustrato fáctico, revocar la Sentencia de instancia por discrepar de los razonamientos empleados por el órgano *a quo* para la valoración de una prueba relativa a la credibilidad de un testimonio.
- ⊙ Don Miguel interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional que anuló la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

I. Alegaciones del recurrente de amparo.

Denuncia el recurrente la vulneración de su derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, ya que la Audiencia Provincial de Albacete le ha condenado en segunda instancia, fundándose en una nueva valoración de la prueba testifical realizada en la instancia, con infracción del principio de inmediación. Con cita de la jurisprudencia de

este Tribunal establecida en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, solicita la estimación de su recurso. Asimismo, alega la lesión de su derecho a la presunción de inocencia.

II. Alegaciones del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal, mediante escrito de 10 de septiembre de 2008, presentó sus alegaciones solicitando la estimación del recurso de amparo.

Recuerda la doctrina constitucional establecida en la STC 167/2002, que establece que es contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial. De acuerdo con la mencionada doctrina estima que en el presente recurso el Tribunal de apelación condenó al recurrente, que había sido absuelto en primera instancia, al valorar la credibilidad de unos testimonios que solamente se produjeron ante el Juzgado de lo Penal, por lo que realizó una nueva reconsideración de la prueba testifical sin la inmediatez que exige el derecho a un proceso con todas las garantías, por lo que se vulneró el citado derecho fundamental del demandante de amparo.

Por lo que se refiere a la queja relativa a la presunción de inocencia alegada, considera el Fiscal que la doctrina de este Tribunal ha determinado que cuando se comprueba la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías se produce una infracción del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la CE si los medios de prueba indebidamente valorados fueran el único fundamento de la condena, como ha ocurrido en el presente recurso.

En definitiva, el Ministerio público solicita la estimación del recurso al considerar que se han lesionado, tanto el derecho a un proceso con todas las garantías, como el derecho a la presunción de inocencia del demandante.

III. Fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional para estimar el recurso de amparo.

1. En el presente recurso de amparo se debate si se ha lesionado el derecho del demandante de amparo a un proceso con todas las garantías, así como su derecho a la presunción de inocencia, ambos recogidos en el artículo 24.2 de la CE. Tales lesiones se habrían producido porque la Audiencia Provincial de Albacete, mediante la Sentencia recurrida, condenó al demandante como autor de un delito de quebrantamiento de medida cautelar del artículo 468 del Código Penal, revocando la Sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, y basándose la condena en la nueva valoración de una prueba testifical celebrada únicamente en la instancia. El Ministerio público estima atendibles las quejas, e interesa por ello el otorgamiento del amparo.

2. Debemos recordar nuestra doctrina sobre la garantía de inmediatez en segunda instancia. Tal como hemos afirmado, entre otras, en las SSTC

15/2007, de 12 de febrero (FJ 2), 80/2006, de 13 de marzo (FJ 3), o 272/2005, de 24 de octubre: «la cuestión suscitada en este recurso de amparo ha sido objeto de tratamiento en múltiples ocasiones por este Tribunal, que ha establecido a través de sus pronunciamientos un cuerpo de doctrina estable cuyo origen se encuentra en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y que viene reiterándose en otras muchas ... Según esta doctrina consolidada resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora. Corolario de lo anterior será que la determinación de en qué supuestos se ha producido vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (cristalizado ahora en la garantía de inmediatez) es eminentemente circunstancial, pues lo decisivo es si la condena de quien había sido absuelto en la instancia trae causa en primer lugar de una alteración sustancial de los hechos probados y, de ser así, si tal apreciación probatoria encuentra fundamento en una nueva reconsideración de medios probatorios cuya correcta y adecuada apreciación exige la inmediatez; esto es, que sea el órgano judicial que las valora el órgano ante quien se practican».

Asimismo, hemos recordado en la STC 15/2007, de 12 de febrero, que «es preciso enfatizar que, incluso cuando la credibilidad del testimonio se pondera por el órgano judicial *ad quem* a partir de la concurrencia de elementos objetivos, tal como acontece en el caso sometido a nuestro enjuiciamiento, será necesaria la garantía de inmediatez si con ello se revisa la valoración de tal prueba efectuada en primera instancia. Ello es así porque de la consideración crítica sobre los argumentos utilizados por el órgano *a quo* para concluir que el testimonio no ofrecía el grado de credibilidad necesario para fundar la condena, no se infiere directamente la veracidad del mismo, sino que para ello es preciso efectuar una valoración específicamente dirigida a afirmar o negar dicha credibilidad, y esta segunda fase del enjuiciamiento habrá de verse necesariamente apoyada sobre elementos de juicio necesitados de la inmediatez ... Expresado en otros términos, que las razones por las que un Juez considera que la declaración de un testigo no ostenta credibilidad sean ilógicas o irrazonables no implica que tal declaración sea veraz, de igual modo que considerar como irrazonables o ilógicas las razones que avalan un veredicto de inocencia no puede dar lugar a una atribución de culpabilidad.

En suma, para la valoración de la credibilidad de un testimonio será precisa siempre la concurrencia de la inmediación, so pena de vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías recogido en el artículo 24.2 de la CE, como de hecho acontece en el presente caso» (FJ 3).

3. La aplicación de la doctrina señalada a este supuesto lleva a la estimación de la demanda. En efecto, en el presente caso el Juzgado de lo Penal argumentó en la Sentencia absolutoria que no quedó enervada la presunción de inocencia del acusado por existir dos versiones contradictorias de los hechos ya que «los testigos que han declarado en el acto del juicio oral se alinean en dos bandos claramente diferenciados lo que pone en tela de juicio sus testimonios», en concreto, respecto del testimonio de la testigo propuesta por la acusación formulada por la ex mujer del recurrente en amparo, el Juez afirmó que «pudiera tener más amistad ... pues ya ha sido testigo en otros procedimientos judiciales tomando partido por la acusada, resultando extraño que, siendo una simple vecina, está tan pendiente de las vicisitudes del matrimonio de Luisa». Sin embargo, la Sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial afirmó que discrepaba de la Sentencia de instancia «en cuanto priva de efi-

cacia probatoria a la declaración de la víctima por la posible existencia de ánimo espurio, en cuanto priva de eficacia a la declaración de la testigo J.B. por el hecho de suponerla más que vecina amiga de la víctima y en cuanto priva de eficacia a las declaraciones de otros dos testigos». En definitiva, la Audiencia Provincial, en fase de recurso, modifica el relato fáctico con base en una nueva valoración de pruebas testificales, otorgando credibilidad a declaraciones que no la tuvieron para el Juzgado de instancia, sin intermediación, vulnerándose de esta manera el derecho a un proceso con todas las garantías por quebrantamiento del principio de inmediación.

4. En cuanto a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, la declaración de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la CE) determina también la del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE) si, como ocurre en este caso, los aludidos medios de prueba indebidamente valorados por la Audiencia Provincial fueron las únicas pruebas de cargo en las que se fundamentó la condena (SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 12; 197/2002, de 28 de octubre, FJ 5; 198/2002, de 28 de octubre, FJ 5).

VIOLENCIA DE GÉNERO

Nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que condenó al acusado por un delito de maltrato físico y psíquico habitual del artículo 173.2 del CP cuando fue absuelto por el Juzgado de lo Penal, al haber modificado el tribunal de segunda instancia los hechos probados sin oír personalmente al acusado, testigos y peritos, dado el carácter personal de estos medios de prueba.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 2.^a, SENTENCIA 118/2009, DE 18 DE MAYO

Ponente: Excmo. Sr. don Ramón Rodríguez Arribas

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ El 6 de marzo de 2004 doña Ana presentó ante la Policía Local de Córdoba denuncia contra su ex marido don Juan Manuel, por amenazas e injurias e impago de pensión alimenticia al hijo común (delito por el cual ya había sido condenado el Sr. Juan Manuel en Sentencia de 20 de octubre de 1999 del Juzgado Penal núm. 3 de Córdoba), en la que igualmente narraba cómo en los últimos siete años había presentado otras quince denuncias por maltrato contra él, tanto ante la policía local, como ante la nacional. Los hechos dieron lugar a las diligencias urgentes núm. 25-2004 del Juzgado de

Instrucción núm. 3 de Córdoba, en las que, tras la práctica de las oportunas, en Auto de 9 de marzo de 2004 se estimaron insuficientes para la continuación del procedimiento por dichos trámites, acordándose la transformación en diligencias previas, sin perjuicio del otorgamiento de la orden de protección y la adopción de la medida cautelar de alejamiento.

⦿ Mediante Auto de 23 de abril de 2004 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Córdoba se acordó la transformación en procedimiento abreviado núm. 52-2004 y traslado al Ministerio Fiscal y a las acusaciones para que solicitaran la apertura del juicio oral o el sobreseimiento, presentándose el 27 de octubre de 2004 escrito de acusación por el Ministerio público, por un delito de maltrato físico y psíquico habitual del artículo 173.2 del CP, una falta de vejaciones del artículo 620.2 del CP y otra de amenazas del artículo 620.2 del CP, decretándose en Auto de 9 de noviembre de 2004 la apertura del juicio oral (juicio oral núm. 76-2005), teniendo lugar el 9 de mayo de 2005 en el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Córdoba, el cual dictó Sentencia núm. 175/2005, de 19 de mayo, absolviendo al acusado de los delitos.

⦿ El 9 de junio de 2005 se interpuso por la representación de la Sra. Ana recurso de apelación por error en apreciación de la prueba, al que se opuso la representación del Sr. Juan Manuel, siendo admitido a trámite mediante providencia de 19 de septiembre de 2005 de la Sec. 1.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba (rollo de apelación núm. 270-2005), acordándose en providencia de 22 de septiembre de 2005, la celebración de vista, que tuvo lugar el 4 de octubre de 2005, sin asistencia del Sr. Juan Manuel (pese a haber sido citado en forma) pero con la de su Letrado, dictándose Sentencia núm. 473/2005, de 6 de octubre, en la que, modificando los hechos probados, se condena a Juan Manuel (diciendo literalmente en el fundamento jurídico segundo, párrafo tercero: «esta Sala entiende que en las declaraciones de la víctima se dan todos y cada uno los requisitos jurisprudencialmente exigidos para considerarlos como prueba suficiente para dictar un pronunciamiento condenatorio, máxime cuando se han visto avalados por la psicóloga Sra. ...») como autor de un delito de maltrato físico y psíquico habitual del artículo 173.2 del CP, sin circunstancias modificativas, a la pena de dos años de prisión (accesoria de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena), privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante tres años, prohibición de aproximación, comunicación o acercamiento a la Sra. Ana, a su domicilio o lugar de trabajo durante cuatro años, y a indemnizar a ésta en la cantidad de seis mil euros por el daño moral, y como autor de una falta de vejaciones y otra de amenazas del artículo 620 del CP a las penas de cuatro fines de semana de arresto por cada falta y a las costas de la primera instancia. La referida Sentencia se notificó a las partes el 13 de octubre de 2005.

⦿ Mediante demanda presentada el 14 de noviembre de 2005 por la representación de don Juan Manuel se interpone recurso de amparo por vulneración del principio de legalidad penal (artículo 25 del CP) en la vertiente de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras menos favorables (artículo 9.3 de la CE), por vulneración del derecho al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE), en la vertiente de condena penal en segunda instancia sin inmediación, y por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) en la vertiente de motivación arbitraria, contra la Sentencia de 6 de octubre de 2005 de la Sec. 1.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, que condenaba en segunda instancia al recurrente absuelto en primera por un delito de maltrato habitual y dos faltas de amenazas y vejaciones.

⦿ El Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo y declaró la nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Alegaciones del recurrente en amparo.

Considera el recurrente, en primer lugar, que la Audiencia Provincial ha lesionado el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras menos favorables, en cuanto que, para apreciar la habitualidad requerida por el artículo 173.2 del CP, ha acudido a hechos acaecidos entre 1993 y 1998, cuando dicho tipo penal sólo resulta aplicable a realidades acaecidas a partir de la entrada en vigor, el 1 de octubre de 2003, de la reforma de la Ley Orgánica 11/2003, que introdujo la figura delictiva, y sólo desde entonces pueden tomarse en cuenta hechos para integrar el concepto de la habitualidad; al margen de que dichos hechos son presuntos y para apreciarlos como probados han bastado las denuncias de la contraparte Sra. Ana, quien tiene interés en la condena.

Asimismo considera lesionado el derecho al proceso con las debidas garantías por la condena de segunda instancia, a pesar de que se celebrará nueva vista y sin perjuicio de que no acudiera a ella el recurrente, ya que para extraer dicha conclusión el Juez *ad quem* se ha basado exclusivamente en la declaración de la perjudicada, existiendo motivos para no otorgarle virtualidad probatoria. Siendo, por lo tanto, dicha prueba la única que conduce a la condena, se ha vulnerado también la presunción de inocencia.

Finalmente considera lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el fundamento jurídico segundo de la Sentencia, en su segundo párrafo, expresa un auténtico prejuicio del Tribunal sentenciador cuando dice «nos encontramos en presencia del típico supuesto de violencia familiar grave y continuado, que, de no mediar una drástica resolución judicial, derivará inexcusablemente en uno más de los luctuosos hechos que acaparan las páginas de sucesos de la prensa española», valorando además inadecuadamente la prueba, al sólo haber sido condenado el Sr. Juan Manuel, en el año 1998, por la falta de coacciones y amenazas, habiendo incluso convivido con la denunciante a partir de dicho año.

2. Alegaciones del Ministerio Fiscal.

El Fiscal ante el Tribunal Constitucional interesa el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho al proceso con las debidas garantías y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE). Tras exponer los antecedentes fácticos y procesales del presente recurso, comienza analizando la queja relativa a la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, señalando que se trata de una

vertiente del principio de legalidad penal, correspondiendo al legislador la definición de los hechos constitutivos de delito y la concreción de las penas que pudieren corresponderle por ley (legalidad formal) taxativa o cierta, de forma que exista determinación normativa (legalidad material), debiendo los Jueces sujetarse al principio de tipicidad, sin que quepa revisión de la actuación judicial cuando se ha limitado a aceptar alguna de las interpretaciones posibles y racionales del tipo penal. Dado que el artículo 173.2 del CP aparece configurado como un delito permanente, la interpretación de que la violencia habitual es distinta de los concretos hechos aislados (pudiendo incluso prescribir alguno de los actos concretos de violencia sin que por ello desaparezca la violencia habitual) y, dado que su tipificación se llevó a cabo en el Código Penal de 1995, en el artículo 153 del CP, pasando simplemente, por la Ley Orgánica 11/2003, al artículo 173.2 del CP, nada cabe reprochar desde el punto de vista de la legalidad penal.

Cuestión distinta es la relativa a la segunda queja, ya que el derecho al proceso con todas las garantías incluye la efectividad de la inmediación en la segunda instancia, conforme a doctrina derivada de la STC 167/2002 y posteriores, apreciándose que, en el presente caso, pese a que formalmente la Sec. 1.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba modificara los hechos probados y celebrase nueva vista, realmente no hubo inmediación en la práctica de las pruebas personales, que ni tan siquiera se practicaron, habiéndose limitado la comparecencia a la exposición de las pretensiones de las partes. Considerando que el elemento probatorio determinante de la condena, según la propia Sentencia, es la declaración de la perjudicada, además, se habría producido la lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al no haberse producido en forma prueba suficiente como para desvirtuarla.

3. Fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional para estimar el recurso de amparo.

Siendo varias las quejas formuladas (principio de legalidad penal, derecho al proceso con las debidas garantías y presunción de inocencia, y tutela judicial efectiva), con arreglo a nuestra doctrina (por todas STC 53/2005, de 14 de marzo, FJ 2) debemos comenzar con el examen de aquellas de las que pueda derivarse una retroacción de actuaciones, con el fin de salvaguardar el carácter subsidiario del proceso de amparo. A este efecto analizaremos en primer lugar la denuncia basada en la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías

(como hicimos en STC 336/2006, de 11 de diciembre, FJ 2).

No obstante, respecto de esta vulneración, a tenor de nuestro principio de que «los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción pueden siempre abordarse en la Sentencia, de oficio o a instancia de parte» (entre muchas STC 69/2003, de 9 de abril, FJ 2), debemos previamente hacer una consideración a la luz de lo que efectivamente se denuncia por el recurrente: «que se le ha condenado en segunda instancia penal sin respetar las garantías del proceso, imputando -en concreto- irregularidades invalidantes a la vista de la segunda instancia, que le generan indefensión».

Dicha queja tiene precisamente encaje adecuado en el supuesto de nulidad de actuaciones (artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ), como consecuencia de «defectos de forma que hayan causado indefensión» (en redacción anterior a disposición final primera de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que es la que resulta aplicable al presente recurso de amparo conforme a la disposición transitoria tercera de dicha Ley Orgánica 6/2007) lo que, de por sí, conllevaría la posibilidad de decretar en este caso una inadmisión por falta de interposición del referido incidente de nulidad, esto es, por falta de agotamiento de la vía judicial previa, conforme al artículo 44.1.a) de la LOTC en relación con el artículo 50.1.a) de la LOTC (en redacción anterior a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo). Ahora bien, en numerosas ocasiones (por todas STC 114/2006, de 5 de abril, FJ 1) «este Tribunal ha reiterado que la exigencia de agotar la vía judicial previa no obliga a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación posibles, sino tan solo aquéllos que, de manera clara, se manifiestan como ejercitables, de forma que no quepa duda respecto de la procedencia y la posibilidad real y efectiva de interponer el recurso, así como de su adecuación para reparar la lesión de los derechos fundamentales invocados en la demanda de amparo (por todas, STC 190/2001, de 1 de octubre, FJ 2)». En el presente caso, la inobservancia del principio de inmediación en la valoración incriminatoria de pruebas personales, que es lo concretamente aducido por el recurrente, no puede considerarse que sea una queja para cuyo eventual restablecimiento en la vía judicial previa resultara ejercitable de manera clara e indubitada el incidente de nulidad de actuaciones, lo que determina que el planteamiento de dicho incidente no resulte exigible por este Tribunal como requisito de agotamiento de la vía judicial como cuestión previa a la interposición del amparo.

Nuestra doctrina sobre las condenas penales en segunda instancia previa revocación de un pro-

nunciamiento absolutorio, que se inicia en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), y se reitera en numerosas Sentencias posteriores (por todas SSTC 21/2009, de 26 de enero, FJ 2, y 24/2009, de 26 de enero, FJ 2), señala que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la CE), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción, por lo que, cuando en la apelación se planteen cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de las pruebas personales de las que depende la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. En aplicación de esta doctrina hemos dicho que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia. Habiéndose enfatizado que el órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTC 170/2005, de 20 de junio, FJ 2, 164/2007, de 2 julio, FJ 2, y 60/2008, de 26 de mayo, FJ 5). De acuerdo con esa misma jurisprudencia la constatación por las indicadas razones de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la CE) determina también la derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE) si los aludidos medios de prueba indebidamente valorados en la segunda instancia son las únicas pruebas de cargo en las que se fundamenta la condena (SSTC 90/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 95/2006, de 27 de marzo, FJ 1; 217/2006, de 3 de julio, FJ 1; 309/2006, de 23 de octubre, FJ 2; 360/2006, de 18 de diciembre, FFJJ 3 y 4).

En el presente supuesto, lejos de acudir a soluciones «rígidas o estereotipadas» (como dijimos en STC 126/2007, de 21 mayo, FJ 4) debemos proceder a analizar las razones que, según la Sentencia recurrida, llevaron a la Audiencia a condenar por el delito de maltrato habitual y las faltas de amenazas y vejaciones frente a lo resuelto en la Sentencia inicialmente absolutoria del Juzgado de lo Penal,

modificando radicalmente el relato de hechos probados de ésta. Para ello hemos de acudir al propio tenor de la Sentencia de la Audiencia, la cual afirma que el juicio de la experiencia que extrae (culpabilidad) –radicalmente opuesto al del Juzgado de lo Penal (absolución)–, lo deduce a partir de las declaraciones de la víctima (fundamento jurídico segundo, párrafo tercero y fundamento jurídico tercero, primer párrafo), esto es, en virtud de prueba personal producida en segunda instancia.

Ahora, bien, tal como apunta el representante del Ministerio público, basta un somero repaso de las actuaciones judiciales y, en concreto, del acta de la vista de apelación que tuvo lugar el 4 de octubre de 2005 ante la Sec. 1.ª de dicha Audiencia Provincial de Córdoba para verificar que en la misma, según consta acreditado por la fe del Secretario Judicial, no se llevó a cabo prueba personal ninguna, limitándose el Presidente, ante la incomparecencia del apelado-acusado, a declarar que «quedan los autos vistos para sentencia».

Dado que la inmediación constitucionalmente demandada (al margen de la legalidad de la celebración del juicio en ausencia del apelado) exige que se oiga efectivamente al denunciante (prueba personal a practicar ante el Tribunal), máxime si la propia Audiencia declara que su condena se basa en «la declaración de la víctima» (a quien no oyó), es evidente que ésta no se llevó a cabo ante el Tribunal, y que no existió más que una «apariencia de

inmediación», contraria al derecho constitucional al proceso con todas las garantías, que exigía en este caso al menos el examen directo y personal de la denunciante-apelante.

Y es que no se puede olvidar que la garantía constitucional del artículo 24.2 de la CE para la condena en segunda instancia con modificación de hechos probados no requiere tanto la existencia formal de vista, cuanto la garantía material de audiencia e inmediación de los elementos de convicción personales (declaraciones de denunciante, denunciado, testigos y peritos), salvo que la decisión tenga su origen en un diverso juicio de valoración jurídica o de experiencia, independiente de pruebas personales.

Como corolario de la anterior vulneración debe igualmente estimarse lesionado el derecho a la presunción de inocencia [al margen de que pudieren, o no, existir, otra u otras pruebas (documentales) suficientes para haber desvirtuado dicha presunción constitucional] porque, en el presente caso, por una parte, la propia Audiencia no recogió dichos medios de convicción como fundamento de su decisión (ni aún por vía del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: LECrim) y, por otro lado, porque la prueba considerada por el Tribunal como determinante de la condena (declaración de la víctima), no se produjo en el *novum iudicium* con las garantías constitucionales requeridas para enervar dicha presunción.

VIOLENCIA DE GÉNERO

Se inadmiten diversas cuestiones de inconstitucionalidad dado que el artículo 172.2 del CP en su redacción actual no vulnera el principio de igualdad, en relación con los valores de justicia y dignidad de la persona; del derecho a la presunción de inocencia, en relación con el principio de culpabilidad; del principio de legalidad; de la promoción de la igualdad real, en relación con la interdicción de la arbitrariedad, y del principio de proporcionalidad.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PLENO, SENTENCIA 127/2009, DE 26 DE MAYO

Ponente: Excmo. Sr. don Vicente Conde Martín de Hijas

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ El día 13 de julio de 2006 tiene entrada en el Registro General de este Tribunal, con el núm. 7393-2006, un escrito de la Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete al que se acompaña, junto al testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto del referido Juzgado de 2

de mayo de 2006 en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 172.2 del Código Penal por su posible contradicción con los artículos 1.1, 9.1, 9.2, 9.3, 10, 14, 17, 24.2 y 25.1 de la CE.

⦿ Igual planteamiento lo realiza la misma Magistrada, también como titular del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, en otros tres procedimientos, con los siguientes números de registro y Autos de cuestionamiento: 8198/2006, Auto de 16 de junio de 2006 (procedimiento abreviado 2/2006; juicio oral 145/2006); 6138/2007, Auto de 20 de junio de 2007 (juicio rápido 291/2007), y 6878/2008, Auto de 14 de julio de 2008 (procedimiento abreviado 385/2007).

⦿ En todos los procedimientos reseñados se celebró el juicio oral y, tras el mismo, se acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal, por el plazo común e improrrogable de diez días, para que pudieran alegar sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 172.2 del CP por posible infracción de los siguientes artículos de la Constitución: 1.1, 9.1, 9.2, 9.3, 10, 14, 17, 24.2 y 25.1 de la CE.

⦿ A tal planteamiento se opuso en todos los casos el Ministerio Fiscal. Lo estimaron pertinente las representaciones de los acusados en los procedimientos correspondientes a las cuestiones núms. 7393/2006 y 6138/2007.

⦿ El Tribunal Constitucional inadmite las cuestiones de inconstitucionalidad.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

I. Fundamentos jurídicos de las cuestiones de inconstitucionalidad.

Los Autos de planteamiento parten de una interpretación del precepto cuestionado en la que el sujeto activo ha de ser necesariamente un varón, pues así se inferiría de la descripción del sujeto pasivo («esposa» y «mujer ligada a él»), de lo absurdo de la inclusión sólo de parejas homosexuales femeninas, y del «espíritu de la norma de origen», la Ley Orgánica 1/2004, expresado en su artículo 1. Así «las notas definitorias de la agravación son el sexo de los sujetos del delito y la relación conyugal o análoga entre ellos», y no su convivencia, y tal agravación consistiría en la imposición de una pena de «seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años», en lugar de la pena que impone el artículo 620 del CP para las coacciones leves, que se consideran falta, «cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2», que es de «localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima,

o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días».

Tras una introducción acerca de la evolución de la legislación penal en materia de violencia doméstica y de coacciones, el Juzgado divide sus dudas de constitucionalidad en cinco bloques. En su apartado final sostienen los Autos que no cabe una interpretación conforme a la Constitución «como posible límite de la duda de inconstitucionalidad». Reseñan que se han propuesto como tales las que exigen en el tipo una conducta discriminatoria o un «abuso de superioridad por parte del autor hombre sobre su víctima mujer ligado a una situación de vulnerabilidad» de ésta, «probada o presunta». Pero, por una parte, tales interpretaciones no son posibles a partir del tenor del artículo, resultando «muy forzado» el enlazar el mismo con la definición de la violencia de género del artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, expresión esta, la de «violencia de género», que no se incluye en el tipo penal. Por otra parte, dichas interpretaciones no salvan la objeción de que no se prevea una agravación correlativa para el componente femenino de la pareja y de que sólo puedan ser sujetos pasivos las mujeres o las «personas especialmente vulnerables», previsión esta que puede suponer una presunción de especial vulnerabilidad en la mujer contraria a su dignidad. La contemplación del abuso de superioridad «como

fundamento de la agravación por estar presente en todas las agresiones de los hombres hacia sus parejas», en fin, supone una presunción *iuris et de iure* que vulneraría el derecho a la presunción de inocencia.

a) Plantea en primer lugar la posible contradicción del precepto con «el principio de igualdad, conectado con los valores de la libertad, la dignidad de la persona y justicia (artículos 1.1, 10.1 y 14 de la CE)». Considera que aquél supone una acción positiva que, «válida en otros órdenes jurisdiccionales, como tradicionalmente ha sido el Derecho Laboral», no había sido hasta ahora llevada al ámbito penal, pues supone «la discriminación negativa del varón». Esta acción se inserta además en un «Derecho Penal de autor frente al tradicional Derecho Penal del hecho»; presume, a partir de la dicción del artículo 1.1 Ley Orgánica 1/2004, el «ejercicio de violencia de género por parte de los hombres hacia sus parejas con base en meros criterios estadísticos»; atribuye más valor a los bienes «integridad física o psíquica» y «libertad» de las mujeres que a los mismos bienes de los hombres; y compromete doblemente la dignidad humana: la del hombre, «al que se configura como maltratador nato», y la de la mujer, «a quien se reputa en todo caso especialmente vulnerable».

b) Consideran también los Autos que podrían resultar vulnerados el derecho a la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad (artículo 24.2 de la CE), por la presunción de que la violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja constituye una manifestación de discriminación. Esta presunción la establecería el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, «al desprenderse del mismo que toda violencia contra la mujer por parte de sus parejas o ex parejas es una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres».

c) El precepto se refiere a las «personas especialmente vulnerables», concepto jurídico indeterminado que se opone al concepto de *lex certa* y con ello al principio de legalidad (artículo 25.1 de la CE). «Igualmente ha de mencionarse la inconcreción ... en orden a la determinación del mínimo de la pena de inhabilitación».

d) La siguiente vulneración descrita como posible se refiere al artículo 9 de la CE («Promoción por los poderes públicos de las condiciones para la libertad, la igualdad y seguridad jurídica. Interdicción de la arbitrariedad»): la promoción de las condiciones para la igualdad no sería posible a través de la pena —«no se alcanza a comprender cómo favorece la igualdad de oportunidades para la mujer ... el castigo más severo de conductas como la enjuiciada cuando son cometidas por el hombre»— y conduce por exceso a una discriminación negativa, pues no se partía en este caso de una situación de

desigualdad ante la ley y ante la Administración de Justicia penal. «La opción del legislador estableciendo categorías de penas distintas para hombres y para mujeres en idéntica situación ... podría considerarse contraria al valor justicia» y, por conexión con el mismo, con «el principio de interdicción de la arbitrariedad», máxime si se tiene en cuenta que, para el presente delito, la diferencia supone que las coacciones leves realizadas por un hombre contra su pareja o ex pareja son constitutivas de delito y no, como en los demás supuestos, de falta.

e) La última de las vulneraciones constitucionales expuestas como posibles se refiere al principio de proporcionalidad (artículos 9.3, 17.1 y 25 de la CE). Tras apuntar que el precepto cuestionado es diferente en cuanto al análisis de proporcionalidad que los que recogen las lesiones leves, los malos tratos de obra y las amenazas con armas o instrumentos peligrosos, cuya inconstitucionalidad por desproporción ha sido ya rechazada por el Tribunal Constitucional, subraya que la Ley 1/2004 ha creado un tipo cerrado que no deja margen a la adopción de respuestas penales proporcionadas y adecuadas al caso entre la atipicidad y la calificación como delito. Esto resulta trascendente en un ámbito, el de las coacciones, en el que se recogen comportamientos de intensidad muy diversa, algunos muy poco significativos, para los que el legislador ha suprimido la posible calificación de falta, y sin que tal ausencia pueda ser suficientemente sustituida por la posibilidad de sustituir la pena o de atenuarla (artículo 172.2, párrafo 4).

Existe, en fin, un apartamiento arbitrario e irrazonable del legislador de la pena que asigna a supuestos análogos (las demás coacciones leves: artículo 620 del CP). La finalidad legislativa perseguida admitía una alternativa menos gravosa, cual es el castigo de todas las coacciones leves como falta, «con una agravación específica, pero sin superar esta calificación».

II. Alegaciones del Presidente del Congreso de Diputados.

El Presidente del Congreso de los Diputados comunica en los distintos procedimientos los Acuerdos de la Mesa de la Cámara relativos a la no personación (en la cuestión núm. 7393/2006) y a la personación (en las otras tres cuestiones) del Congreso en los mismos y, en todos los casos, a la puesta a disposición del Tribunal de las actuaciones que pudiera precisar.

III. Alegaciones del Presidente del Senado.

El Presidente del Senado comunica en los distintos procedimientos que la Mesa de la Cámara ha acordado personarse en los mismos y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 de la LOTC.

IV. Alegaciones del Fiscal General del Estado.

El Fiscal General del Estado concluye sus escritos de alegaciones con la consideración de que la norma cuestionada no vulnera ningún artículo de la Constitución. Para su argumentación se remite a las razones expuestas en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1040/2006, planteada por el mismo Juzgado y por las mismas razones en relación con el artículo 171.4 del CP.

V. Alegaciones del Abogado del Estado.

El Abogado del Estado concluye sus escritos de alegaciones solicitando la inadmisión de la cuestión respecto a los párrafos segundo, tercero y cuarto del artículo 172.2 del CP, por su irrelevancia, y desestimándola respecto al párrafo primero; subsidiariamente pide la desestimación total de la cuestión.

Tras afirmar que «la Juez cuestionante parte de la correcta interpretación ... según la cual sujeto activo del delito sólo puede serlo un varón», realiza una serie de consideraciones previas, que parten de la falta de fundamento de la conceptualización de la tutela penal cuestionada como discriminación positiva; más bien «parece oportuno hablar de la respuesta legislativa dada a la demanda de una mayor tutela penal socialmente muy difundida» y que de hecho «fue aprobada por unanimidad en ambas Cámaras». Matiza a continuación que el precepto, ni «favorece a las mujeres en general», ni «pretende actuar contra toda la “violencia de género”», y que en su párrafo segundo protege a un colectivo «delimitado sin “marcador de género”», hasta el punto que sujeto activo del delito «pueden serlo personas de ambos sexos». «La razón de la agravación radica en la especial necesidad de tutela penal ... que se dispensa a varias (sub)categorías de personas, cuyo rasgo común es la especial vulnerabilidad derivada de la convivencia o relación afectiva, actuales o pasadas, con el posible sujeto agente de la conducta delictiva». Respecto «a las subcategorías femeninas ... el legislador, más que presumir, acepta que la vulnerabilidad es inherente —en tales casos— a la condición femenina en virtud de “la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”». Subraya a continuación que «la mayor severidad punitiva del artículo 172.2 del CP se explica ... como medida preventiva que disuade ... de progresar hacia conductas delictivas más graves» y que, según una «muy añeja doctrina constitucional», el legislador democrático goza de la potestad exclusiva para la selección de los bienes jurídicos, de los comportamientos atentatorios contra ellos y de las sanciones adecuadas para prevenirlos, y que en ello tiene el «amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y de su específica legitimidad democrática».

a) Después de insistir en que el artículo 172.2 del CP no introduce una discriminación positiva y que «se trata de hacer frente a un problema social otorgando tutela penal más intensa a las mujeres y otras personas vulnerables», a partir de «datos objetivos y estadísticamente respaldados que justifican un trato penal diferenciado, el cual no sobrepasa los límites de lo razonable ni resulta desproporcionado», señala que es la mayor vulnerabilidad, y «no el mero dato del sexo o “género”, lo que justifica la tutela penal», sin que «la mayor protección penal dispensada a quien, según estimación del legislador, más la precisa», pueda ofender «la dignidad humana, sino todo lo contrario».

Esta vulnerabilidad no la presume el legislador, «que se limita a tomar en consideración una realidad social comprobable y estadísticamente acreditada». Debe recordarse al respecto que el Tribunal Constitucional «ha declarado que el legislador debe tomar en consideración el “caso normal”». Carece, por lo demás, «de toda base la llamada discriminación por omisión», pues, por un lado, en su caso, la víctima en la pareja homosexual podría considerarse como «persona especialmente vulnerable», y, por otro, «el artículo 14 de la CE puede servir de fundamento a una pretensión de mayor o máxima protección penal en beneficio de clases o colectivos que el legislador no haya considerado merecedores o necesitados de ella».

La alegación del Abogado del Estado en relación con la supuesta infracción del artículo 14 de la CE finaliza rebatiendo que el artículo 172.2 contenga «un tipo de autor». Castiga hechos más graves por «circunstancias asociadas al sujeto pasivo de la infracción penal».

b) Respecto a las demás infracciones constitucionales denunciadas en los Autos de planteamiento rechaza el Abogado del Estado, en primer lugar, que pueda haberse violado el derecho a la presunción de inocencia, pues «pesará sobre la acusación, en su caso, la carga de probar el dolo específico de las coacciones». Es inadmisibles, por irrelevante, en segundo lugar, el reproche relativo a que el párrafo segundo constituye un tipo abierto. Y tampoco puede estimarse, en fin, el cuestionamiento desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, pues este juicio «ha de atender no sólo a la gravedad cuantitativa y cualitativa de los hechos, sino a la gravedad añadida por la actual comisión frecuente de la infracción penal y la posible extensión futura de tales conductas delictivas». Así, «si determinado tipo de delitos muestra una tendencia a proliferar en determinado momento, el propio principio de proporcionalidad no ya permite sino que exige un reforzamiento de la prevención general mediante

un aumento de pena, aunque la gravedad intrínseca del delito pueda no ser excesiva».

VI. Fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional para no inadmitir las cuestiones de inconstitucionalidad.

1. El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete considera que el artículo 172.2 del Código Penal, en su vigente redacción, dada por el artículo 39 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, puede ser contrario a los artículos 1.1, 9.1, 9.2, 9.3, 10, 14, 17, 24.2 y 25.1 de la Constitución por serlo del principio de igualdad, en relación con los valores de justicia y dignidad de la persona; del derecho a la presunción de inocencia, en relación con el principio de culpabilidad; del principio de legalidad; de la promoción de la igualdad real, en relación con la interdicción de la arbitrariedad; y del principio de proporcionalidad. Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado se oponen a esta consideración e interesan la desestimación íntegra de las cuestiones. La petición principal del Abogado del Estado es la inadmisión parcial de todas las cuestiones en lo referido a los párrafos segundo, tercero y cuarto del artículo 172.2 del CP por considerar que su posible inconstitucionalidad es irrelevante para la decisión de los procesos penales en los que se suscita la duda.

El párrafo primero del artículo 172.2 del CP sanciona «con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años» a quien «de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia». El párrafo segundo impone la misma pena «al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor». Si el párrafo tercero prevé una agravación de la pena (mitad superior) cuando concurren ciertas circunstancias (el delito se comete en presencia de menores, o en el domicilio común o en el de la víctima, o «quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza»), el párrafo cuarto dispone que se podrá imponer la pena inferior en grado «en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho».

2. Debe darse la razón al Abogado del Estado en cuanto a la inadmisibilidad del cuestionamiento de

los párrafos segundo, tercero y cuarto del artículo 172.2 del CP, dado que no consta en los Autos de planteamiento juicio alguno acerca de su aplicabilidad y de la relevancia de su validez para la decisión de los procesos correspondientes (artículo 35.2 de la LOTC). Cabría pensar en que esta inadmisión es innecesaria porque en realidad tales preceptos no resultan cuestionados, a la vista de que en alguna de sus alegaciones el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete ciñe sus dudas al primer párrafo. Lo cierto es, sin embargo, que los Autos no realizan tal restricción, ni en su parte dispositiva, ni en el apartado relativo a la «ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona», y que de hecho plantean como una de las posibles vulneraciones la que respecto al mandato de determinación (artículo 25.1 de la CE) podría suponer la expresión del párrafo segundo «persona especialmente vulnerable».

3. La principal duda de constitucionalidad planteada en los Autos del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete se refiere a la compatibilidad del precepto cuestionado con el principio de igualdad (artículo 14 de la CE). La duda encuentra respuesta, en gran medida, en la STC 59/2008, de 14 de mayo, que es la primera resolución que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta *ex* artículo 14 de la CE respecto al primer inciso del artículo 153.1 del CP, precepto que recoge un delito de maltrato ocasional con la misma pena y la misma descripción de los sujetos activo y pasivo que el artículo 172.2 del CP; en la STC 81/2008, de 17 de julio, que hace lo propio respecto a la misma duda planteada por el órgano judicial ahora cuestionante; y en la STC 45/2009, de 19 de febrero, en el que la posible objeción de constitucionalidad se dirigía al artículo 171.4 del CP, de amenazas leves entre los mismos sujetos y de nuevo con asignación de la misma pena.

Como en los Autos que dieron lugar a las Sentencias mencionadas, la pregunta esencial relativa al principio de igualdad es la de si existe un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasivo, que sería por ello contrario al artículo 14 de la CE. Así, a partir de una interpretación del tipo penal del artículo 172.2 del CP que supone una autoría exclusivamente masculina, resultará que la pena privativa de libertad imponible en su caso —pues es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad— a un varón que coaccione levemente a quien es o fue su pareja afectiva femenina será de seis meses a un año, mientras que la misma amenaza leve en los demás supuestos de parejas o ex parejas (amenazas de una mujer o amenazas de un varón hacia otro) o hacia los demás sujetos del artículo 173.2 del CP (respecto al autor, «los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o

... los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o ... persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como ... las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados») será sancionada como un mera falta con pena de cuatro a ocho días de localización permanente o de cinco a diez días de trabajos en beneficio de la comunidad (artículo 620, párrafo 3 del CP).

Nuestro primer punto de partida para la resolución de esta duda de constitucionalidad ha de ser, como en la STC 59/2008, de 14 de mayo (FJ 6), y en la STC 45/2009, de 19 de febrero (FJ 3), el recuerdo de que «corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal», para el que «goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática» (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre FJ 4). Nuestro actual análisis del artículo 172.2 del CP no puede por ello «serlo de su eficacia o de su bondad, ni alcanza a calibrar el grado de desvalor de su comportamiento típico o el de severidad de su sanción. Sólo nos compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa» (SSTC 59/2008, FJ 6; 45/2009, FJ 3).

El segundo punto de partida para afrontar la respuesta que se nos pide acerca de la constitucionalidad del precepto es el de que la vertiente del artículo 14 de la CE afectada por el mismo es el principio general de igualdad y no la prohibición de discriminación por razón de sexo, pues «no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados ... La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa ... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada» (SSTC 59/2008, FJ 7; 45/2009, FJ 3).

4. A partir de la perspectiva que demarca el principio general de igualdad la constitucionalidad de la norma pasa, según nuestra doctrina, por «que

el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación» (SSTC 59/2008, FJ 7; 45/2009, FJ 4).

a) Según decíamos en la STC 45/2009, FJ 4, «el análisis de razonabilidad de la diferenciación ha de comenzar por el de la legitimidad del fin de la norma». Como reseñábamos en la STC 59/2008 (FJ 8), de la lectura de la exposición de motivos y del articulado de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, que es la ley orgánica que introduce en el Código penal el precepto ahora cuestionado, se infiere que la misma «tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales».

«A partir de esta constatación, “tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador (FJ 8)”».

b) El segundo análisis de igualdad enunciado se refiere a la funcionalidad de la diferenciación cuestionada para la legítima finalidad perseguida, que se producirá si resulta razonable el entendimiento del legislador de que concurre un mayor desvalor en las coacciones del hombre hacia quien es o fue su mujer que en cualesquiera otras en el ámbito de la relación de quienes son o fueron pareja afectiva, y que, más en general, en cualesquiera otras en el ámbito de las relaciones a las que se refiere el artículo 173.2 del CP (relaciones familiares y de guarda y custodia en centros públicos o privados). Si es razonable la apreciación de que tal mayor desvalor concurre en las primeras conductas, también lo es la de que debe imponerse una pena mayor para prevenirlas. Y, como afirmamos en la STC 59/2008, «no resulta reprochable el entendimiento

legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural —la desigualdad en el ámbito de la pareja— generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece» [FJ 9.a); también, STC 45/2009, FJ 4].

c) Tampoco cabe apreciar que la diferencia en las consecuencias jurídicas de las normas comparadas entrañe una desproporción que conduzca por esta vía a la inconstitucionalidad *ex* principio de igualdad del artículo cuestionado. Frente a la pena del artículo 172.2 del CP, que consiste en «prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años», cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del CP la pena será de «localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días» (artículo 620, párrafo 3 del CP). No es irrelevante que esta última pena responda a la catalogación del hecho como falta, y que la misma abra la puerta a la posibilidad de nuevas diferencias en el régimen de consecuencias jurídicas subsiguiente a la responsabilidad penal probable o firme. Y así, no podrá ser causa en principio de una detención

(artículo 495 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: LECrim) ni de una medida de prisión provisional (artículos 502 y ss. LECrim); el plazo de suspensión de la pena es menor (artículo 80.2 del CP) y tal suspensión no podrá quedar condicionada al cumplimiento de obligaciones adicionales (artículo 83.1 del CP); puede interpretarse que su comisión no obsta a la suspensión de otra pena privativa de libertad (artículo 81.1 del CP) ni quiebra la condición básica de una suspensión vigente (artículo 84.1 del CP); no comporta penas accesorias (artículos 56 y 57 del CP); frente al delito de coacciones leves, no computa a efectos de reincidencia en un futuro delito de coacciones (artículo 22.8 del CP).

Como afirmamos en la STC 45/2009, «[n]o nos corresponde evaluar la entidad en sí de estas diferencias directas o potenciales, ni su oportunidad, sino sólo, en el marco del juicio constitucional de igualdad que se nos solicita, analizar si las mismas convierten en desproporcionada la diferenciación normativa que hemos declarado en principio como no irrazonable, y si deparan con ello un juicio negativo de la norma *ex* artículo 14 de la CE» (FJ 4). Y ciertamente merece ser subrayada la diferenciación punitiva que se produce entre los supuestos comparados. Por la notoria diferencia de los marcos penales iniciales y por el hecho de que frente a la consideración como delito de la coacción leve del varón a la mujer que es o fue su pareja afectiva (artículo 172.2 del CP) se califique como falta la coacción leve hacia persona vinculada con el autor por alguna de las relaciones familiares, de guarda o de custodia a las que se refiere el artículo 173.2 del CP (artículo 620, párrafo 3 del CP), con la significativa levedad comparativa que esta calificación como falta supone tanto en el reproche social como, según se ha anotado ya, en consecuencias jurídicas derivadas de la pena o relacionadas con la misma. Es notorio que, en comparación a lo que sucede con las faltas, la imputación a título de delito comporta un sometimiento al procedimiento penal que puede resultar especialmente gravoso, y que ya dicha imputación, pero sobre todo la condena como autor o partícipe de un delito, puede incidir en la consideración social de la persona afectada, que queda *de facto* sometida a cierto riesgo de estigmatización.

Como en la STC 45/2009 en relación con el delito de amenazas leves sin armas, a pesar de esta notable diferencia punitiva entre la coacción en los casos que el legislador denomina como propios de violencia de género (los del artículo 172.2, párrafo 1 del CP) y el resto de las coacciones leves que puedan darse en el seno de la pareja, dicha diferencia no convierte «en inconstitucional *ex* artículo 14 de la CE el precepto cuestionado por la desproporción de las consecuencias de una diferenciación que en sí ya hemos calificado de razonable. Conviene re-

cordar una vez más que es éste un juicio de constitucionalidad, que es el único que nos compete, y que el mismo nada dice acerca de la oportunidad de la norma ni de su calidad, ni siquiera en términos de axiología constitucional» (FJ 4).

Esta conclusión se sustenta, en primer lugar, en las finalidades de la diferenciación, que, conviene recordarlo, son la protección de la libertad de las mujeres, «que el legislador entiende como insuficientemente protegida en el ámbito de las relaciones de pareja», y «la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito» (STC 59/2008, FJ 8). Y atiende también, en segundo lugar, al complejo y flexible sistema de determinación de la pena correspondiente al delito del artículo 172.2 del CP, que permite bien la elusión de la imposición de la pena de prisión, bien su rebaja en un grado, y que hace con ello que se reduzca la diferenciación punitiva expuesta. Así, ha de tenerse en cuenta que la pena de prisión es alternativa a la de trabajos en beneficio de la comunidad, y que por lo tanto el órgano judicial puede decidir no imponer privación de libertad alguna. Y ha de repararse en que la pena del artículo 172.2 del CP puede ser la inferior en grado «en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho» (párrafo cuarto), con lo que la pena alcanzaría un mínimo de tres meses de prisión y de la mitad de los treinta y un días de trabajos en beneficio de la comunidad (artículo 70.1 y 2 del CP).

Es preciso señalar, en fin, en esta valoración constitucional de las distintas consecuencias de los supuestos diferenciados, que el párrafo segundo del artículo 172.2 del CP impone la misma pena «al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor», con lo que se equiparan punitivamente a las coacciones leves del varón hacia quien es o fue su pareja femenina ciertas otras coacciones leves en el seno de tales relaciones: las que reciba una persona especialmente vulnerable (hombre o mujer) que conviva con el autor o con la autora.

5. En el marco de la argumentación de la duda de igualdad, aluden también los Autos de cuestionamiento a la posible oposición del primer párrafo del artículo 172.2 del CP al valor de la dignidad de la persona en cuanto que presumiría que «la mujer es en cualquier caso persona especialmente vulnerable» y el hombre «un maltratador nato».

Tampoco puede ser acogida esta objeción de constitucionalidad porque no cabe acoger su presupuesto. El precepto cuestionado no cataloga a la mujer como persona especialmente vulnerable, ni presume que lo sea. Y tampoco contiene consideración alguna acerca de la mayor agresividad de los hombres o de ciertos hombres. Procede, simple y

no irrazonablemente, a apreciar la especial gravedad de ciertos hechos «a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad» (STC 59/2008, FJ 9; STC 81/2008, de 17 de julio, FJ 5).

6. De un modo mucho más breve enuncia el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete una segunda duda, que rotula como de «presunción de inocencia, conectado con el principio de culpabilidad» (artículo 24.2 de la CE), y que se sustenta, en esencia, en que el legislador presumiría que la violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja constituye una manifestación de discriminación. Este presupuesto no es aceptable: «el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones ... a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas» (SSTC 59/2008, FJ 11; 81/2008, FJ 4).

En este marco de análisis de la compatibilidad del precepto con el principio de culpabilidad, tampoco cabe asumir la alegación, inserta en la duda sobre el principio de igualdad, relativa a que la medida penal cuestionada es propia de un «Derecho penal de autor». Que en el supuesto cuestionado que tipifica el primer párrafo del artículo 172.2 del CP el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta en absoluto que se esté sancionando al sujeto activo por lo que es, o por ser varón, sino «por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción» (STC 59/2008, FJ 11).

7. Las tercera y cuarta dudas planteadas por los Autos se refieren respectivamente a la vulneración del artículo 25.1 y a la del artículo 9 de la CE. La primera de ellas se refiere a la indeterminación de la pena referida al lapso («hasta cinco años») en que puede imponerse la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, «cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz». No se entiende, ni nada se alega al respecto, en qué consiste la indeterminación de un marco penal que tiene un mínimo, consistente en la falta de imposición de la pena, y un máximo, concretado en cinco años (STC 81/2008, FJ 2).

Tampoco resulta apreciable, en segundo lugar, la contrariedad del precepto cuestionado con el artículo 9.2 de la CE. Como advertíamos ya en la STC 81/2008, el que supuestamente el nuevo precepto penal no pueda encontrar amparo en la promoción de la igualdad a la que se refiere el mandato constitucional no comportaría por ello una vulneración del mismo (STC 81/2008, FJ 2).

8. El último bloque de la argumentación que sostiene las dudas de constitucionalidad del primer párrafo del artículo 172.2 del CP se refiere a su compatibilidad con el principio de proporcionalidad penal, que los Autos de cuestionamiento derivan de los artículos 9.3, 17.1 y 25.1 de la CE. Este juicio de proporcionalidad no compara las consecuencias de los supuestos diferenciados, análisis propio del juicio de igualdad [supra FJ 4.c)], sino que tiene como referentes los beneficios y costes de la norma cuestionada en términos de axiología constitucional.

Procede recordar que este juicio «debe partir 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». Cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma persiga «la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes», y cuando además la pena sea «instrumentalmente apta para dicha persecución», necesaria y proporcionada en sentido estricto. «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 ... Y sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de

su concreción en la propia actividad legislativa» (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).

9. La fundamentación de los Autos de cuestionamiento sustenta la desproporción de la pena en tres argumentos:

a) El primero se refiere al juicio de necesidad y sostiene que sería suficiente desde un punto de vista preventivo la punición como falta de todas las coacciones leves. Con independencia de que lo determinante no es la calificación del ilícito, sino la cantidad y la calidad de la sanción, es lo cierto que frente a la justificación legislativa de «la especial incidencia» que tienen «las agresiones sobre las mujeres» en «la realidad española» (exposición de motivos I de la Ley Orgánica 1/2004), y entre ellas las constitutivas de violencia de género en el ámbito de la pareja, los Autos no exteriorizan los razonamientos lógicos o los datos empíricos no controvertidos que abonarían una «funcionalidad manifiestamente similar» de una pena más leve (por todas, STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 11).

b) Los otros dos argumentos se refieren al análisis de proporcionalidad estricta. El primero repara en la diversidad y en la diversa gravedad de las coacciones, de modo que la pena que asigna el párrafo primero del artículo 172.2 del CP para todas las coacciones leves allí descritas (del varón a la mujer que es o fue su pareja afectiva) depararía un exceso para las menos reprochables, que se acercan a lo socialmente aceptable. El segundo argumento de desproporción estricta toma como referencia comparativa la pena significativamente inferior que merecen las coacciones leves entre los sujetos vinculados por otras relaciones familiares y de guardia y custodia descritos en el artículo 173.2 del CP.

Ninguno de los dos argumentos puede prosperar hacia la declaración de inconstitucionalidad de la pena por desproporción. En primer lugar, porque orillan el desvalor específico de las coacciones descritas en el precepto cuestionado, que hace que puedan no reputarse nunca como banales y que puedan merecer un reproche penal mayor y diferenciado que las que se producen en cualesquiera otro tipo de relaciones. Procede recordar una vez más que resulta razonable la apreciación por parte del legislador de un desvalor añadido en las coacciones tipificadas en el párrafo primero del artículo 172.2 del CP a partir de «su significado social objetivo y de su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres» (SSTC 59/2008, FJ 12; 45/2009, FJ 8). Este desvalor mayor es el que justifica una pena mayor y el que hace también que quepa incluso considerar que en las

circunstancias que describe el precepto las coacciones leves no alcanzan nunca la liviandad propia de las faltas. Debe reseñarse además, en segundo lugar que la argumentación de los Autos se orienta en realidad a evaluar la calidad de la norma pero no su inconstitucionalidad a partir de los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional, que, como ya se ha referido, centran la interdicción en la idea del «desequilibrio patente y excesivo».

Descartado pues que el párrafo primero del artículo 172.2 del CP se oponga al principio de igualdad en la Ley (FFJJ 3 a 5) o al principio de culpabilidad (FJ 6), o que su pena sea indeterminada (FJ 7), tampoco cabe ahora apreciar que la misma suponga un tratamiento desproporcionado del derecho a la libertad, por lo que la cuestión planteada debe ser desestimada.

VOTOS PARTICULARES

Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia de fecha 26 de mayo de 2009, dictada en las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 7393/2006, 8198/2006, 6138/2007 y 6878/2008, planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, respecto al artículo 172.2 del Código penal en la redacción dada al mismo por el artículo 39 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Como Ponente de la Sentencia he asumido el papel de expresar el parecer del Pleno, que no el mío propio discrepante de aquél, por ello, ejercitando la facultad establecida en el artículo 90.2 de la LOTC, formulo Voto particular para expresar mi personal parecer sobre el caso.

En la medida en que la actual Sentencia se funda en la aplicación al caso actual de la doctrina de las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, 80/2008, de 17 de julio, y 45/2009, de 19 de febrero, de las que también discrepé formulando Voto particular, en lógica coherencia con mi posición precedente reitero aquí mi discrepancia, manifestando en todo caso mi respeto hacia los Magistrados de cuyo criterio me separo.

La clave esencial de todas las precedentes Sentencias aludidas en la actual, aunque se refieran a preceptos del Código Penal diferentes (las dos primeras al artículo 153.1, la tercera al 171.4 y la actual al 172.2) se cifra en el mayor desvalor de la conducta inculpada cuando es el varón el que la realiza, que cuando es realizada por una mujer en las circunstancias que el precepto indica y en el seno de la relación interpersonal a la que los preceptos cuestionados en cada caso se refieren.

En el Voto particular a la STC 59/2008, de 14 de mayo, expuse las razones que me llevaban a no aceptar ese proclamado mayor desvalor, razones a las que me remito en su integridad, dándolas aquí por reproducidas, y que incluso en este caso se intensifican, habida cuenta que, no sólo se trata de penalizar una misma conducta con diferente pena, sino incluso de considerarla en algún caso delito o falta según su autor.

Por lo expuesto considero que la cuestión de inconstitucionalidad debía haberse estimado, y declarada la inconstitucionalidad del precepto cuestionado.

Madrid, a veintiséis de mayo de dos mil nueve.

Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia del Pleno que resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 7393/2006, 8198/2006, 6138/2007 y 6878/2008, sobre el artículo 172.2 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.

Haciendo uso de la facultad atribuida por el artículo 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 59/2008, de 14 de mayo y 45/2009, de 19 de febrero, a las que formulé sendos Votos particulares («Boletines Oficiales del Estado» de 4 de junio de 2008 y 14 de marzo de 2009), cuyo contenido reitero en este momento.

Sostuve entonces y reitero ahora que nuestra cultura jurídica se asienta en buena medida en principios forjados por la Revolución francesa. El artículo 1 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 proclama que «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos»; su artículo 6 declara que «La ley es la expresión de la voluntad general ... Debe ser igual para todos, tanto cuando proteja como cuando castigue. Todos los ciudadanos son iguales ante sus ojos»; y su artículo 9 añade, en fin, que «todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable».

Estos principios son reconocibles en la Constitución española, cuyo artículo 10.1 destaca la dignidad de la persona como fundamento de nuestro sistema constitucional; el artículo 14 consagra el principio/derecho de igualdad; y el artículo 24.2 reconoce el derecho a la presunción de inocencia.

¿Respeto estos principios el párrafo primero del artículo 172.2 del Código Penal? La posición que expreso en el presente Voto particular exige diferenciar tres niveles de enjuiciamiento, referidos a la compatibilidad de la Constitución con una sanción agravada de la violencia de género, la consti-

tucionalidad de la concreta fórmula empleada por el legislador en el artículo 172.2 del CP y los fundamentos que acoge la Sentencia para declarar la constitucionalidad del precepto cuestionado.

1. Constitucionalidad de la punición agravada de la violencia de género.

No admite discusión la existencia de una forma específica de violencia que viene denominándose violencia de género, así como tampoco el que la sociedad se muestra justamente indignada y alarmada ante la constante sucesión de actos violentos protagonizados por quienes actúan creyéndose con derecho a disponer de la vida de su pareja. Ello demanda un tratamiento penal específico, cauces procesales ágiles y medidas cautelares eficaces. Más aún, es necesario transmitir a las víctimas de esta violencia que, todos en general y las instituciones en particular, estamos comprometidos en erradicarla.

En las dos últimas décadas el legislador español ha venido aprobando diversas medidas penales con el propósito de prevenir y sancionar esta modalidad de violencia y, a mi juicio, no se incurre en inconstitucionalidad por incorporar una penalidad agravada para combatirla, porque lo relevante no son las concretas consecuencias físicas de la agresión sino su inserción en un proceso que provoca la subordinación de la mujer, la desestabilización de la personalidad y del equilibrio psíquico de la víctima, extendiendo sus efectos sobre el desarrollo integral de los hijos menores que puedan convivir con la mujer maltratada. Por tanto, sostengo la constitucionalidad de las medidas penales que proporcionen un tratamiento diferenciado y agravado de la violencia de género.

2. Problema de taxatividad que suscita la fórmula empleada por el legislador en el primer párrafo del artículo 172.2 del CP.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, señala en su artículo 1.1 que constituye su objeto actuar contra la violencia que, «como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

Sin embargo, en el artículo 172.2 del CP ese elemento finalista no se ha incorporado al texto finalmente aprobado por el legislador —y los trabajos parlamentarios permiten entender que tal omisión ha sido deliberada— por lo que el precepto, aplicado en sus propios términos, sólo atiende al hecho objetivo de que se coaccione, cualquiera que sea la causa y el contexto de dicha acción. Esta falta de identidad entre la redacción dada al precepto cuestionado y el propósito declarado por la Ley que

lo introduce en el Código Penal, genera una duda razonable acerca de cuál sea la conducta tipificada por el legislador, duda que ya por sí misma es incompatible con el imperativo de taxatividad —*lex certa*— que deriva del artículo 25.1 de la CE, puesto que el principio de legalidad penal, cuando se proyecta sobre la función legislativa, obliga a configurar las leyes sancionadoras llevando a cabo el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (por todas, STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5).

3. La interpretación del precepto que la Sentencia estima conforme con la Constitución.

Si nos adentramos en el verdadero sentido y alcance de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, se advierte que lo que se pretende combatir a través de la tutela penal que dispensa es un tipo de comportamiento social identificado como machismo, cuando se manifiesta, en este caso, a través de la coacción. Si lo que hubiera que someter a comparación fueran las coacciones que hombre y mujer pueden realizarse recíprocamente, ciertamente habría que concluir que el artículo 172.2 del CP lesiona el artículo 14 de la CE. Pero si se advierte que lo sancionado es el sexismo machista (cuando se traduce en la conducta coactiva) es cuando se comprende que estamos ante un delito especial que sólo puede ser cometido por el varón y del cual sólo puede ser víctima la mujer. En este sentido, no me parece que lesionara el principio de igualdad que el legislador configurase círculos concéntricos de protección (sexismo violento, intimidatorio o coactivo contra cualquier mujer, en el ámbito familiar o doméstico y contra la pareja) puesto que los efectos de la acción punible se prolongan e irradian con diferente intensidad en cada uno de estos ámbitos.

Sin embargo, lo que a mi juicio resulta incompatible con el derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE) es la presunción adversa de que toda coacción cometida por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada del artículo 172.2 del CP.

Esta cuestión capital sólo obtiene una respuesta elusiva en la Sentencia, cual es que «el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones ... lo que hace el legislador ... es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas» (FJ 6). Obsérvese que, para la Sentencia, no es el Juez quien en cada caso debe apreciar el desvalor o constatar la lesividad de la conducta, sino que es el legislador quien lo ha hecho ya. Lo cierto es que una lectura atenta o repetida de la Sentencia pone de manifiesto que, desde la perspectiva de la misma,

el artículo 172.2 del CP contiene una definición de violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos coactivos que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen siempre actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cual sea la motivación o la intencionalidad, porque lo relevante es que el autor inserta su conducta en una pauta cultural (FJ 6), lo que implica un especial desvalor de la acción, que justifica la punición agravada. En realidad, para la Sentencia, aunque formalmente lo niegue, el autor del referido delito debe ser sancionado con arreglo al plus de culpa derivado de la situación discriminatoria creada por las generaciones de varones que le precedieron, de cuyas consecuencias penales no puede desprenderse aun cuando la coacción cometida a motivos distintos o aunque su concreta relación de pareja no se ajuste al patrón sexista que se trata de erradicar.

A mi juicio, esta presunción es incompatible con los principios del Derecho penal moderno, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad «concretos», por el hecho propio y no por hechos ajenos. Entiendo que el principio de culpabilidad resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplica el referido artículo 172.2 del CP a acciones que tengan su origen en otras posibles causas y, lo que es más grave, sin que conlleve la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación.

4. La posición jurídica de la mujer como sujeto pasivo del delito tipificado en el artículo 172.2 del CP.

La Sentencia, quizá sin quererlo, se suma a un superado Derecho penal paternalista que promueve una concepción de la mujer como «sujeto vulnerable» que, por el solo hecho de iniciar una relación afectiva con un varón, incluso sin convivencia, se sitúa en una posición subordinada que requiere de una específica tutela penal, equiparada a la que el mismo artículo 172.2 del CP dispensa a toda «persona especialmente vulnerable». Este enfoque resulta inaceptable en la sociedad actual, que no admite el viejo rol de la mujer como «sexo débil» que históricamente le colocaba en una posición equivalente a la de los menores e incapaces, de quienes se presume una posición de debilidad sin posibilidad de prueba en contrario. Esta perspectiva resulta contraria al artículo 10.1 de la Constitución, que consagra la dignidad de la persona como uno de los fundamentos de nuestro sistema constitucional y cuya noción se halla en la base del concepto de derechos fundamentales (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 4), debiéndose recordar que la dignidad de la persona, que encabeza el Título I de la Constitución, constituye un primer límite a la libertad del legislador (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3).

No en vano todas las reformas penales realizadas desde la década de los años ochenta han procurado la apertura de los tipos penales a modalidades de comi-

sión en las que el sexo de los sujetos no fuera relevante. Así, desde la reforma penal de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, no existe la agravante de «desprecio de sexo», justificándose su eliminación durante los debates parlamentarios de abril de 1983 en la necesidad de «acabar con el mito de la debilidad de la mujer» porque hombres y mujeres nacen y viven radicalmente iguales en derechos, como proclama el artículo 14 de nuestra Constitución y, como creo, es norma esencial —diría que de «orden público»— en cualquier ámbito de nuestro ordenamiento jurídico. Al tiempo, resulta profundamente injusto considerar que todas las mujeres tienen el mismo riesgo de opresión, como si sólo el sexo incidiera en el origen del maltrato, cuando lo cierto es que las condiciones socio-económicas desempeñan un papel que la Sentencia silencia.

5. Expreso, por último, mi deseo de que estas Sentencias no marquen el inicio en nuestro ordenamiento del cumplimiento del sueño de Mezger: dos Derechos penales; un Derecho penal para la generalidad, en el que, en esencia, seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora. Y, junto a él, un Derecho penal completamente diferente, para grupos especiales de determinadas personas.

Dejo constancia de mi posición en este Voto.

Madrid, a veintiséis de mayo de dos mil nueve.

Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 26 de mayo de 2009 dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7393/2006 y acumuladas.

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el artículo 90.2 de LOTC y con el pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia que fundo en las siguientes consideraciones:

Parto de la base de que la cuestión planteada ante este Tribunal por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, sobre el artículo 172.2 del Código Penal, en la redacción dada al mismo por el artículo 39 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, está formulada con gran rigor jurídico y asentada en sólidos argumentos, hasta el punto de que si la interpretación del precepto, que se hace razonablemente en el correspondiente Auto, fuera la única posible, conduciría inexorablemente a la declaración de inconstitucionalidad; conclusión a la que también llega la Sentencia de la mayoría en el fundamento jurídico 4.

Discrepo abiertamente del fallo de la Sentencia en cuanto a la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7393/2006 y acumuladas, en sentido contrario, remitiéndome al Voto particular que formulé en la cuestión de inconstitucionalidad 5939/2005.

En Madrid, a veintiséis de mayo de dos mil nueve.

FILIACIÓN

Estimación de la acción de impugnación de filiación paterna no matrimonial ejercitada por los padres de un hijo fallecido al no coincidir la filiación con la realidad biológica, dado que el menor nació tres años antes de que su hijo iniciara una relación sentimental con la madre.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.^a, SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ El día 9 de febrero de 1994 don Luis Ángel, hijo de don Bernardo y doña Lourdes, efectuó ante el encargado del Registro Civil de Barakaldo reconocimiento expreso de filiación respecto del menor Gabino, que había nacido el 8 de enero de 1990, reconocimiento que fue consentido también de forma expresa y en el mismo acto por la madre de éste, doña Estela. Como consecuencia de dicho acto, y de la subsiguiente determinación de la filiación, el menor pasó a apellidarse Juan Alberto, ostentando de ese modo los apellidos de quienes aparecían como sus progenitores.
- ⦿ Don Luis Ángel falleció el 8 de noviembre de 1994 sin otorgar testamento. Al tiempo de la concepción y del nacimiento del menor no conocía a la madre de éste, habiendo iniciado la relación afectiva con ella unos tres años y medio después del alumbramiento.
- ⦿ Don Bernardo y doña Lourdes, padres del fallecido, que a la sazón había estado en vida afectado por una prolongada situación de drogodependencia, promovieron con fecha 27 de junio de 1995 juicio de menor cuantía ejercitando la acción de impugnación de filiación no matrimonial determinada por reconocimiento frente a doña Estela y el menor Juan Alberto, representado por su madre. En su demanda, los actores fundaron su pretensión impugnatoria en la aplicación del artículo 140 del Código Civil, manifestando expresamente que no se impugnaba el reconocimiento prestado en su día por don Luis Ángel por vicio en su declaración de voluntad, sino la filiación determinada por dicho reconocimiento por inexistencia de la relación paterno-filial biológica entre el reconocedor y el reconocido, habiéndose prestado el reconocimiento por mera complacencia, producto, en gran medida, del deterioro de las facultades psíquicas y físicas de quien en su día lo otorgó, como consecuencia de su adicción a las drogas.
- ⦿ Admitida a trámite la demanda, el Ministerio Fiscal, emplazado, contestó a la demanda solicitando «sentencia ajustada a derecho y conforme a los hechos que resulten probados».
- ⦿ La demandada, doña Estela, contestó a la demanda oponiéndose a ella, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado dictase Sentencia por la que «se desestime íntegramente la demanda, bien por estimar la falta de competencia de este Juzgado, bien por estimar la falta de *litis* consorcio necesario pasivo de la tía del menor, doña Blanca,

que ejerce su custodia y tutela, bien por entrar al fondo del asunto, e imponiendo la expresa condena de todas las costas causadas en el litigio.»

⦿ Como representante legal del menor demandado, compareció la Diputación Regional de Cantabria, representada por el Letrado de los Servicios Jurídicos, quien contestó a la demanda oponiéndose a ella en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado «tenga por formulada la excepción contenida en el fundamento primero, y en su virtud tras la tramitación correspondiente estimar la misma, remitiendo los autos al Juzgado competente o, en su caso, proceder a la desestimación de la demanda por los fundamentos expuestos en su escrito».

⦿ Por Auto del Juzgado de fecha 28 de octubre de 1996 se dispone «haber lugar a la cuestión de competencia suscitada en las presentes actuaciones por ser demandada en los mismos la Diputación Regional de Cantabria, declarándose este Juzgado incompetente para su conocimiento, remitiendo las actuaciones al Juzgado Decano de Santander (...) por ser los competentes para su conocimiento conforme la Ley de Ritos».

⦿ Recibidos los autos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Santander, se entiende dirigida la demanda contra Estela y Juan Alberto, el Ministerio Fiscal y Bienestar Social. Emplazadas las partes en legal forma, el Ministerio Fiscal ratificó su contestación. La Diputación Regional de Cantabria, en nombre de Bienestar Social, contestó a la demanda y terminó suplicando «se estime la caducidad de la acción mantenida en el fundamento primero, procediendo subsidiariamente a la desestimación de la demanda por los fundamentos expuestos».

⦿ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 8 de Santander dictó Sentencia el 1 de septiembre de 2001 declarando nula la filiación determinada en virtud de reconocimiento efectuada en expediente gubernativo de inscripción de nacimiento fuera de plazo instruido por el Registro Civil de Barakaldo de fecha 18 de febrero de 1994 por don Luis Ángel respecto de Juan Alberto (en dicha fecha Gabino) y, en consecuencia, la nulidad de dicho reconocimiento; acordando igualmente la rectificación de la inscripción de nacimiento de Gabino de acuerdo con las anteriores declaraciones, y todo ello con imposición de las costas causadas a las partes demandadas.

⦿ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Cantabria dictó Sentencia el 4 de marzo de 2003 estimando parcialmente el recurso interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cantabria en el sentido de no hacer pronunciamiento de costas en la primera instancia.

⦿ La Comunidad Autónoma de Cantabria interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En la sentencia de primera instancia el Juez parte de considerar que la acción que se ejercita en la demanda es la de impugnación de la paternidad no matrimonial determinada por el reconocimiento del menor, atacando la veracidad biológica de la filiación por no ser el reconocido hijo de quien lo reconoció como tal, de donde se sigue que el precepto aplicable a fin de determinar la legitimación

y el plazo de ejercicio de la acción de impugnación es el que contiene el artículo 140 del Código Civil, y no el del artículo 141, que se refiere a la impugnación del acto del reconocimiento por vicio del consentimiento. A partir de ahí, y después de precisar que la acción impugnatoria se ha ejercitado dentro del plazo de caducidad de cuatro años establecido en aquel artículo, la sentencia considera acreditado

que cuando el hijo de los actores, conoció a la demandada e inició con ella una relación sentimental, ésta ya era madre del menor, que había nacido unos tres años antes del comienzo de dicha relación, de manera que al no haber existido entre ambos relaciones sexuales en época hábil para la procreación del menor, se debe afirmar la inexistencia de una relación de paternidad biológica entre el reconocedor y el menor reconocido, lo que determina, en términos de la sentencia de primer grado, la nulidad del reconocimiento por falta de exactitud, procediendo la declaración en tal sentido y la rectificación de la correspondiente inscripción registral.

La Audiencia Provincial de Santander confirmó íntegramente los expuestos pronunciamientos de la sentencia del Juzgado. El tribunal de instancia rechaza la tesis mantenida por la parte recurrente, que sostuvo que los llamados reconocimientos de complacencia, en los que el reconocedor no es el padre biológico de quien reconoce como hijo suyo, no podían ser declarados nulos por falta de concordancia con la realidad biológica, pues tal cosa permitiría dejar a disposición del reconocedor la determinación de la filiación con el riesgo de fraude que ello conllevaría, sino que únicamente cabría la impugnación del acto por vicio del consentimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 141 del Código Civil. Tras hacerse eco de la doctrina mayoritaria, recogida por la más reciente jurisprudencia, la sentencia de la Audiencia afirma que, al contrario de lo mantenido por la parte recurrente, la aplicación del artículo 140 del Código Civil es posible para impugnar la paternidad cuando se trate de un reconocimiento de complacencia en el que no exista paternidad biológica si concurren los requisitos de legitimación establecidos en el referido precepto; y concluye que en el caso examinado no cabe duda acerca de la inexistencia de relación de paternidad biológica, al haber quedado probado que el menor nació con anterioridad al inicio de la relación sentimental mantenida con el hijo de los demandantes.

El recurso de casación que han interpuesto los Servicios Jurídicos del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en su condición de entidad que tiene asumida la tutela del menor, se fundamenta en la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 1993, 23 de diciembre de 1987, 27 de octubre de 1996, 14 de marzo de 1994 y 26 de marzo de 2001, conforme a la cual resulta irrelevante la veracidad biológica del reconocimiento. Se denuncia la infracción del artículo 140 del Código Civil, por aplicación indebida, y del artículo 141 del mismo cuerpo legal, por inaplicación, y la tesis de la parte recurrente se resume en que, en los casos de reco-

nocimiento de complacencia determinantes de una filiación extramatrimonial, como el presente, la única causa de impugnación posible es el vicio del consentimiento en cuya prestación se agota el acto del reconocimiento, y, por consiguiente, sometida a la legitimación y plazos que establece el artículo 141 del Código Civil, no siendo lógica la interpretación que conduce a afirmar la posibilidad de impugnar la filiación no matrimonial determinada por el reconocimiento por causa distinta, y, en particular, por falta de veracidad biológica, pues tal interpretación haría siempre inaplicable al artículo 141 del Código Civil, al quedar sometida a la voluntad del reconocedor la posibilidad de silenciar el vicio de consentimiento y probar la inexistencia de veracidad biológica en la filiación dentro del plazo de cuatro años previsto en el artículo 140, superior al anual establecido en el artículo 141 para impugnar el reconocimiento por vicios de consentimiento. Afirma la parte recurrente que la única interpretación lógica posible es considerar que el artículo 141 del Código Civil contiene una norma especial que desplaza a la general contenida en el artículo anterior, el 140, de manera que el reconocimiento solamente puede impugnarse en los supuestos y en las condiciones de aquel artículo, quedando éste para los otros medios de determinación de la filiación, o, todo lo más, para los casos en que no hay verdadera voluntad de reconocer, siendo entonces el reconocimiento nulo por simulación absoluta, lo que desde luego no cabe apreciar en los casos en que hay posesión de estado.

El argumento impugnatorio se completa con la afirmación de que la interpretación propuesta es la que mejor se coherencia con el interés del menor, que debe ser contemplado por todos los poderes públicos con preferencia a cualquier otro, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del menor. Y se arguye a continuación, dando paso a un segundo motivo de impugnación, que la interpretación contraria vulnera el artículo 14 de la Constitución, por cuanto discrimina al menor cuyo reconocimiento determina una filiación no matrimonial, mediando posesión de estado, frente a aquel cuyo reconocimiento determina una filiación matrimonial, al ser más amplia la legitimación y mayores los plazos para la impugnación en el primer caso, en donde el interés del menor se ve menos favorecido por el hecho de que en el momento del reconocimiento los padres no estuvieran casados ni llegaran a estarlo en un momento posterior. La interpretación seguida por la Sala de instancia vulnera, pues, en la tesis de la parte recurrente, el precepto constitucional mencionado, por cuanto propicia un resultado discriminatorio por razón del nacimiento. De no ser corregida para permitir la restitución del derecho

fundamental violado, mediante una interpretación conforme a la Constitución de los preceptos del Código Civil de continua referencia que respete la especialidad del artículo 141 frente al artículo 140, este precepto, según concluye la parte recurrente, debería ser considerado inconstitucional, por permitir impugnar una filiación no matrimonial en los casos en que no se podría impugnar una filiación matrimonial, por lo que se solicita de esta Sala el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

La cuestión a dilucidar en este recurso de casación por interés casacional consiste, pues, en averiguar si la interpretación mantenida por el tribunal de instancia, conforme a la cual es posible la impugnación de la filiación no matrimonial determinada por un reconocimiento —que aquí, es pacífico que se ha manifestado por pura complacencia, siendo sabedor quien lo prestó de que el reconocido no era hijo biológico suyo— con base en la falta de correspondencia con la realidad biológica, vulnera la jurisprudencia de esta Sala que se dice contenida en las Sentencias que se citan como apoyo para justificar la existencia del interés casacional a la que se condiciona la viabilidad y procedencia del recurso, que se resume en la irrelevancia de la verdad biológica del reconocimiento, y conforme a la cual la única interpretación lógica posible, según la parte recurrente, es que el reconocimiento determinante de una filiación no matrimonial no es impugnabile por falta de veracidad biológica, sino únicamente por vicio de consentimiento en los casos y con las condiciones de legitimación y plazo de ejercicio de la acción impugnatoria que contiene el artículo 141 del Código Civil.

El examen de la cuestión así planteada ha de considerar en su totalidad las diversas vertientes y facetas que presenta la denuncia casacional, para dar una respuesta completa a la pretensión impugnatoria que satisface del derecho de la parte recurrente a la tutela judicial efectiva.

A) La doctrina científica no se ha puesto totalmente de acuerdo acerca de cuáles son las vías y las causas de impugnación de la filiación determinada por reconocimiento; es más, ni siquiera hay un criterio uniforme acerca del contenido de este concepto jurídico —si es necesaria o no la correspondencia entre la declaración externa y la creencia interna— referido al acto determinante de la filiación. La jurisprudencia de esta Sala tampoco ha dado, hasta ahora, una respuesta contundente a la cuestión debatida, con finalidad unificadora. Las sentencias que cita la parte recurrente para fundamentar la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial que se dice contenida en ellas, y cuya copia ha aportado con el

escrito de interposición del recurso, no sirven para deducir, de una forma decidida, el criterio interpretativo que aquélla propone: la de 23 de diciembre de 1987 contempla un caso de impugnación de la paternidad por vicio de la voluntad, en particular, por violencia o intimidación, y no por falta de adecuación a la verdad biológica; la de 14 de marzo de 1994 únicamente permite afirmar que la verdad material a cuya consecución se orienta la ley ha de responder al interés superior de los hijos y de la familia, y no ha de servir como elemento distorsionador del orden interno, y de ahí que no se haya introducido en nuestro sistema un modelo de investigación indiscriminada de la filiación y paternidad, perturbadora de ese orden familiar y contraria al estado civil y a la posesión de hecho del mismo que gozan las personas; y si bien es cierto que semejante declaración jurisprudencial puede favorecer una interpretación como la propuesta por la parte recurrente, también es cierto que ésta no se propugna de forma terminante en la mencionada resolución; y, en fin, en la de 26 de marzo de 2001, que contempló un supuesto de impugnación del reconocimiento con base en el artículo 141 del Código Civil, se reconoce la existencia de dos acciones impugnatorias de la filiación matrimonial, contenidas en los artículos 136 y 138 del Código Civil respectivamente, y, en particular, tratándose de la impugnación de la filiación determinada por el reconocimiento, se distingue la impugnación basada en vicio del consentimiento (artículo 138, inciso primero) y la que se funda en otras causas (artículo 138, inciso segundo), respecto de la que los artículos 139 y 140 del Código Civil amplían los supuestos de legitimación y conceden plazos de caducidad más prolongados.

Si el detallado examen de las sentencias citadas no permite extraer de forma concluyente el criterio interpretativo en cuya oposición por la sentencia recurrida se resume el interés casacional alegado, el análisis de otras resoluciones de esta Sala, y, desde luego, de las sentencias más recientes, conduce a rechazar de manera definitiva este específico presupuesto al que se condiciona la viabilidad y procedencia del recurso, en la medida en que de ellas fácilmente se extrae el criterio contrario del que propone la parte recurrente, al que se ajusta la resolución impugnada, y que se traduce en la posibilidad de impugnar la filiación no matrimonial determinada por el reconocimiento, aun siendo de mera complacencia, por falta de correspondencia con la realidad biológica, con las condiciones de legitimación y de plazo para el ejercicio de la acción establecidas en el artículo 141 del Código Civil.

En la Sentencia de 28 de marzo de 1994 se declaró que, habiéndose ejercitado por el actor una acción de impugnación de la filiación no matrimonial determinada por reconocimiento en razón a la

falta de exactitud o correspondencia con la realidad biológica, la norma aplicable era la del artículo 140 del Código Civil, y no la del artículo 141. Un supuesto idéntico se contempló en la Sentencia de 31 de octubre de 1997, que recoge el criterio de la de 28 de marzo de 1994, y, conforme al mismo, la Sala consideró que el tribunal de instancia había aplicado indebidamente el artículo 141 del Código Civil, e inaplicado el precepto regulador de la acción ejercitada, el artículo 140, precisando que aquél viene referido a la impugnación del acto de reconocimiento por concurrir vicio de consentimiento, en tanto que en éste tiene cabida la acción de impugnación de la filiación no matrimonial determinada por reconocimiento atacando la veracidad biológica de la filiación por no ser el reconocido hijo del reconocedor. La Sentencia de 26 de noviembre de 2001 se hace eco de la dificultad que para la doctrina y la jurisprudencia ha supuesto interpretar los criterios de impugnación de la filiación determinada por un reconocimiento de complacencia; empero, en su Fundamento de Derecho Tercero se precisa: «Esta Sala, amparada en la idea de máxima expansividad del principio *pro actione*, admite que la pretensión fundada en el artículo 140 del Código Civil es independiente de la tutelada por el artículo 141, no obstante las conexiones derivadas del error como vicio del consentimiento que, también, hacen referencia al error en la paternidad biológica en las que, ahora, por innecesario, no se profundiza; y por ello considera, con arreglo a la Ley procesal que se aplica, que las causas motivadoras de ambos procesos no son idénticas, lo que lleva directamente a la desestimación del primer motivo»; y si bien tales declaraciones se hicieron de cara a verificar –y excluir– la concurrencia en aquel caso de la excepción de cosa juzgada, de ellas es posible deducir cabalmente el criterio interpretativo conforme al cual cabe la impugnación de la filiación determinada por reconocimiento por falta de correspondencia con la realidad biológica con arreglo a lo dispuesto en el artículo 140 del Código Civil.

Más explícita es la Sentencia de 27 de mayo de 2004, en la que se examinó la impugnación de la paternidad determinada por un reconocimiento de complacencia. La Sala declaró que el tribunal de instancia había aplicado indebidamente el artículo 141 del Código Civil, e inaplicado el artículo 140, que ha de relacionarse con el artículo 120, que establece los presupuestos para la determinación legal de la filiación no matrimonial, entre los que se encuentra el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, y el cual se proyecta tanto a los hijos nacidos sin que los padres se hubieran casado, como a los nacidos antes del matrimonio y no son hijos biológicos, no obstante el matrimonio de la madre progenitora y padre no progenitor, y no

obstante adquirir la filiación en estos casos el carácter de matrimonial desde el matrimonio de ambos (artículo 119 del Código Civil), «incluyéndose en el concepto de progenitor a quien formalmente figura como tal, ya lo sea por reconocimiento o por otro título, salvo si recae por sentencia judicial firme y la acción impugnatoria no se basa en defecto formal o vicio del consentimiento, ya que en concreto lo que ha de tenerse en cuenta es el dato objetivo de la realidad biológica y su prevalencia o no respecto de la filiación normal». Concluye de este modo la sentencia de referencia que, atendiendo a la prioridad que debe darse a la verdad biológica en la interpretación de las normas reguladoras de las acciones de reconocimiento e impugnación de la filiación, así como a la protección de los hijos, que clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad, y a los antecedentes que ofrecen las Sentencias de 28 de marzo de 1994 y de 15 de septiembre de 2003, la acción de impugnación de la filiación determinada por reconocimiento con base en la falta de correspondencia con la realidad biológica que se ejercitaba en el caso considerado debía someterse a los presupuestos de legitimación y plazo de ejercicio dispuestos por el artículo 140 del Código Civil.

En la misma línea se encuentra la Sentencia de 4 de junio de 2004, que sitúa también la acción de impugnación de la filiación determinada por un reconocimiento de complacencia en el marco del artículo 140 del Código Civil, teniendo igualmente presentes los antecedentes que ofrecen las Sentencias de 28 de marzo de 1994, 31 de octubre de 1997 y 26 de noviembre de 2001. En ella se distingue la acción que contempla este artículo de la que regula el artículo siguiente, el 141, precisándose que la primera se refiere a un reconocimiento extrínsecamente correcto, pero inexacto, en cuanto que su autor no es realmente el progenitor del reconocido, de manera que no se impugna el reconocimiento por vicio de consentimiento, sino la filiación. Existen, pues, dos acciones diferentes e independientes, con presupuestos diversos, refiriéndose la del artículo 140 del Código Civil a la realidad biológica, y la del artículo 141 al consentimiento viciado.

Este criterio interpretativo aparece, además, refrendado por otras sentencias, como la de 5 de julio de 2004, que, si bien viene referida a supuestos de impugnación de la filiación matrimonial por falta de realidad biológica, permite diferenciar las acciones de impugnación por esta causa y las que se fundamentan en la inexistencia e invalidez del título de su determinación, conectando el artículo 138 al artículo 141, ambos del Código Civil, cuando se trata de una impugnación del reconocimiento que determina la filiación (el formal, del artículo 120.1, el expreso o tácito del artículo 117, y el implícito en el consentimiento para la inscripción de la filia-

ción), por vicio del consentimiento, y poniendo en relación el artículo 138 con las normas contenidas en la sección y capítulo tercero del título quinto del libro primero del Código Civil, y entre otras, con la del artículo 136, cuando se trata de la impugnación de la filiación por otras causas.

B) El criterio interpretativo que se sigue responde, por otra parte, a un modelo de hermenéusis normativa literal y sistemático, y se ajusta al canon de la razonabilidad y de la lógica. La lectura de lo dispuesto en los artículos 138, 140 y 141 del Código Civil, puestos en relación con los artículos 115, 118, 119 y 120, permite diferenciar los dos cauces impugnatorios, en atención a su diferente objeto y a su diferente causa o motivo de impugnación, que en un caso recae sobre el acto del reconocimiento determinante de la filiación, por vicios del consentimiento, y en otro, sobre la filiación determinada por el reconocimiento. Si la posibilidad de impugnar la filiación matrimonial por causas distintas al reconocimiento inválido por estar viciado el consentimiento –y, en concreto, por falta de veracidad biológica– se desprende con facilidad del artículo 138 del Código Civil, del mismo modo la impugnación de la filiación no matrimonial determinada por reconocimiento, con fundamento en la falta de ajuste a la realidad biológica, tiene cómoda cabida en el artículo 140, que por otra parte no excluye la impugnación del acto del reconocimiento por vicio de consentimiento regulada en el artículo 141, como ésta no excluye la anterior.

Por otro lado, y como se ha dicho, este criterio exegético no conduce a conclusiones ilógicas, por cuanto no supone la inaplicación en todo caso del artículo 141, que contempla una acción impugnatoria con un objeto y causa diferenciada de la del artículo 140, y que mantiene su aplicabilidad aun cuando se trata del error, pues éste, manteniendo su carácter de sustancial e inexcusable, puede recaer sobre circunstancias, tales como la fecha del nacimiento del hijo, que hayan sido determinantes para la prestación del consentimiento, ante la mera posibilidad de la paternidad biológica del reconocedor, sin discutirse la adecuación o falta de adecuación a la realidad biológica.

C) El criterio interpretativo que se sigue es, además, plenamente respetuoso con las exigencias constitucionales. Se respeta, ante todo, la prevalencia de la verdad real sobre la meramente formal o presunta, conforme a los principios informadores de la Ley de 13 de mayo de 1981, y, por encima de ella, del artículo 39 de la Constitución, que asegura la protección integral de los hijos, como también lo hacen en otros ámbitos y con diferente rango otras normas –la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, el

Convenio de La Haya sobre protección del menor, de 29 de mayo de 1993, y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor–, y que clama, como señalan las Sentencias de 30 de enero de 1993, 23 de marzo de 2001 y 27 de mayo de 2004, contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor. Conforme a tales superiores principios, la filiación se entiende como una condición personal definida, de una parte, por el hecho de ser veraz el hijo, y por otra, por el de ser verdadero progenitor; y sólo desde esa concepción de la filiación, y desde la potenciación de los medios jurídicos para determinarla y lograr el acomodo de la realidad formal a la biológica, puede considerarse satisfecha la finalidad protectora del menor y, en suma, el interés también jurídicamente tutelado de la familia, lo que no empece a que del mismo modo se proteja la seguridad y estabilidad familiar y en la detentación del estado civil, sin erigir, empero, los principios informadores del sistema en regla absoluta e ilimitada, equilibrio que desde luego se logra mediante el establecimiento desde la misma norma de los presupuestos de legitimación y el plazo para el ejercicio de las acciones de filiación.

Paralelamente, la exégesis expuesta respeta el principio igualitario y de no discriminación por razón del nacimiento que propugna el artículo 14 de la Constitución, que, por el contrario, se quebraría precisamente de mantener la tesis que propone la parte recurrente, por cuanto supondría establecer causas de impugnación diferentes para la filiación matrimonial determinada por reconocimiento y para la filiación no matrimonial determinada del mismo modo, sin que aparezca justificada semejante diferencia de tratamiento normativo, cuando la jurisprudencia constitucional ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación dentro de la prohibición de no discriminación del artículo 14 de la Constitución (SSTC 7/1994, 74/1997, 67/1998 y 200/2001). Ha de tenerse presente, por otro lado, que conforme ha declarado el Tribunal Constitucional, recogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la Constitución, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como

regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable (SSTC 22/1981, 2/1983, 23/1984, 209/1987, 176/1993, 117/1998, y 200/2001, entre otras muchas). Y, en cuanto a la prohibición de no discriminación, el mismo Alto Tribunal ha declarado que, a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, implica un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione* que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo puede ser utilizada por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (SSTC 126/1998, 209/1988 y 200/2001, y las que en ellas se citan). A la vista de todo ello, ha de decirse que uno y otro principio no se vulnera por el establecimiento de un régimen de legitimación y de plazos para el ejercicio de las acciones de impugnación diferente según se trate de la impugnación del acto del reconocimiento por vicio de la voluntad o de la filiación determinada por éste, habida cuenta de su distinto objeto de impugnación, y diferente causa y

alcance de la invalidez, o según se trate de filiación matrimonial o no matrimonial, determinadas una y otra por reconocimiento, y mediando en esta última posesión de estado, pues considera esta Sala que, examinada la diferente regulación desde el canon de legitimidad constitucional, supera las exigencias de razonabilidad y de proporcionalidad que éste impone, apreciándose en esos casos de filiación no matrimonial una situación y circunstancias distintas de la filiación matrimonial –y buena muestra de ello es la diferenciación legal que se hace de una y otra, y sobre la que no pesa tacha alguna de inconstitucionalidad– que se convierten en razones objetivas para justificar, dentro de la libertad de que dispone el legislador, una mayor amplitud en la legitimación y en el plazo de ejercicio de la acción de filiación, sin que, en fin, quepa apreciar la vulneración de la prohibición de no discriminación, en este caso por razón de nacimiento, cuando la aplicación de semejante régimen jurídico sirve para lograr la finalidad, también enraizada en principios constitucionales, de establecer la verdad biológica en la filiación; razones todas ellas por las que, en definitiva, esta Sala no considera procedente el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad alguna respecto del artículo 140 del Código Civil.

Procede, en consecuencia, desestimar los dos motivos de impugnación del recurso, y, por ende, desestimar este mismo.

ALIMENTOS

Suspensión de la obligación alimenticia del padre cuando la hija, de quince años de edad, se había convertido en deportista profesional, disfrutando de una beca de la Federación Española de Gimnasia que le daba derecho a la suma de 851,43 euros mensuales para atender sus gastos personales y, además, corriendo por cuenta de dicho organismo los gastos de alojamiento, manutención y derivados de la práctica deportiva durante su estancia en Madrid.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Luis Carlos interpuso demanda de divorcio contra doña Gema solicitando que se dictase sentencia por la que se declare disuelto por divorcio el matrimonio, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración, acordando el mantenimiento de las medidas definitivas que se acorda-

ron en el procedimiento de separación a excepción de la pensión de alimentos de la menor Soledad, la que se deberá de dejar sin efecto.

⊙ Admitida a trámite la demanda, la demandada contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: «... dictar en su día sentencia en la que se declare la disolución del matrimonio por divorcio con todos los efectos legales inherentes a esta declaración, y desestimando la medida de supresión de la pensión alimenticia de Soledad solicitada en la demanda».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valladolid dictó Sentencia el 16 de marzo de 2004 declarando el divorcio y acordando como medidas que regulan la nueva situación las mismas medidas que las fijadas en la separación con la actualización que corresponda conforme lo allí establecido, y todo ello en cuanto sean compatibles con el pronunciamiento de divorcio, y con suspensión de la obligación de pago de alimentos de la hija mayor mientras continúe su actividad de deportista de élite, extinguiéndose dicha pensión al alcanzar la mayoría de edad si continuase, en ese momento, con su actividad deportiva de élite.

⊙ En grado de apelación la Sec. 1.ª de la AP de Valladolid dictó Sentencia el 11 de octubre de 2004 desestimando el recurso.

⊙ Doña Gema interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso de casación objeto de enjuiciamiento ha sido admitido por presentar interés casacional en la modalidad de oposición a la doctrina de esta Sala, y en él se cuestiona únicamente la decisión adoptada por el órgano de apelación, confirmatoria del pronunciamiento de primera instancia, de dejar en suspenso la pensión alimenticia establecida a favor de la hija menor del matrimonio en la sentencia de separación durante el tiempo en que la beneficiaria perciba la beca que le fue reconocida por la Federación Española de Gimnasia con posterioridad a la sentencia de separación, y con anterioridad al pleito de divorcio del que trae causa el actual recurso.

Analizando los antecedentes del pleito se observa que el padre de la menor, parte recurrida en casación, presentó demanda de divorcio contencioso interesando la disolución del vínculo matrimonial y la ratificación de las medidas definitivas acordadas en la Sentencia de separación de fecha 7 de noviembre de 2001 —de conformidad con el convenio regulador presentado al efecto— «a excepción de la pensión de alimentos de la menor, Soledad, la que se deberá dejar sin efecto» en atención a circunstancias sobrevenidas a la separación judicial, en concreto, que la hija, entonces de 15

años de edad, se había convertido en deportista profesional, disfrutando de una beca de la Federación Española de Gimnasia que le daba derecho a la suma de 851,43 euros mensuales para atender sus gastos personales y además, corriendo por cuenta de dicho organismo los gastos de alojamiento, manutención y derivados de la práctica deportiva durante su estancia en Madrid (Ciudad Universitaria de INEF). A Dicha pretensión se opuso la demandada, hoy recurrente, aduciendo, en síntesis, que la pensión de su hija debía mantenerse por no tener los ingresos de la menor un carácter regular y permanente, estando la percepción de la beca sujeta al rendimiento deportivo de la beneficiaria y al cumplimiento de los objetivos que en cada momento fijara la Federación, que podrían no ser alcanzados ante la eventualidad de una lesión.

La Sentencia de primera instancia resuelve la cuestión que nos ocupa diciendo que no procede la supresión de la pensión, como había solicitado el actor, pero sí la suspensión de la misma «en tanto permanezca la minoría de edad y el actual modo de vida de la menor», pues tal modo de vida, que implica que la hija pueda disfrutar de una beca deportiva que da cobertura a sus necesidades, ha sido consentido por ambos progenitores. La Audiencia rechaza

el recurso de la madre y confirma la resolución apelada, razonando en cuanto a la cuestión objeto de impugnación en casación, que, no cuestionándose en el pleito la realidad de la asignación económica ni su cuantía «de importancia para una persona de la edad de la hija del matrimonio», y siendo también indiscutible que además de tal asignación económica, la menor tiene «cubiertos de forma casi total durante el año los gastos de alimentación y alojamiento», a cargo del organismo federativo correspondiente, está justificada la suspensión (no suspensión) de la pensión reconocida durante el tiempo en que subsistan esas mismas circunstancias.

Contra dicha sentencia se interpone por la demandada doña Gema, madre de la menor, recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC 2000, esto es, por existencia de interés casacional, el cual se afirmaba concurrente tanto en la modalidad de oposición a la jurisprudencia de esta Sala como en la de doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales, si bien en trámite de admisión se declaró no justificado en fase preparatoria este último, admitiéndose el recurso, con base en la infracción de los artículos 39.3 de la Constitución Española y 110, 154 y 142 del Código Civil, únicamente por existencia de interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo atinente al régimen aplicable a los alimentos de menores de edad (Sentencias de 5 de octubre de 1993 y 16 de julio de 2002) y a la naturaleza de la actividad que permite el cese de la prestación alimenticia a cargo del progenitor (Sentencias de 11 de noviembre de 1984, 10 de julio de 1979, 9 de diciembre de 1972 y 31 de diciembre de 1942).

Según la tesis casacional esgrimida por la parte recurrente, la sentencia impugnada infringe los artículos 39.3 de la Constitución Española y 110, 154 y 142 del Código Civil, concretándose el interés que se invoca en el hecho de que la decisión de suspender el percibo de la pensión alimenticia por razón de la beca asignada a la menor resulta contraria:

a) en primer lugar, a la doctrina de esta Sala plasmada en las Sentencias de 5 de octubre de 1993 y 16 de julio de 2002, que diferencia entre la obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos menores y a los mayores de edad, y que, respecto de los menores, viene a señalar que tal obligación, inherente a la patria potestad, no ha de verse afectada por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes, procediendo en consecuencia su reconocimiento y mantenimiento con independencia de la concreta situación de necesidad del receptor;

b) en segundo lugar, a la doctrina sentada en Sentencias de 11 de noviembre de 1984, 10 de julio

de 1979, 9 de diciembre de 1972 y 31 de diciembre de 1942 que exige para el cese de la obligación de alimentos el ejercicio de una profesión permanente, de posibilidad concreta y eficaz según las circunstancias, no siendo bastante para decretar el cese de la prestación alimenticia la acreditación de una mera capacidad subjetiva, ni la percepción de una beca de estudios, que no tiene la consideración de ingreso permanente y que, según se alega, está condicionada al rendimiento deportivo.

Visto su planteamiento, el recurso es desestimado por el Tribunal Supremo.

Por lo que respecta al primero de los argumentos debe decirse que ciertamente esta Sala, a raíz de la Sentencia de 5 de octubre de 1993, partiendo de que la propia norma constitucional (artículo 39.2) distingue entre la asistencia debida a los hijos «durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda», ha seguido el criterio de considerar que el tratamiento jurídico de los alimentos del hijo menor de edad «presenta una marcada preferencia» respecto al régimen regulador de los alimentos entre parientes (Título VI del Libro Primero del Código Civil) aunque también ha dicho que ello no conlleva que se tenga que descartar de modo absoluto la aplicación de las normas de este último a los menores. Tal preferencia encuentra justificación en que la obligación de dar sustento a los hijos menores es un deber incardinado en la patria potestad, derivado de la relación paterno-filial (artículo 110 del Código Civil), resultando de ello que la prestación alimenticia a los hijos menores no ha de verse afectada «por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados». La consecuencia de lo anterior no puede ser otra que la subsistencia de la obligación de prestar alimentos a hijos menores de manera incondicional aun en el caso de que el hijo tenga sus necesidades cubiertas por sus propios medios, y así debe entenderse la doctrina que se dice vulnerada, que descarta que las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes —entre las que se encuentran sin duda las causas de cesación de la prestación alimenticia previstas en el artículo 152 CC— sean causa de cesación de la prestación debida al hijo menor, precisamente por derivar el derecho del menor directamente del hecho de la generación. Pero, y esto es lo relevante para rechazar la existencia del interés casacional que se aduce, cuando el menor, como es el caso, tiene ingresos propios, estimados, según las circunstancias del caso, de entidad suficiente para subvenir completamente sus necesidades de alimentación, vestido, alojamiento y educación, nada obsta a que

la prestación alimenticia pueda, no cesar, pero sí suspenderse en su percepción, que fue lo que se decidió en ambas instancias durante el tiempo en que se mantuvieran dichas circunstancias. Ni la Sentencia de 5 de octubre de 1993 ni la posterior, también citada, de 16 de julio de 2002, se manifiestan en contra de la suspensión de la pensión, pues la primera toma en consideración el carácter ineludible de la prestación a cargo del progenitor para ratificar su mantenimiento por no concurrir causa de imposibilidad que justificara que fuera relevado de su obligación, lo que nada tiene que ver con el presente supuesto, y la de 16 de julio de 2002 abunda en la idea del distinto régimen aplicable a los alimentos, según se deban a menores o a mayores de edad y demás parientes, tomando en cuenta esa distinción para aplicar con flexibilidad, en interés del menor, el criterio de la proporcionalidad plasmado en los artículos 146 y 147 del CC, pero sin excluirlo, y por tanto, sin que tal doctrina impida al órgano judicial valorar la concreta situación de necesidad del alimentista a la hora de decretar, no el cese, pero sí la suspensión de la percepción de la pensión.

En cuanto al segundo argumento, que plantea la necesidad de que los ingresos se vinculen al ejercicio permanente de una profesión y oficio, sin que baste la mera capacidad subjetiva, también se encuentra abocado al fracaso pues ofrece la recu-

rrente, como punto de partida, una visión fáctica alejada de los hechos que tiene por probados el tribunal de apelación, en la medida que la Audiencia no considera que estemos ante una simple beca de educación «en sentido literal y estricto del término», sino ante una prestación más amplia, que no solamente cubre de modo casi total durante el año las necesidades de la menor relacionadas con su alojamiento y manutención —de cuyos gastos se hace cargo directamente la Federación, incluyendo los vinculados a la práctica deportiva—, sino que supone además la existencia de unos ingresos mensuales en metálico «de importancia para una persona de la edad de la hija», suficientes para cubrir las restantes necesidades de tipo personal, convirtiendo en innecesaria para los mismos fines la prestación económica a cargo del padre en tanto subsista la situación de la menor. No se olvide que el *status* de la menor ha sido mutuamente aceptado por ambos progenitores, y por la propia interesada, teniendo así la suspensión de la pensión cabida en las desventajas ligadas a una decisión adoptada en el ámbito de la libertad y autonomía del individuo, quien ha optado por un modelo de vida que le satisface, incluso en el plano económico, más que lo que le incomoda la no percepción de la pensión alimenticia a cargo de su padre.

VIVIENDA FAMILIAR

Estimación de la demanda de desahucio por precario interpuesta por los padres del esposo —usufructuarios del inmueble—, contra la esposa a quien se le había atribuido judicialmente el uso en el procedimiento de separación matrimonial.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Pedro Miguel y doña Valentina, usufructuarios de la vivienda sita en ..., cedieron gratuitamente el uso de dicha vivienda a su hijo y a la esposa de éste para que constituyeran en ella el hogar conyugal y familiar. Éstos ocuparon la vivienda, conforme al destino para el que había sido cedida, hasta que sobrevino la crisis matrimonial, a consecuencia de la cual le fue atribuida a la esposa y a los hijos menores de edad su uso y disfrute por resolución recaída en el procedimiento de separación.

- ⊙ Don Pedro Miguel y doña Valentina interpusieron juicio verbal de desahucio por precario contra doña Rita, solicitando que se dictase sentencia por la que dando lugar a la acción de desahucio, se condene a la demandada a que desaloje y deje libre y a disposición de los actores la vivienda sita en ..., dentro del término legal, bajo los apercibimientos legales y con expresa condena en costas a la demandada, dejándose expedita la vía para la ejecución pertinente.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada, se contestó ésta, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... se dicte sentencia por la que se absuelva a mi patrocinado de las pretensiones contra él formuladas, imponiéndose al demandante las costas causadas en el procedimiento».
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de los de Alcoy dictó Sentencia con fecha 27 de enero de 2003 desestimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 5.^a de la AP de Alicante dictó Sentencia el 12 de noviembre de 2003 desestimando el recurso interpuesto por los actores.
- ⊙ Don Pedro Miguel y doña Valentina interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo declarando haber lugar a la acción de desahucio por precario.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El tribunal de instancia, siguiendo el criterio mantenido en casos anteriores, califica la relación jurídica entre las partes de comodato, atendiendo a la circunstancia de que la cesión del uso de la vivienda al matrimonio se hizo, no para que pudieran los actores reclamarla a su voluntad en cualquier momento, sino durante cierto tiempo, que normalmente se prolongaría hasta que el matrimonio contara con los recursos suficientes para costear la adquisición de otra vivienda en propiedad, o hasta que surgiese una situación de necesidad similar que hiciese necesaria la desocupación. Considera el tribunal sentenciador que dicho período de tiempo no puede entenderse transcurrido en el caso de autos, ya que en la demanda ni siquiera se alegó por los actores una situación de necesidad, y concluye, en línea con lo resuelto en casos similares anteriores, que la actuación de éstos es contraria a la buena fe, «pues se consigue un beneficio para el hijo al seguir permitiendo el uso de la vivienda para, una vez obtenida la sentencia de separación, pretender cambiar esa situación fáctica que sirvió de base para que la separación se conviniera en esos términos, máxime cuando no se ha acreditado ningún cambio en las circunstancias que indicaran una necesidad imperiosa de la vivienda en cuestión».

Los demandantes han interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Pro-

vincial por la vía del ordinal tercero del apartado segundo del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Fundamentan los recurrentes el interés casacional alegado en la oposición de la resolución impugnada a la jurisprudencia de esta Sala, concretamente la contenida en las sentencias de 21 de julio de 1994, 31 de diciembre de 1994 y de 21 de mayo de 2000, conforme a la cual la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, sino sólo proteger el que la familia ya tenía, de modo que quienes ocupan la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia. De igual modo, se alega la presencia del interés casacional por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación con la cuestión objeto de debate. Como normas aplicables infringidas, se citan los artículos 1282, 1289, 1749 y 1750 del Código Civil.

El recurso de casación que se examina suscita el problema, por lo demás bastante frecuente, y que esta Sala ha tenido ocasión de abordar al resolver otros recursos de casación análogos, consistente en la procedencia de la reclamación por su propietario de la vivienda que ha cedido sin título concreto y

de forma gratuita a un hijo, para su uso como hogar conyugal o familiar, cuando posteriormente el vínculo conyugal se rompe y el uso y disfrute de la vivienda se atribuye por resolución judicial a uno de los cónyuges.

Tal y como se indicaba en las sentencias que resolvieron aquellos anteriores recursos, la controversia se ciñe, ante todo, a la concreción del título que legitima al hijo o hija para poseer el inmueble, y se complica con la determinación de la eficacia de la resolución judicial que confiere, una vez roto el vínculo conyugal, el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como domicilio familiar, a uno de los cónyuges, que opone dicho derecho frente al demandante del desahucio por precario.

Se ha de tener a la vista la fundamentación jurídica y el fallo de la Sentencia de esta Sala de fecha 2 de octubre de 2008, en donde se fija la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual ha de decidirse la controversia. Conforme a la misma, la cuestión controvertida debe resolverse, ante todo, mediante la comprobación de la existencia de un contrato entre las partes, y particularmente, de un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto y determinado, que faculta al comodante para reclamar la cosa prestada únicamente cuando ha transcurrido dicho plazo o ha concluido el uso para el que se prestó, excepción hecha de los casos en que tuviere la urgente necesidad de ella (artículo 1749 del Código Civil). Si existe el préstamo de uso, han de aplicarse las normas reguladoras de la figura negocial; de lo contrario, se ha de considerar que la situación jurídica es la propia de un precario, estando legitimado el propietario o titular de la cosa cedida para reclamarla a su voluntad. Ciertamente, en la cesión de una vivienda a un hijo para que constituya en él el hogar conyugal o familiar, pueden apreciarse las notas caracterizadoras del préstamo de uso; pero para ello es preciso que tales elementos –la concreción y determinación del uso al que se destina el inmueble, en ese caso, para subvenir las necesidades familiares y facilitar un lugar destinado a servir de vivienda o domicilio conyugal y familiar– aparezcan con claridad, y que los hechos sean reveladores de que el uso para el que se cede la cosa se encuentra definido más allá del que es propio de la cosa genérica, e incluso específicamente considerada –*in casu*, servir de morada o residencia–, lo que no empece a que puedan inferirse de las circunstancias fácticas del caso –Sentencias de 26 de diciembre de 2005 y de 2 de octubre de 2008–. Paralelamente, se debe considerar que cuando desaparece el uso concreto y determinado al que se ha destinado la cosa –lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal–, y el propietario o titular de la cosa no la reclama, la situación de quien la posee

es la propia de un precarista –Sentencias de 26 de diciembre de 2005 y de 2 de octubre de 2008–; y, en fin, que la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio, en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda –Sentencia de 31 de diciembre de 1994, cuya doctrina se recoge en las de 26 de diciembre de 2005 y de 2 de octubre de 2008–.

En el caso examinado el tribunal de instancia ha apreciado la concurrencia de un uso concreto y determinado en la cesión de la vivienda, a saber, su utilización como domicilio familiar mientras el matrimonio no contase con los recursos suficientes para costear la adquisición de otra vivienda, o hasta que surgiese una situación de necesidad familiar que hiciese necesaria la desocupación. Consecuentemente, consideró que la relación jurídica entre cedentes y cesionarios era la propia de un contrato de préstamo de uso, que no permitía al comodante reclamar la cosa prestada sino en el momento en que concluyese el uso al que había sido destinada, lo cual no había tenido lugar.

No obstante tal apreciación, cuya base fáctica, desde luego, resulta inatacable en esta sede, la decisión de la Audiencia no se puede mantener, pues sus conclusiones se oponen a la doctrina jurisprudencial que ha quedado expuesta. Si bien es posible reconocer en las circunstancias en que se produjo la cesión los elementos característicos de un préstamo de uso, delimitado precisamente por la asignación del destino de servir de morada familiar y de subvenir de ese modo las necesidades de la familia, se ha de convenir, empero, en línea con el criterio jurisprudencial expuesto, que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precarista, que es la que, en cualquier caso, se da cuando, por cesar la convivencia conyugal, desaparece el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida. Y esta situación no se ve afectada por la atribución judicial a la esposa demandada del derecho de uso y disfrute de la vivienda en su condición de vivienda familiar, pues, tal y como se ha indicado, semejante declara-

ción jurisdiccional no conforma un derecho nuevo, ni confiere mayor vigor jurídico que el correspondiente al precario, que pueda oponerse eficazmente frente a un tercero en la relación y en el proceso matrimonial que pretende, contando con título jurídico bastante para ello, la recuperación posesoria del inmueble.

La consecuencia de todo lo anterior es que ha de estimarse el recurso de casación examinado, como ya se ha dicho reiterando los criterios jurisprudenciales fijados en la Sentencia de 2 de octubre de 2008, con los que, por ende, se pone fin a la contradicción existente entre la doctrina de las Au-

diencias Provinciales a la hora de abordar el examen de la cuestión que es también aquí objeto de debate. Se debe, por lo tanto, casar y anular la sentencia recurrida, revocando al mismo tiempo la sentencia del Juzgado para, ya en funciones de instancia, y por el efecto positivo de jurisdicción, estimar la demanda, declarando haber lugar al desahucio de la demandada, doña Rita, de la vivienda sita en el piso sexto izquierda del edificio de la CALLEooo, número NÚMoor, de Alcoy, condenándola a que la desaloje y deje libre dentro del término legal, con el apercibimiento de hacerlo a su costa, si no lo hiciese voluntariamente en el plazo establecido.

VIVIENDA FAMILIAR

Procedencia de la reclamación del propietario o titular de una vivienda cedida a un hijo para su utilización como domicilio conyugal o familiar, cuyo uso y disfrute ha sido concedido a uno de los cónyuges, cuando se ha roto la convivencia marital o conyugal.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Serafín construyó una vivienda en la parcela de su propiedad sita en la Avenida de Cádiz del término municipal de Chipiona, y posteriormente cedió su uso a su hijo y su nuera doña Cecilia cuando éstos contrajeron matrimonio para que les sirviera de domicilio familiar. El matrimonio, que tuvo un hijo, decidió separarse tras ocho años de convivencia, atribuyéndose a la esposa e hijo el uso del domicilio familiar. Al poco tiempo de haberse dictado la sentencia de separación, el propietario del inmueble requirió a su todavía nuera para que desalojase la vivienda, ofreciéndole otra por período limitado de cuatro años, proposición que ésta no aceptó.
- ⊙ Don Serafín interpuso demanda de desahucio por precario contra doña Cecilia, solicitando que se dictase sentencia por la que «se decrete el desahucio de la vivienda que ocupa».
- ⊙ Admitida a trámite la demanda por Auto de fecha 7 de enero de 2004, se señala día para la celebración de la Vista.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de los de Sanlúcar de Barrameda dictó Sentencia con fecha 22 de abril de 2004 desestimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Cádiz dictó Sentencia el 21 de septiembre de 2004 estimando el recurso interpuesto por don Serafín y declarando haber lugar a la acción de desahucio por precario.
- ⊙ Doña Cecilia interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Después de recoger los diferentes criterios seguidos por las Audiencias Provinciales a la hora de resolver la misma cuestión que es objeto de controversia, el tribunal de instancia consideró, en síntesis, que en el caso contemplado la posición de la demandada era la de mera precarista o de comodataria en un contrato en el que no se había pactado un uso específico y determinado de la cosa cedida, lo que habilitaba al actor para reclamar a su voluntad la recuperación posesoria del inmueble, máxime cuando en el caso examinado los intereses familiares quedaban preservados con el ofrecimiento por su parte de una vivienda alternativa.

La demandada ha formulado recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, fundamentando el recurso en la existencia de interés casacional, que predica respecto de tres infracciones normativas, las cuales dan lugar a otros tantos motivos de impugnación, todos ellos, empero, entrelazados y complementarios unos de los otros, orientados en definitiva a desvirtuar la existencia de la situación de precario apreciada por el tribunal de instancia. Se denuncia, de este modo, la infracción del artículo 7.1 y 2 del Código Civil, en particular, la vulneración del principio de la buena fe en el ejercicio de los derechos y la prohibición de ir en contra de los propios actos; la infracción de los artículos 1749, 1750 y 432 del Código Civil, en relación con el artículo 7.1 del mismo cuerpo legal; y por último, la vulneración del artículo 96.1 del Código Civil, en relación con el artículo 39.1 y 2 de la Constitución, y con el artículo 7.1 del Código Civil.

El recurso debe ser desestimado.

En efecto, la respuesta que debe darse a la denuncia casacional, conjuntamente considerada, debe tener como guía el criterio establecido por la Sentencia de esta Sala de 2 de octubre de 2008, que fija las pautas interpretativas y de aplicación que sirven para resolver la cuestión, por lo demás, frecuente, consistente en la procedencia de la reclamación del propietario o titular de una vivienda cedida a un hijo para su utilización como domicilio conyugal o familiar, cuyo uso y disfrute ha sido concedido a uno de los cónyuges, cuando se ha roto la convivencia marital o conyugal.

Debe rechazarse, ante todo, la infracción del principio de la buena fe en el ejercicio de los derechos y la vulneración del principio de vinculación a los actos propios que la recurrente alega en el primer motivo del recurso. En modo alguno puede considerarse que el hecho de que el actor hubiera cedido la vivienda en cuestión para que su hijo y

su nuera la ocupasen, una vez casados, es definitorio de una situación jurídica —en rigor, la propia de un préstamo de uso—, más que en el planteamiento que propone la propia parte recurrente. Si se analiza con detenimiento su razonamiento, en realidad, el efecto vinculante derivaría, más que de una actuación precedente, de la existencia de una relación jurídica, la del contrato de comodato, cuyos elementos caracterizadores se revelarían de un modo más o menos explícito de esos actos anteriores. Lo que sucede es que faltan aquí las circunstancias que permiten calificar la situación de hecho como la propia de un préstamo de uso, pues el que se refiere a la vivienda cedida carece de las notas de concreción y determinación que caracterizan el comodato frente a una situación de mero precario; de suerte que ni el hecho en sí mismo de haber cedido la vivienda para su uso por el matrimonio sirve para definir los derechos y obligaciones propios de una relación de comodato, ni ésta se infiere de tal hecho, cuando no se ha concretado y determinado el uso específico de la vivienda cedida, más allá del genérico que le es propio de servir de morada o lugar de residencia. Y tampoco puede afirmarse la mala fe del actor en el ejercicio de su derecho, cuando no hace sino pretender su eficacia, una vez definida correctamente la relación jurídica existente entre las partes, sin ninguna intención lesiva, como lo demuestra el hecho de haber ofrecido a la demandada otra vivienda donde residir con el hijo común del matrimonio, proposición que, sin embargo, fue rechazada por ésta.

Lo que se acaba de exponer da pie para rechazar las restantes infracciones normativas en torno a las cuales se construye la denuncia casacional. La cuestión controvertida debe resolverse, ante todo, mediante la comprobación de si ha existido o no un contrato entre las partes, y particularmente, un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto y determinado. Si existe, han de aplicarse las normas reguladoras de la figura negocial; de lo contrario, se ha de considerar que la situación jurídica es la propia de un precario, estando legitimado el propietario o titular de la cosa cedida para reclamar su posesión. Ciertamente, en la cesión de una vivienda a un hijo para que constituya en él el hogar conyugal o familiar, pueden apreciarse las notas caracterizadoras del préstamo de uso; pero para ello es preciso que tales elementos aparezcan con claridad, y los hechos sean reveladores de que el uso para el que se cede la cosa se encuentra definido por encima del que es propio de la cosa genérica, e incluso específicamente con-

siderada, lo que no empece a que puedan inferirse de las circunstancias fácticas del caso (Sentencias de 26 de diciembre de 2005 y de 2 de octubre de 2008). Paralelamente, se debe considerar que cuando desaparece el uso concreto y determinado al que se ha destinado la cosa –lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal–, y el propietario o titular de la cosa no la reclama, la situación de quien la posee es la propia de un precarista (Sentencias de 26 de diciembre de 2005 y de 2 de octubre de 2008); y, en fin, que la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio, en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible frente a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda (Sentencia de 31 de diciembre de 1994,

cuya doctrina se recoge en las de 26 de diciembre de 2005 y de 2 de octubre de 2008).

El tribunal de instancia no ha apreciado en el caso examinado la concurrencia de un uso concreto y determinado en la vivienda cedida, distinto del propio y genérico de servir de hogar, residencia o domicilio conyugal y familiar. Semejante apreciación, con la valoración que conlleva, debe ser respetada en esta sede, y sitúa a la demandada en la posición de precarista, al carecer de título hábil para justificar la posesión del inmueble; título que, en cualquier caso, habría de considerarse desaparecido tras la ruptura de la convivencia conyugal, y que no se adquiere, a los efectos de enervar el desahucio por precario, por la atribución judicial del uso y disfrute de la vivienda, en la medida en que no modifica aquella situación posesoria, ni, como se acaba de decir, es oponible frente a quien es tercero respecto de los cónyuges, y que, por tener título bastante, está legitimado para pedir que se ponga fin a la misma.

La sentencia recurrida, por lo tanto, no ha infringido los preceptos invocados, ni se opone a la jurisprudencia de esta Sala, habiéndose resuelto desde la repetida Sentencia de 2 de octubre de 2008 la contradicción existente entre las Audiencias Provinciales, por lo que el recurso, en todos sus motivos de impugnación, debe ser desestimado.

VIVIENDA FAMILIAR

La Audiencia Provincial consideró que la relación jurídica entre cedentes y cesionarios era la propia de un contrato de préstamo de uso, que no permitía al comodante reclamar la cosa prestada sino en el momento en que concluyese el uso al que había sido destinada, lo cual no había tenido lugar, pero el Tribunal Supremo consideró que la relación jurídica es propia de un precario y acordó el desahucio.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.^a, SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Juan María y su compañera sentimental, doña Valentina, residían junto con sus tres hijos en la vivienda sita en la AVENIDAoooo, número NÚMooo, NÚMoor NÚMoo2, de Alicante, que era propiedad de los padres del primero, don Iván y doña Victoria, quienes les habían cedido de forma gratuita el piso para evitar que la familia tuviera que afrontar el pago de la renta de la vivienda que ocupaban tras quedar ambos en situación de desempleo.

- ⊙ Como consecuencia de la crisis de convivencia que atravesó la pareja, doña Valentina hubo de abandonar la vivienda de forma precipitada, pasando a residir en diversas casas de acogida en Alicante, Barcelona y Málaga, hasta que, transcurridos unos meses, regresó al domicilio familiar, en el que había dejado todos sus enseres y los de sus hijos. Mediante sentencia recaída en procedimiento sobre guarda y custodia y alimentos en favor de los hijos menores de la pareja, se atribuyó a doña Valentina el uso de la vivienda y ajuar familiar.
- ⊙ Don Iván interpuso demanda de desahucio por precario contra doña Valentina y don Juan María, solicitando «se dicte sentencia por la que se declare haber lugar al desahucio por precario de los demandados, don Juan María y doña Valentina, condenando a los mismos a dejar libre, vacua y expedita la vivienda que ocupan sita en la AVENIDA000 NÚM000, NÚM001 NÚM002 de esta ciudad a disposición del actor dentro del plazo legal bajo los apercibimientos legales de lanzamiento, si así no lo hicieran en el expresado término, y con imposición de todas las costas causadas a los demandados».
- ⊙ Admitida a trámite la demanda, la demandada doña Valentina contestó a ésta solicitando su desestimación y declarándose en situación de rebeldía al otro demandado don Juan María.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alicante dictó Sentencia el 17 de octubre de 2003 estimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 5.^a de la AP de Alicante dictó Sentencia el 21 de mayo de 2004 estimando el recurso interpuesto por doña Valentina y desestimando la demanda de desahucio.
- ⊙ Don Iván interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada, y, revocando la sentencia del Juzgado, desestimó la demanda. Este tribunal, siguiendo el criterio mantenido en casos anteriores, califica la relación jurídica entre las partes de comodato, atendiendo a la circunstancia de que la cesión del uso de la vivienda a la pareja se hizo para que constituyera el hogar familiar de la pareja y sus hijos, y tal finalidad y destino se mantuvo tras la crisis de convivencia de ésta, de manera que, tratándose de un préstamo de uso, el comodante no podía reclamar la vivienda a su voluntad, sino cuando cesara el uso concreto y determinado al que estaba destinada, que normalmente se prolongaría hasta que la pareja contara con recursos suficientes para costear otra vivienda en propiedad, o hasta que surgiese una situación de necesidad similar, como, por ejemplo, el nuevo matrimonio del hijo de los propietarios. Insiste la Sala de instancia que la situación de precariedad económica de la familia no había desaparecido,

sino que, por el contrario, subsistía tras la ruptura de la pareja, por lo que el actor no podía reclamar la restitución de la posesión de la vivienda, al no haber cesado el uso para el que fue cedida, y al no haber justificado, ni siquiera alegado, razón alguna de urgencia o necesidad.

El demandante ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial por la vía del ordinal tercero del apartado segundo del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Fundamenta el recurrente el interés casacional alegado en la oposición de la resolución impugnada a la jurisprudencia de esta Sala, concretamente la contenida en las Sentencias de 21 de mayo de 1990, 21 de julio de 1994 y 31 de diciembre de 1994, conforme a la cual la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, sino sólo

proteger el que la familia ya tenía, de modo que quienes ocupan la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia. De igual modo, se alega la presencia del interés casacional por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación con la cuestión objeto de debate.

Esta Sala, al resolver otros recursos de casación análogos, ha tenido ocasión de abordar el problema, por lo demás, bastante frecuente en la práctica, consistente en la procedencia de la reclamación por su propietario de la vivienda que ha cedido sin título concreto y de forma gratuita a un hijo, para su uso como hogar conyugal o familiar, cuando posteriormente el vínculo conyugal o de convivencia se rompe y el uso y disfrute de la vivienda se atribuye por resolución judicial a uno de los cónyuges o convivientes.

Tal y como se indicaba en las sentencias que resolvieron aquellos anteriores recursos, la controversia se ciñe, ante todo, a la concreción del título que legitima al hijo o hija para poseer el inmueble, y se complica con la determinación de la eficacia de la resolución judicial que confiere, una vez roto el vínculo conyugal o de convivencia, el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como domicilio familiar, a uno de los cónyuges o convivientes, que opone dicho derecho frente al demandante del desahucio por precario.

Para resolver la cuestión objeto del debate se debe tener a la vista la fundamentación jurídica y el fallo de la Sentencia de esta Sala de fecha 2 de octubre de 2008 (recurso de casación núm. 1745/2003), donde se fija la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual ha de decidirse la controversia. Conforme a la misma, y como se expone en las sentencias que, aplicándola, han resuelto los anteriores recursos de casación análogos, se ha de comprobar, ante todo, si existe o no un contrato entre las partes, y particularmente, un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto y determinado, que faculta al comodante para reclamar la cosa prestada únicamente cuando ha transcurrido dicho plazo o ha concluido el uso para el que se prestó, excepción hecha de los casos en que tuviere la urgente necesidad de ella (artículo 1749 del Código Civil). Si existe el préstamo de uso, han de aplicarse las normas reguladoras de la figura negocial; de lo contrario, se ha de considerar que la situación jurídica es la propia de un precario, estando legitimado el propietario o titular de la cosa cedida para reclamarla a su voluntad. Ciertamente, en la cesión de una vivienda a un hijo para que constituya en él el hogar conyugal o fami-

liar, pueden apreciarse las notas caracterizadoras del préstamo de uso; pero para ello es preciso que tales elementos –la concreción y determinación del uso al que se destina el inmueble, en ese caso, para subvenir las necesidades familiares y facilitar un lugar destinado a servir de vivienda o domicilio conyugal y familiar– aparezcan con claridad, y que los hechos sean reveladores de que el uso para el que se cede la cosa se encuentra definido más allá del que es propio de la cosa genérica, e incluso específicamente considerada –*in casu*, servir de morada o residencia–, lo que no empece a que puedan inferirse de las circunstancias fácticas del caso (*vid.* Sentencias de 26 de diciembre de 2005 y de 2 de octubre de 2008 –recurso de casación núm. 1745/2003–). Paralelamente, se debe considerar que cuando desaparece el uso concreto y determinado al que se ha destinado la cosa –lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal–, y el propietario o titular de la cosa no la reclama, la situación de quien la posee es la propia de un precarista (Sentencias de 26 de diciembre de 2005 y de 2 de octubre de 2008 –recurso de casación núm. 1745/2003–); y, en fin, que la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio, en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda (Sentencia de 31 de diciembre de 1994, cuya doctrina se recoge en las de 26 de diciembre de 2005 y de 2 de octubre de 2008 –recurso de casación núm. 1745/2003–).

En el caso examinado el tribunal de instancia ha apreciado la concurrencia de un uso concreto y determinado en la cesión de la vivienda, a saber, su utilización como domicilio familiar mientras la pareja no contase con los recursos suficientes para costear la adquisición de otra vivienda, o hasta que surgiese una situación de necesidad familiar que hiciese necesaria la desocupación. Consecuentemente, consideró que la relación jurídica entre cedentes y cesionarios era la propia de un contrato de préstamo de uso, que no permitía al comodante reclamar la cosa prestada sino en el momento en que concluyese el uso al que había sido destinada, lo cual no había tenido lugar.

No obstante tal apreciación, cuya base fáctica, desde luego, permanece inalterada en esta sede, la decisión de la Audiencia no se puede mantener, pues sus conclusiones se oponen a la doctrina jurisprudencial que ha quedado expuesta. Aunque se admita la posibilidad de reconocer en las circunstancias en que se produjo la cesión los elementos característicos de un préstamo de uso, delimitado precisamente por la asignación del destino de servir de morada familiar y de subvenir de ese modo las necesidades de la familia, se ha de convenir, empero, en línea con el criterio jurisprudencial expuesto, que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precarista, que es la que, en cualquier caso, se da cuando, por cesar la convivencia conyugal, desaparece el uso concreto y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida. Y esta situación, debe añadirse, no se ve afectada por la atribución judicial a la demandada del derecho de uso y disfrute de la vivienda en su condición de vivienda familiar, pues, tal y como se ha indicado, semejante declaración jurisdiccional no conforma un derecho nuevo, ni confiere mayor vigor jurídico que el correspondiente al precario, que pueda oponerse eficazmente frente a un tercero en la re-

lación y en el proceso matrimonial que pretende, contando con título jurídico bastante para ello, la recuperación posesoria del inmueble.

La consecuencia de todo lo anterior es que ha de estimarse el recurso de casación examinado, reiterando los criterios jurisprudenciales fijados en la Sentencia de 2 de octubre de 2008 –recurso de casación núm. 1745/2003–, con los que, por ende, se pone fin a la contradicción existente entre la doctrina de las Audiencias Provinciales a la hora de abordar el examen de la cuestión que es también aquí objeto de debate. Se debe, por lo tanto, casar y anular la sentencia recurrida, para, ya en funciones de instancia, y por el efecto positivo de jurisdicción, confirmar el fallo de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alicante, recaída en el juicio verbal de desahucio por precario número 547/2003, por la que, estimándose íntegramente la demanda interpuesta por don Iván contra doña Valentina y don Juan María, se declara haber lugar al desahucio de los demandados de la vivienda sita en el piso NÚMoo1 NÚMoo2 del edificio de la AVENIDAooo núm. NÚMooo, de Alicante, condenándoles a que la desalojen y dejen libre dentro del término legal, con el apercibimiento de hacerlo a su costa, si no lo hiciesen voluntariamente.

VIVIENDA FAMILIAR

Cuando desaparece el uso concreto y determinado al que se ha destinado la cosa –lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal–, y el propietario o titular de la cosa no la reclama, la situación de quien la posee es la propia de un precarista. La atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Estíbaliz, madre del esposo de doña Filomena, y propietaria de la vivienda sita en la CALLEooo, núm. NÚMoor, de Caldes de Montbuí, cedió su uso a su hijo y su nuera para que les sirviera de domicilio familiar y para que, como tal, la ocuparan junto con el hijo común del matri-

monio. Los cónyuges cesionarios decidieron separarse, atribuyéndose a la esposa el uso del domicilio familiar, motivo por el que el esposo tuvo que abandonar la vivienda.

- ⊙ Doña Estíbaliz interpuso demanda de juicio por precario contra doña Filomena, solicitando que se dicte sentencia por la que «se declare el desahucio por precario de doña Filomena y se condene a la demandada a desalojar la vivienda sita en la planta piso NÚMooo del núm. NÚMoor de la CALLEooo de Caldes de Motbui, con apercibimiento de lanzamiento y con imposición de las costas a la demandada».
- ⊙ Admitida a trámite la demanda, la demandada contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: «... dictar en su día sentencia por la que desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a la demandada, doña Filomena, de todos los pedimentos, imponiéndose las costas del presente procedimiento a la actora.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Granollers dictó Sentencia el 30 de marzo de 2001 desestimando la demanda al considerar que la relación jurídica entre las partes era la propia de un comodato, y no la de precario.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 13.^a de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 16 de julio de 2003 estimando el recurso interpuesto por doña Estíbaliz y declarando haber lugar al desahucio por precario.
- ⊙ Doña Filomena interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La resolución de la Audiencia Provincial, tras exponer cuáles han sido los dos criterios mantenidos por la jurisprudencia y la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales sobre la cuestión controvertida a lo largo de los años, concluye que la cesión gratuita de la vivienda para residencia o habitación del matrimonio no puede ser considerada como cesión para un uso preciso y determinado, dada su indefinición sobre el uso o destino y sobre su duración; consecuentemente, no constituye un caso de comodato, que es esencialmente temporal, pues aquí no se puede determinar cuándo concluye el uso o finaliza la necesidad familiar. La situación jurídica creada es, por lo tanto, la propia del precario, que legitima al titular de la vivienda para reclamar su posesión, sin que a ello pueda oponerse la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a la demandada por resolución judicial recaída en el procedimiento de separación matrimonial, toda vez que dicha medida no altera, ni modifica, ni transforma el título en virtud del cual se venía usando la vivienda, permaneciendo

inalterable la relación jurídica previa, como tampoco otorga al cónyuge al que se atribuye su uso más derechos de los que tenía antes. Se añade, por último, que el precario no es incompatible con la relación de parentesco por consanguinidad del dueño de la vivienda con uno de los cónyuges; por el contrario, se justifica por dicha relación, de forma que la voluntad recuperatoria puede surgir al atribuirse el uso de la vivienda al cónyuge con el que el titular no guarda parentesco de consanguinidad, quedando excluido del mismo el pariente consanguíneo.

Doña Filomena formuló recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, fundamentando el recurso en la existencia de interés casacional, tanto por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de esta Sala contenida en las Sentencias de 2 de diciembre de 1992 y de 18 de octubre de 1994, como por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Como normas infringidas se citan el artículo 1749 del Código Civil, por inapli-

cación, y el artículo 1750 del mismo cuerpo legal, por aplicación indebida.

La respuesta que debe darse a la denuncia casacional debe tener como guía el criterio establecido por la Sentencia de esta Sala de 2 de octubre de 2008 –recurso de casación núm. 1745/2003–, que fija las pautas interpretativas y de aplicación que sirven para resolver la cuestión, por lo demás, frecuente, de la procedencia de la reclamación del propietario o titular de una vivienda cedida a un hijo para su utilización como domicilio conyugal o familiar, cuyo uso y disfrute ha sido concedido a uno de los cónyuges, cuando se ha roto la convivencia marital.

Conforme a dicho criterio jurisprudencial, la cuestión controvertida debe resolverse, ante todo, mediante la comprobación de si ha existido o no un contrato entre las partes, y particularmente, un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto y determinado. Si existe, han de aplicarse las normas reguladoras de la figura negocial; de lo contrario, se ha de considerar que la situación jurídica es la propia de un precario, estando legitimado el propietario o titular de la cosa cedida para reclamar su posesión. Ciertamente, en la cesión de una vivienda a un hijo para que constituya en él el hogar conyugal o familiar, pueden apreciarse las notas caracterizadoras del préstamo de uso; pero para ello es preciso que tales elementos –la concreción y determinación del uso al que se destina el inmueble– aparezcan con claridad, y que los hechos sean reveladores de que el uso para el que se cede la cosa se encuentra definido más allá del que es propio de la cosa genérica, e incluso específicamente considerada, lo que no empece a que puedan inferirse de las circunstancias fácticas del caso (*vid.* Sentencias de 26 de diciembre de 2005 y de 2 de octubre de 2008 –recurso de casación 1745/2003–). Paralelamente, se debe considerar que cuando desaparece el uso concreto y determinado al que se ha destinado la cosa –lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal–, y el propietario o titular de la cosa no la reclama, la situación de quien la posee es la propia de un precarista (Sentencias de 26 de diciembre de 2005 y de 2 de octubre de 2008 –recurso de casación 1745/2003–); y, en fin, que la

atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio, en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda (Sentencia de 31 de diciembre de 1994, cuya doctrina se recoge en las de 26 de diciembre de 2005 y de 2 de octubre de 2008 –recurso de casación núm. 1745/2003–).

El tribunal de instancia no ha apreciado en el caso examinado la concurrencia de un uso concreto y determinado en la vivienda cedida, distinto del genérico de servir de hogar, residencia o domicilio conyugal y familiar. Semejante apreciación, con la valoración que conlleva, debe ser respetada en esta sede, y sitúa a la demandada en la posición de precarista, al faltar las notas caracterizadoras del préstamo de uso, y al carecer, en consecuencia, de título hábil para justificar la posesión del inmueble; título que, en cualquier caso, habría de considerarse inexistente tras la ruptura de la convivencia conyugal, y que no se adquiere, a los efectos de enervar el desahucio por precario, por la atribución judicial del uso y disfrute de la vivienda, en la medida en que no modifica aquella situación posesoria, ni, como se acaba de decir, es oponible frente al tercero que, por tener título bastante, está legitimado para pedir que se ponga fin a la misma.

La sentencia recurrida, por lo tanto, no ha infringido los preceptos invocados, ni se opone a la jurisprudencia de esta Sala, habiéndose resuelto a partir de la Sentencia de 2 de octubre de 2008 –recurso de casación núm. 1745/2003– la contradicción existente entre los criterios mantenidos por las Audiencias Provinciales, por lo que el recurso debe ser desestimado.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Teniendo en cuenta que el esposo en el momento de la separación se encontraba en el paro percibiendo unos ingresos de 760 no procede fijar pensión compensatoria a favor de la esposa al no existir desequilibrio económico.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ponente: Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Fátima y don Alfonso contrajeron matrimonio en 1978; en el momento de pedir la separación tenían dos hijos mayores de edad.
- ⊙ Doña Fátima interpuso demanda de separación en la que pidió, en lo relativo a los efectos patrimoniales: a) la atribución del uso del domicilio conyugal a la esposa; b) una pensión en concepto de cargas y alimentos a los hijos mayores de edad; c) la pensión compensatoria, y d) que el marido estaba obligado a pagar a su exclusivo cargo la hipoteca que gravaba el domicilio familiar. Don Alfonso contestó la demanda y se allanó a la petición de separación; estuvo de acuerdo en la atribución del uso del domicilio a la esposa hasta la disolución de la sociedad de gananciales y a su vez, formuló reconvencción en la que pidió: a) la disolución de la sociedad de gananciales; b) que se le adjudicara el uso de la segunda residencia hasta la liquidación de la sociedad.
- ⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Zamora dictó Sentencia el 12 de junio de 2001, estimando en parte la demanda y en lo referente a las cuestiones en las que no se había producido el acuerdo de los cónyuges, decidió: a) fijar la cantidad de 70.000 pesetas (420,71 euros) mensuales en concepto de cargas y alimentos, dado que las circunstancias del marido habían cambiado desde el momento de la presentación de la demanda, al encontrarse en situación de paro; b) por la razón antes dicha, no procedía la pensión compensatoria, al no haber desequilibrio.
- ⊙ Don Alfonso, presentó escrito solicitando la aclaración de la Sentencia, dictándose a tal efecto Auto de aclaración con fecha 21 de enero de 2002, que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: «Aclarar la resolución en el sentido de fijar la pensión de alimentos en la cantidad de 10.000 pesetas, que por error aritmético producía una relación de desequilibrio económico no pretendido entre los intervinientes de la unidad familiar que se separa. Permaneciendo invariables el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia interesados, por la representación que lo interesa, conforme los razonamientos jurídicos hechos en esta Resolución pasan a integrar la sentencia de instancia».
- ⊙ Doña Fátima presentó escrito solicitando la aclaración de dicha resolución, dictando la Sala Auto de Aclaración con fecha 6 de febrero de 2002, que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: «Que es procedente la aclaración del Auto de fecha 21 de enero de 2002, en el único sentido de incluir en su parte dispositiva: “Aclarar la resolución en el sentido de fijar la pensión de alimentos del hijo Víctor, en la cantidad de 10.000 pesetas”».
- ⊙ Doña Fátima apeló la anterior sentencia interesando que se revocase, siendo los motivos de la apelación la discrepancia acerca de la no fijación de la pensión compensatoria, que no se mantuviera dentro del concepto de cargas familiares el pago de la hipoteca que gravaba el piso propiedad de

ambos cónyuges e insistiendo en los demás pedimentos económicos de la demanda.

⦿ En grado de apelación, la AP de Zamora dictó Sentencia el 24 noviembre 2001, en la que estimó en parte el recurso de apelación. En dicha sentencia se reconocía: a) una pensión compensatoria a la esposa de 35.000 pesetas mensuales (210,35 euros) por un período de ocho años; b) una cantidad en concepto de alimentos a los hijos mayores de edad, en razón de 15.000 pesetas (90,15 euros) al hijo y 30.000 pesetas a la hija (180,30 euros); c) la hipoteca no se considera «gasto ordinario y deviene en la obligatoriedad de que se haga frente a dicha carga por partes iguales entre el marido y la mujer (...)». Esta sentencia fue objeto de aclaración; se consideró que concurría un error aritmético dado que se había acreditado en el procedimiento que los ingresos de don Alfonso ascendían a 126.456 pesetas (760,02 euros), lo que llevó a la Audiencia Provincial a fijar la cantidad por alimentos debida al hijo en 10.000 pesetas (60,10 euros).

⦿ Don Alfonso interpuso recurso de casación que fue estimado en parte en el sentido de suprimir la pensión compensatoria.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso se presenta formalmente con un único motivo de casación, aunque en realidad está dividido en dos submotivos. El enunciado del recurso es el siguiente: «Por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del litigio, al amparo del artículo 477.1 de la LEC. Se consideran infringidos los artículos 97 y además, artículos 93.2, 146, 148 y 152.2.^a y 5.^a CC». Como se ha dicho ya, en realidad presenta dos submotivos: El primer submotivo se refiere al reconocimiento de la pensión compensatoria: dice que no hay desequilibrio porque la situación económica de la esposa es más favorable que la del marido recurrente, ya que en la unidad familiar convive su padre, que aporta la pensión de la Seguridad Social por jubilación, la esposa cuenta con bienes propios y ha hecho suya una cantidad de dinero que figuraba en las cuentas del matrimonio. El marido, sin embargo, está en el paro y después de las obligaciones derivadas de la separación, cuenta con una cantidad que supone el mínimo de subsistencia. La esposa no está incapacitada para entrar en el mercado de trabajo, habiendo trabajado un corto período de tiempo. Añade el recurrente que «la sentencia estima que deben coexistir la pensión de alimentos y la pensión compensatoria y si debe estimarse que es posible la coexistencia y no debe prevalecer un derecho sobre el otro, el mantener la cuantía de la pensión alimenticia y la de la pensión compensatoria supone la infracción del principio de solidaridad fundado en el artículo 39 de la CE».

El submotivo se estima. La finalidad de la pensión compensatoria no es subvenir las necesidades del cónyuge, sino compensar razonablemente el desequilibrio que la separación o el divorcio produzcan en uno de los cónyuges y así se ha dicho que el presupuesto esencial para que nazca el derecho a obtener la pensión estriba en «la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de que gozaba cada uno antes y después de la ruptura». La propia Sala de instancia reconoce que los rendimientos acreditados por el marido son 126.456 pesetas (760,02 euros) mensuales, que es lo que obtiene en el momento de la separación por encontrarse en situación de paro, de lo que debe deducirse que no se produce un desequilibrio económico en la esposa puesto que las circunstancias del marido en el momento de decretarse la separación son muy distintas de las que concurrían durante el matrimonio, en que el marido gozaba de una situación de pleno empleo. Por ello, no se produjo la situación de desequilibrio que es fundamental para el nacimiento del crédito por pensión compensatoria, que como se ha recordado, no consiste en los alimentos al cónyuge, sino en la solución de un perjuicio que produce la propia separación.

El segundo submotivo denuncia la infracción de los artículos 93.2, 146, 148 y 152.2.^a y 5.^a CC, en relación a la pensión de alimentos de los hijos, que entiende que debe adecuarse al caudal del obligado a satisfacerla. Entiende que los alimentos impuestos, a) no son proporcionales al caudal de quien

debe prestarlos, de acuerdo con el artículo 146 CC y la Sentencia de 5 de octubre de 1993; b) además se han infringido los artículos 148 en relación con 152.2 y 5 y 93.2 CC, porque la obligación de prestar alimentos cesa cuando el alimentista puede ejercer un oficio, profesión o industria, según, además, las Sentencias de 12 de julio de 1904, 10 de julio de 1979 y 23 de febrero de 2000. El hijo abandonó el trabajo de forma voluntaria en septiembre de 2000, sin preocuparse de inscribirse como demandante de empleo. El problema, según el recurrente, se centra en que no es posible sostener, sin que ello suponga una infracción, que el esposo, con unos ingresos de 126.456 pesetas (760,02 euros), deba pagar en concepto de cargas, alimentos y pensión compensatoria la cantidad de 115.000 pesetas (691,16 euros) y pide que se reconozcan las cantidades acordadas en la sentencia de Primera Instancia.

El submotivo se desestima. El recurrente confunde aquí dos conceptos que mezcla y que deben separarse a los efectos de la imposición de las cantidades a pagar: a) los alimentos a los hijos que, aunque mayores de edad, no tienen medios de vida propios, y b) las cantidades correspondientes a la mitad de la hipoteca sobre un bien ganancial.

a) La hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta ex-

presión se reconoce en el artículo 90.D) del CC, porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y por lo tanto, incluida en el artículo 1362.2 del CC. Por tanto, mientras subsista la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por mitad por los propietarios del piso que grava, los cónyuges, y debe en consecuencia, excluirse de las reclamaciones formuladas por el reclamante.

b) Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que los hijos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo. Por tanto, al no haber demostrado el recurrente que la necesidad del hijo (parece que ya está conforme con los alimentos a la hija), sea debida a su propia conducta, es necesario mantener la cantidad fijada por la Audiencia, en la sentencia recurrida, aclarada por el Auto de 21 de enero de 2002.

La estimación en parte del recurso presentado por don Alfonso, determina la de su recurso de casación. En consecuencia, debemos casar y anular en parte la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 24 noviembre 2001 y revocar la pensión compensatoria reconocida a doña Fátima, manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Nulidad de la hipoteca constituida por el marido respecto a unos inmuebles propiedad de la esposa utilizando un poder general otorgado por ésta, dándose la circunstancia de que a la fecha de suscripción del préstamo la esposa había fallecido.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

○ Con fecha 9 de mayo de 1997 don Manuel hipotecó, en nombre y representación de su esposa doña Melisa, dos chalés sitos en Mataró, que eran de propiedad de ésta, para garantizar la devolución de un préstamo que la Caixa D'Estalvis Laietana otorgó a la Fundación Social Ismael por un importe de treinta millones de pesetas, exhibiendo al efecto poder general que le había sido conferido por su esposa en fecha 3 de mayo de 1993, el cual se hallaba extinguido por fallecimiento de la poderdante, que se había producido el 15 de enero de 1997.

- ⊙ Tras el impago de diferentes cuotas por la prestataria, Caixa D'Estalvis Laietana resolvió de modo anticipado el préstamo e interpuso demanda de procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria sobre las fincas especialmente hipotecadas, dirigiéndose contra los hijos y herederos de la difunta doña Melisa, don Benjamín y don Fernando, y contra la Fundación Social Ismael, siendo requerido don Fernando a través de su padre y legal representante don Manuel por razón de su incapacidad declarada.
- ⊙ Don Benjamín interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra Caixa D'Estalvis Laietana, don Manuel y la Fundación Social Ismael, interesando que se dictara sentencia por la que se declarara la nulidad del préstamo hipotecario con imposición de costas a los demandados que se opusieron a ello. Posteriormente el mismo actor interpuso nueva demanda con igual finalidad que dirigió contra los ignorados herederos de don Jesús Manuel dando lugar a los autos núm. 278/2000, que fueron acumulados a los anteriores.
- ⊙ Caixa D'Estalvis Laietana se opuso a la demanda quedando en rebeldía los demás demandados.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 42 de Barcelona dictó Sentencia el 29 de diciembre de 2000 estimando parcialmente ambas demandas declarando la nulidad del negocio de constitución de hipoteca formalizado por don Manuel en representación de doña Melisa mediante escritura pública de 9 de mayo de 1997, así como la fianza personal, solidaria e ilimitada de esta última a que se hace mención en la cláusula séptima de dicha escritura, conservando la validez el negocio de préstamo otorgado a la Fundación Social Ismael y la fianza personal solidaria de don Jesús Manuel, sin especial declaración sobre costas.
- ⊙ En grado de apelación la Sec. 1.ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 23 de enero de 2003 desestimando el recurso interpuesto por la demandada.
- ⊙ La Caixa D'Estalvis Laietana interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del recurso se basa en la infracción de lo dispuesto en el artículo 1738. Dicha norma establece que «lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe».

No se aprecia que la Audiencia haya infringido tal precepto. Lo realizado por el mandatario tras la extinción del mandato es nulo (artículo 1259 del CC) y como tal no vincula al mandante (artículo 1727 del CC) y deja al mandatario como responsable frente al tercero (artículo 1725 del CC). La excepción a la regla general viene dada por el citado artículo 1738 que exige, no obstante, la concurrencia de dos condiciones: en primer lugar, que el tercero con el que contrata haya actuado de buena fe; esto es, que desconociera

la anterior extinción del mandato; y en segundo lugar, que el mandatario, en el momento de hacer uso del poder, ignorara la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato.

Siendo necesaria la concurrencia de ambas condiciones para la validez del negocio, es claro que en el caso presente concurría la primera pero no la segunda, pues ni siquiera se ha discutido que el mandatario, en el momento de actuar como tal, conocía el anterior fallecimiento del mandante; de modo que la tesis sostenida en el recurso en aras a la ultraactividad del mandato por razón exclusivamente de la buena fe del tercero resulta incompatible con el propio texto de la norma.

La Sentencia de esta Sala de 17 de abril de 1998, citada en el recurso, no guarda relación con el tema ahora debatido, ya que se trataba allí

de la contratación efectuada con tercero por los consejeros-delegados de una sociedad anónima cuyo cese en sus funciones había acordado la Junta

General de Accionistas sin que el acuerdo hubiera sido inscrito en el Registro Mercantil, situación que no guarda analogía con la presente.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Desestimación de la acción de rescisión por lesión en más de una cuarta parte de la liquidación de la sociedad de gananciales, al constatare la existencia de una previa renuncia a esta acción teniendo los esposos exacto conocimiento de todas las circunstancias de los hechos que determinan la realidad y la existencia de la lesión, no habiéndose impugnado la validez de la renuncia por un vicio de la voluntad.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Juan y doña Constanza contrajeron matrimonio con fecha 1 de junio de 1997, siendo su régimen económico-matrimonial el legal de gananciales.
- ⊙ Con fecha 22 de julio de 2000 se promovió demanda de separación matrimonial, presentándose para su homologación Convenio Regulador de 15 de febrero de 2002, el cual no fue aprobado al constar informe negativo del Fiscal respecto del régimen de custodia del hijo menor. No obstante, en dicho Convenio y por lo que respecta a los efectos estrictamente económicos de la ruptura conyugal, consta que ambos cónyuges aceptaron: a) Fijar una pensión compensatoria a cargo de la esposa y a favor de don Juan de 1.502,53 euros mensuales, actualizables en función del INPC. b) Liquidar los gananciales ante Notario de conformidad con el acuerdo que manifestaron haber alcanzado con anterioridad.
- ⊙ Con fecha 11 de enero de 2002 los esposos llevaron a cabo la liquidación aludida en el referido Convenio, otorgando a tal efecto capitulaciones matrimoniales que ponían fin a la sociedad legal de gananciales, adjudicándose la esposa la totalidad de los bienes inventariados (con sus cargas) por un valor convencional de 661.113,31 euros, reconociéndose al marido un crédito en metálico equivalente al 50% del haber ganancial por importe de 330.556,66 euros, cuyo pago, a cargo de la esposa, se hizo efectivo mediante una entrega inicial de 120.202,42 euros y seis pagos de 210.354,24 euros, manifestando los comparecientes que nada tenían que reclamarse por razón de la disolución de la sociedad de gananciales, quedando liquidada y extinguida, dando al convenio valor de mutua transacción, y que de aparecer algún bien ganancial no inventariado por error u omisión, se adjudicaría por su valor a la esposa, compensando ésta en metálico al marido.
- ⊙ Don Juan interpuso demanda de menor cuantía frente a su ex esposa, doña Constanza, solicitando que se dicte sentencia por la que: Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la que solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, se dictara Sentencia por la que «1) Se declare la rescisión por lesión en más

de la cuarta parte de la liquidación de la sociedad de gananciales del matrimonio formado por mi representado y su esposa, doña Constanza, verificada en escritura de capitulaciones matrimoniales con extinción, liquidación y adjudicación de bienes de la sociedad de gananciales de su matrimonio, de fecha 11 de enero de 2002 y autorizada por el Notario del Ilustre Colegio de Madrid, don Luis Núñez Boluda al núm. 54 de su Protocolo. 2) Se condene a la demandada, a su elección y en el plazo a que tenga a bien fijar S.S.^a, a que opte por: a) Abonar a mi representado, en efectivo metálico, y de una sola vez, por vía de indemnización de la lesión provocada como consecuencia de las operaciones de división, liquidación y adjudicación de la sociedad de gananciales, la cantidad de 372.897 euros. b) O consentir que se proceda a una nueva partición de su haber ganancial, es decir, a una nueva liquidación de la sociedad de gananciales, con sustitución en el haber ganancial de los bienes enajenados por la demandada por su valor, a la fecha en que se los adjudicó, esto es, el día 11 de enero de 2002. 3) Se condena a la demandada al pago de las costas de este procedimiento».

⦿ Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada la contestó oponiéndose a ella, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado dictase Sentencia por la que: «a) Se desestime íntegramente la demanda. b) Se condene en costas a la parte demandante, con expresa declaración de temeridad».

⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de Majadahonda dictó Sentencia el 5 de febrero de 2004 desestimando la demanda.

⦿ En grado de apelación, la Sec. 19.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 1 de julio de 2004 desestimado el recurso de interpuesto por don Juan.

⦿ Don Juan interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El actor fundaba la pretensión rescisoria rechazada en ambas instancias, en síntesis, en que, en la escritura pública otorgada por los esposos con fecha 11 de enero de 2002, pendiente procedimiento contencioso de separación matrimonial, cuyo objeto era disolver la sociedad de gananciales que había venido rigiendo la economía del matrimonio, liquidar y adjudicar los bienes comunes, se apreciaba que los bienes inventariados (en concreto, domicilio habitual, segunda vivienda, tres locales comerciales destinados al negocio familiar de peluquería, participaciones en dicho negocio y turismo Mercedes E320) habían sido valorados por debajo de su valor real de mercado, ocasionando un perjuicio para el marido superior a la cuarta parte del valor tomado en consideración en la referida escritura.

Frente a esta postura opuso la demandada que el negocio capitular suscrito ante notario con fecha 11 de enero de 2002 constituyó una auténtica transacción, mediante la cual los esposos, en evitación de los perjuicios que para ambos podrían derivarse de seguirse la liquidación por vía contenciosa, y a

fin de poner fin a los pleitos penales en que el actor figuraba como denunciado, acordaron libre y voluntariamente, con plena conciencia y conocimiento de cuál era el patrimonio ganancial, cumplir lo previsto en las bases del acuerdo de 5 de noviembre de 2001, y liquidar la sociedad ganancial, valorando convencionalmente cada uno de los bienes inventariados, prescindiendo, por tanto, de su valor real o de mercado. En consecuencia, nada tenían que reclamarse los cónyuges por razón de la disolución de la sociedad de gananciales, constando además que inmediatamente después de la citada escritura los esposos suscribieron un documento privado en el que el actor renunciaba a cualquier compensación económica que pudiese corresponderle en virtud del pacto capitular –conformándose con que la totalidad de los bienes inventariados se adjudicasen a la esposa, a cambio de percibir en metálico la suma de 330.556,66 euros más una pensión compensatoria de 250.000 pesetas mensuales–, lo que debía entenderse como una renuncia a la acción rescisoria ejercitada.

Las resoluciones recaídas en ambas instancias se muestran partidarias de la tesis esgrimida por la esposa, y desestiman la acción rescisoria interpretando que fue voluntad libre y consciente de ambos esposos poner fin a una situación conflictiva existente, decidiendo tanto atribuir a los bienes gananciales inventariados un valor pactado o convencional que no se correspondía con el de mercado, como renunciar a reclamarse cualquier compensación económica que pudiera resultar de la disolución de la sociedad de gananciales, y, obviamente, al ejercicio de la acción rescisoria objeto de esta *litis*.

Tanto en primera instancia como en apelación, el actor sostiene haber recibido de menos en la liquidación del haber ganancial la cantidad de 372.897 euros, diferencia entre lo que efectivamente se le adjudicó (330.556,66 euros) y lo que debía haberle sido adjudicado si la valoración de los bienes gananciales inventariados se hubiera hecho teniendo en cuenta su valor real (703.453,66 euros), afirmando por ello haber sufrido un perjuicio o lesión patrimonial del 112,81%, superior a la cuarta parte que permite ejercitar la acción rescisoria.

Pese a que la Audiencia confirma el criterio del Juzgado de considerar que las partes valoraron convencionalmente los bienes gananciales, el discurso casacional parte nuevamente de la existencia de una diferencia entre el valor real o de mercado de los bienes inventariados, y el valor por el cual se los adjudicó la esposa al liquidar la sociedad ganancial, estando en esa diferencia de valoración el origen de la lesión experimentada por el recurrente. Y con ese fundamento, el escrito de interposición se articula en dos motivos. En el primero de ellos (con cita como infringidos de los artículos 1074 del Código Civil, en relación con los artículos 1410, 1291.5.º y 1809 del mismo cuerpo legal) se aduce que la apreciación que hace la Audiencia de entender renunciada implícitamente la acción rescisoria en base a acuerdos de los cónyuges previos a la liquidación de la sociedad ganancial es contraria a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual, acreditada la lesión superior a la cuarta parte del valor de los bienes, la mera existencia en la escritura particional de una cláusula por la que las partes manifiestan que nada tienen que reclamarse no implica que exista una renuncia expresa y terminante a la acción rescisoria. En el segundo motivo, basado en la vulneración, por aplicación indebida, del artículo 97 del Código Civil, en relación con los artículos 1396, 1397, 1398, 1403, 1404 y 1410 del Código Civil, se discrepa de la Audiencia en cuanto a que la pensión compensatoria deba entenderse como bien inventariado y su valor integrado en la mitad del haber que le corresponde, diciendo que «nada tiene que ver con el inventario de bienes gananciales en proceso de liquidación» y que la pensión compensa-

toria, desde luego, «no repara el desfase patrimonial ni llega a condicionar el *quantum* que de más se ha apropiado vía liquidación de gananciales» la esposa. Atendiendo a su unidad de planteamiento, procede analizar los dos motivos conjuntamente.

Es de sobra conocido que la casación no es una tercera instancia, no estando permitido revisar a través de este excepcional medio de impugnación la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, restringiéndose su función a contrastar la correcta aplicación del Ordenamiento al supuesto fáctico acreditado, lo que en consecuencia obliga al recurrente a partir de los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial (Sentencias de 8 de marzo y 28 de noviembre de 2007, entre otras muchas). A ello debe añadirse que la interpretación de los contratos es también función soberana del tribunal de instancia, y que si la valoración de la prueba tiene por objeto fijar el *factum* que luego será calificado jurídicamente, es a la hora de indagar y fijar el correcto alcance jurídico de los hechos probados, cuando será preciso acudir a la hermenéutica (Sentencia de 26 de septiembre de 2007, con cita de las de 19 de febrero de 2007, y 12 de mayo de 2006). En consecuencia, tanto la labor de valoración de prueba como la posterior interpretativa, de indagación de la voluntad negocial son funciones que competen en exclusiva al tribunal de instancia, y «es claro que la interpretación debe partir de los hechos probados, fijados tras la libre valoración probatoria del tribunal, y que no es posible cuestionar aquella si no se modifican los hechos en que se apoya, lo que enlaza con la reiterada doctrina que atribuye la valoración probatoria a la soberanía del tribunal de instancia, y que impide utilizar el recurso de casación para la revisión de tal juicio valorativo...» no pudiendo prosperar el intento de cuestionar una interpretación «que partió de unos hechos probados, totalmente incólumes en casación».

La aplicación de esta doctrina al supuesto enjuiciado determina el rechazo de los dos motivos en que se articula el presente recurso.

Parece claro que a lo largo de su discurso el recurrente alude a cuestiones de valoración de prueba juntamente con otras meramente interpretativas de la voluntad negocial expresada en un documento, y todo ello con el fin de justificar su discrepancia en cuanto a las conclusiones alcanzadas por la Audiencia respecto de cuál ha de ser considerada la verdadera voluntad de los esposos, plasmada en la escritura de capitulaciones de 11 de enero de 2002, siendo tesis de la parte recurrente que no es cierto que el marido aceptara una valoración de los bienes gananciales ajena a la realidad del mercado ni que renunciase anticipadamente a ejercitar la acción rescisoria que pudiera ampararle en caso de lesión.

Pues bien, no puede ignorar el recurrente que la Audiencia Provincial revisa la valoración efectuada por el órgano *a quo*, por haber sido objeto de impugnación expresa en apelación, fijando como hechos probados, incólumes en casación, los siguientes (fundamento de derecho segundo):

1.º Que ambos esposos contrajeron matrimonio con fecha 1 de junio de 1997, siendo su régimen económico-matrimonial el legal de gananciales.

2.º Que con fecha 22 de julio de 2000 se promovió demanda de separación matrimonial, presentándose para su homologación Convenio Regulador de 15 de febrero de 2002, el cual no fue aprobado al constar informe negativo del Fiscal respecto del régimen de custodia del hijo menor. No obstante, en dicho Convenio y por lo que respecta a los efectos estrictamente económicos de la ruptura conyugal, consta que ambos cónyuges aceptaron:

a) Fijar una pensión compensatoria a cargo de la esposa y a favor de don Juan de 1.502,53 euros mensuales, actualizables en función del INPC.

b) Liquidar los gananciales ante Notario de conformidad con el acuerdo que manifestaron haber alcanzado con anterioridad.

3.º Que con fecha 11 de enero de 2002 los esposos llevaron a cabo la liquidación aludida en el referido Convenio, otorgando a tal efecto capitulaciones matrimoniales que ponían fin a la sociedad legal de gananciales, adjudicándose la esposa la totalidad de los bienes inventariados (con sus cargas) por un valor convencional de 661.113,31 euros, reconociéndose al marido un crédito en metálico equivalente al 50% del haber ganancial por importe de 330.556,66 euros, cuyo pago, a cargo de la esposa, se hizo efectivo mediante una entrega inicial de 120.202,42 euros y seis pagos de 210.354,24 euros, manifestando los comparecientes que nada tenían que reclamarse por razón de la disolución de la sociedad de gananciales, quedando liquidada y extinguida, dando al convenio valor de mutua transacción, y que de aparecer algún bien ganancial no inventariado por error u omisión, se adjudicaría por su valor a la esposa, compensando ésta en metálico al marido.

4.º Que la valoración convencional otorgada por ambos esposos a los bienes inventariados, integrantes del patrimonio ganancial partible, fue fruto de los acuerdos previos alcanzados por las partes para liquidar la sociedad de gananciales, siendo así que ya en el documento privado de fecha 5 de noviembre de 2001, bajo la rúbrica «Bases del Acuerdo sobre efectos de la separación matrimonial», consta la clara e inequívoca voluntad de los cónyuges de valorar los bienes gananciales en 55 millones de pesetas, adjudicarlos a la esposa y reconocer al marido un crédito en metálico por la mitad, más una pen-

sión compensatoria del desequilibrio derivado de la ruptura de 250.000 pesetas mensuales.

Estos datos fácticos, reveladores de que ninguna contradicción existía entre la verdadera intención de los esposos a la hora de disolver la sociedad ganancial y valorar los bienes comunes, y la exteriorizada o expresada a través de los propios términos del contrato, condujo a la Audiencia, en estricta interpretación literal del negocio capitular contenido en la escritura pública de 11 de enero de 2002 –dado que los términos de la escritura estaban claros, y no dejaban lugar a dudas sobre la auténtica intención de los contratantes– a concluir que existió la firme voluntad de dar un valor convencional o estimado a los bienes gananciales, independientemente del valor que les correspondiera según precios de mercado. En cuanto a considerar que, además, los esposos aceptaron renunciar a la acción rescisoria por lesión, aún no constando esos precisos términos en la escritura, la interpretación de la Audiencia es plenamente lógica si se tiene en cuenta, por una parte, la manifestación de los esposos contenida en la propia escritura relativa a que («nada tienen que reclamarse por razón de la disolución de la sociedad de gananciales, quedando liquidada y extinguida la misma, dando al presente convenio valor de mutua transacción»; folio 23 de la escritura de capitulaciones matrimoniales de 11 de enero de 2002), y por otra, que idéntica voluntad de transigir, de convenir un valor para los bienes al margen del de mercado y de renunciar a la acción rescisoria, resulta de los acuerdos previos alcanzados por las partes para liquidar la sociedad de gananciales, fundamentalmente del documento privado de fecha 5 de noviembre de 2001, que, bajo la rúbrica «Bases del Acuerdo sobre efectos de la separación matrimonial», como se dijo, ya contenía la clara e inequívoca voluntad de los cónyuges de valorar los bienes gananciales en 55 millones de pesetas, adjudicarlos a la esposa y reconocer al marido un crédito en metálico por la mitad, más una pensión compensatoria del desequilibrio derivado de la ruptura de 250.000 pesetas mensuales.

Siendo incuestionable pues, que las capitulaciones contienen un acuerdo liquidatorio que parte de un valor de los bienes aceptado libre y voluntariamente por ambos esposos, quienes por esta razón renuncian a la acción rescisoria que pudiera fundarse en una eventual lesión apreciada a partir de tomar en consideración un diferente criterio de valoración (como sería el atender al valor real o de mercado de los bienes gananciales), lo único que resta por dilucidar es si esta renuncia anticipada es admisible, y debe surtir efectos en el presente caso, a lo que debe darse una respuesta afirmativa. En cuanto a la validez de la renuncia anticipada a la acción rescisoria por lesión, señala la reciente Sentencia de 19 de marzo de 2008 que «resulta habitual reproducir la

opinión que entiende que la doctrina y la jurisprudencia no son unánimes en torno a la admisión de la validez de la acción de rescisión por lesión en las particiones. A tal efecto, se cita la ya antigua Sentencia de 11 de junio de 1957 que determina la validez de la renuncia cuando el renunciante conocía «todas las circunstancias de hecho que determinan la realidad y la existencia de la lesión»; sin embargo, en realidad tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado que puede mantenerse la validez de la renuncia cuando no concurre un vicio de la voluntad o de cualquier causa que pueda producir la invalidez de los negocios jurídicos, «pues es de cuenta del interesado el no renunciar si no está seguro de lo que se juega (...)». Así, la jurisprudencia de esta Sala ha venido admitiendo la validez de las renunciaciones efectuadas en convenios siempre que tengan las características de ser «(...) claras, terminantes o deducidas de hechos o actuaciones de interpretación unívoca, no dudosa o incierta» (SSTS de 22 de febrero de 1994 y 6 de marzo de 2003). La sentencia de 22 febrero 1994 admitió la renuncia diciendo que «(...) Así las cosas, es lógico entender que se ha renunciado a la rescisión por lesión al declararse en la escritura que nada tienen que reclamarse las partes de la misma con fundamento en los mismos hechos de los que la Audiencia ha partido y que se han explicitado con anterioridad. Se trata, en suma, de una liquidación y partición de la sociedad de gananciales en que se han dado a los bienes y a los lotes un valor convenido; que se ha tenido tiempo de notificarla o enmendarla antes del otorgamiento de la escritura pública, y no se ha hecho; y que el recurrente la consintió y firmó libremente, pues no se han probado sus alegaciones de coacciones para hacerlo»; la Sentencia de 6 de marzo de 2003, después de señalar que no había existido desequilibrio económico en la partición de los gananciales, añadía en lo relativo a la renuncia que «(...) En este caso no puede admitirse, por tanto, la inexistencia de renuncia a la acción de rescisión por lesión que ha tenido en cuenta para la estimación de la demanda la sentencia recurrida, pues la renuncia es clara y de interpretación unívoca; y, además, se deduce de hechos, actos o conductas relacionadas con la misma, como lo son todas las estipulaciones que se contienen en el convenio y que se han sometido a aprobación jurisdiccional y

contra los propios actos ahora se pretende modificar lo pactado, que llevaría de tener lugar a modificar también las resoluciones judiciales aprobatorias en proceso distinto al incidental de modificación por alteración de las circunstancias en las que el convenio se produjo» y lo mismo ocurre en la Sentencia de 17 de marzo de 2006, referida a la partición de bienes hereditarios, que admite «la renuncia tácita a la rescisión, doctrina aplicable a la de los bienes gananciales, dada la remisión efectuada por el artículo 1410 de la CC».

Esta doctrina es perfectamente aplicable al supuesto de autos pues, tanto en el caso analizado por dicha sentencia, no consta que se haya impugnado la validez de la renuncia por un vicio de la voluntad, lo que hace que no exista obstáculo para tenerla por plenamente eficaz, habida cuenta que la renuncia es también aquí clara y de interpretación unívoca y se deduce de hechos, actos o conductas relacionadas con la misma, dado que los dos cónyuges de mutuo acuerdo, conociendo sobradamente las circunstancias de hecho relativas al patrimonio ganancial, decidieron transigir sobre el valor que había de darse al haber partible, aceptando el hoy recurrente la adjudicación de todos los bienes inventariados a la esposa, no por su valor real sino por el que libre y voluntariamente se había señalado en la escritura, conformándose a cambio con recibir su mitad en metálico junto a una pensión por desequilibrio, siendo además esa voluntad de renunciar consecuencia lógica de la intención expresada por los mismos cónyuges en los acuerdos previos, los cuales además, por ser fruto de largas negociaciones paralelas al proceso de separación contencioso encaminadas a dar rápida solución a las consecuencias económicas de la ruptura, hacen inverosímil que el recurrente tuviera un conocimiento erróneo o equivocado de los bienes a repartir, del valor que se estaba dando a los mismos, y de las consecuencias de su renuncia. Todo lo expuesto justifica el íntegro rechazo de la pretensión rescisoria contenida en la demanda, pues la misma funda el perjuicio en la inexistencia de una renuncia que debe tenerse por cierta, y en valoraciones de mercado, ajenas a las que fueron aceptadas, confirmándose en consecuencia la sentencia recurrida.

MENORES

Vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen de unos menores al ofrecerse la información sobre el fallecimiento de su padre que revelaba datos que pertenecen a su esfera más íntima, como son los relativos a haber sufrido delitos contra su integridad física y libertad sexual.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ El día 20 de junio de 2001 en TVE los periodistas de los servicios informativos difundieron la información relativa al asesinato de un abogado madrileño por un ciudadano moldavo haciendo referencia a hechos ocurridos a las hijas menores de edad del abogado.
- ⦿ El Ministerio Fiscal, en defensa de los derechos de las menores Montserrat y Maite, interpuso juicio ordinario contra la entidad «Televisión Española, SA», don Álvaro, doña Luisa, doña Olga, doña Beatriz, don Lorenzo, doña María del Pilar y doña Teresa, solicitando que se dictase sentencia por la que «se declare que los demandados han llevado a cabo una intromisión ilegítima en la intimidad y han utilizado también ilegítimamente la imagen de las menores Montserrat y Maite, condenando a las sociedades y personas citadas a dar publicidad a la sentencia condenatoria que se pretende, a su costa, salvando los datos identificativos de las menores, en un espacio de televisión de las mismas características que aquel en el que se llevó a cabo la intromisión ilegítima con la misma amplitud con que se produjo ésta, así como que se ordene la entrega en el Juzgado, para su destrucción, de todas las imágenes de archivo de las menores y de la vivienda que han dado lugar a este procedimiento. Igualmente, deberán indemnizar solidariamente a cada una de las menores Montserrat y Maite, en la suma de 25 millones de pesetas como resarcimiento de los perjuicios causados».
- ⦿ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de «Televisión Española, SA» (TVE, SA), don Lorenzo, doña Beatriz, doña María del Pilar, doña Teresa, doña Olga, doña Luisa y don Álvaro, partes demandadas, se contestó ésta, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, con expresa condena en costas de la parte demandante».
- ⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de los de Madrid dictó Sentencia el 23 de junio de 2003 estimando la demanda y declarando que «los demandados han llevado a cabo una intromisión ilegítima en la intimidad y han utilizado ilegítimamente la imagen de Montserrat y Maite. Condenando a los demandados a que se dé publicidad del fallo de la sentencia con las iniciales de las menores. Ordenándose la entrega en el Juzgado, para su destrucción de todas las imágenes de archivo de las menores y de la vivienda que han dado lugar a este procedimiento. Condenando, igualmente, a los demandados a la indemnización solidariamente a cada una, Montserrat y Maite, de la suma de 150.253 euros como resarcimiento de los perjuicios causados. Con expresa imposición de las costas a los demandados». La información que se suministró en relación con las menores (nombre, apellidos y profesión del padre, como el nombre de la madre, calle y número del domicilio con imágenes de éste, además de imágenes de la abuela y del padre) se consideró por la sentencia atentatoria de la intimidad de las menores de edad, pues no sólo permitían su identificación sino además relevaban

datos que pertenecen a su esfera más íntima, como son los relativos a haber sufrido delitos contra su integridad física y libertad sexual.

- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 10.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 30 de noviembre de 2004, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Televisión Española, SA, don Lorenzo, doña Beatriz, doña María del Pilar, doña Teresa, doña Olga, doña Luisa y don Álvaro, representados por la Procuradora doña Gloria de Oro-Pulido Sanz, contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de Madrid, con fecha 23 de junio de 2003, debemos revocar y revocamos parcialmente la expresada resolución en el único sentido de fijarse la indemnización a doña Montserrat y doña Maite en 60.000 euros cada una, confirmándose los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida. Todo ello sin hacer imposición de las costas de la instancia ni de las de esta alzada».
- ⊙ Los demandados interpusieron recurso de apelación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del recurso de casación se formula por aplicación indebida de lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen; de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 del citado artículo 7, todo ello en relación con la no aplicación de lo preceptuado en el artículo 2.1 de la citada Ley Orgánica 1/1982 que determina que la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y usos sociales; en relación con el artículo 20.1.d) de la CE que reconoce y protege el derecho a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión; y el artículo 20.2 que preceptúa que el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura.

El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo.

La parte recurrente argumenta su recurso en la disconformidad con la valoración realizada por la Audiencia Provincial a favor del derecho a la intimidad en el conflicto existente entre este derecho reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución y el derecho a la libertad de información del artículo 20.1.d) del mismo texto legal, considerando que, por el contrario, debe prevalecer el derecho a la libertad de información de noticias con relevancia pública y que son de interés general. Basa su recurso en el hecho de que la información suministrada no permite la identificación de las menores.

En primer lugar, la parte recurrente, al considerar que la información suministrada no permitía identificar a las menores, parte de una valoración de los datos distinta a la realizada por la Audiencia Provincial incurriendo así en el vicio casacional de «hacer supuesto de la cuestión», que consiste en partir de un supuesto fáctico contrario al proclamado por la sentencia recurrida –Sentencias de 20 de febrero, 6 de noviembre y 12 de noviembre de 1992, 2 de diciembre de 1993, 29 de diciembre de 1998, 28 de septiembre de 1999 y 5 de julio de 2000– o, lo que es lo mismo, no respetar los hechos probados y las determinaciones de carácter eminentemente fáctico que pertenecen al ámbito sentenciador de la instancia –Sentencias de 15 de noviembre de 1995 y 24 de marzo de 1995– o, también, soslayar los hechos probados para, a partir de una construcción propia y unilateral, extraer consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con aquéllos –Sentencias de 25 de febrero y 3 de mayo de 1995 y 14 de julio de 1997–, todo ello sin haber desvirtuado previamente la base fáctica de la sentencia recurrida a través del cauce legalmente establecido para ello. Y es que para proceder al examen de la cuestión jurídica planteada por la parte recurrente debe partirse de la base fáctica declarada probada por la sentencia recurrida, que en lo que aquí interesa, consiste en la difusión de datos e imágenes (nombre, apellidos y profesión del padre, como el nombre de la madre, calle y número del domicilio con imágenes del mismo, además de imágenes de la abuela y del padre) que permiten la identificación de las menores de edad como sujetos pasivos de un

delito de lesiones y de un delito contra la libertad sexual. Una vez sentado esto, en el conflicto de derechos fundamentales que se produce en el litigio, la cuestión jurídica que se plantea es si la difusión de datos que de manera indirecta identifican a menores de edad como sujetos pasivos de delitos supone una intromisión a la intimidad de éstos.

La Constitución, en su artículo 18, reconoce con carácter general el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y en el artículo 20.1.d) el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, especificando que esta libertad encuentra su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título y «especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». En consonancia con lo anterior, la especial protección que debe darse a datos relativos a menores ha tenido su acogida normativa en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica de Menor.

En la interpretación de estos derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha venido señalando que para que el derecho a la intimidad pueda oponerse legítimamente como un límite al derecho a la libertad de recibir o transmitir información es preciso que las noticias difundidas carezcan de interés público o que, aun siendo de interés público, carezcan de veracidad, ya que en una sociedad democrática que proclama como uno de los principios que inspiran su convivencia el respeto a la dignidad de la persona, no debe tolerarse la divulgación de hechos que pertenecen a la intimidad de ciudadanos particulares ni tampoco se debe tolerar que las noticias que se difundan sean inveraces, no en el sentido de que las mismas coincidan exactamente con las acontecidas, sino en el sentido de que se haya desplegado por quien las publica la diligencia necesaria para cerciorarse de que lo que se divulga no es un simple rumor –Sentencias del Tribunal Constitucional 54/2004, de 15 de abril y 61/2004, de 19 de abril–.

Sin embargo, en los supuestos en los que están implicados menores de edad, la doctrina constitucional ha otorgado un ámbito de superprotección que obliga a ser sumamente cautelosos en cuanto a la información que de los mismos se suministra, aunque ésta tenga interés público. Y, así, el Tribunal Constitucional ha señalado que el legítimo interés de un menor de que no se divulguen datos relativos a su vida familiar o personal «parece imponer un límite infranqueable tanto a la libertad de expresión como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz, sin que la supuesta veracidad de lo revelado exonere al medio de comunicación de responsabilidad por la intromisión en la vida privada de ambos menores», incluso, aun-

que la noticia merezca el calificativo de información neutral –Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de julio de 1999–.

En línea con esta doctrina constitucional, esta Sala ha resuelto en materia relativa a la protección de datos de menores de edad. Así, en la Sentencia de 27 de junio de 2003 se consideró que la noticia sobre una niña que era portadora de anticuerpos de sida era atentatoria contra su intimidad. Del mismo modo, la Sentencia de 28 de junio de 2004 también consideró la existencia de intromisión ilegítima en la intimidad del menor en la noticia que difundía la comisión por este menor de un hecho delictivo.

Teniendo en cuenta la doctrina constitucional y la de esta Sala en relación a la intimidad de menores así como la normativa tanto interna como internacional el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977; artículo 16 del Convenio Europeo hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979; artículo 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores de 29 de noviembre de 1985 –Reglas de Beijing–, y artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España por instrumento de 30 de noviembre de 1990 que otorga una especial protección a los menores, no cabe sino confirmar la sentencia recurrida pues, con independencia de la relevancia e interés público de la noticia en cuestión, relativa al asesinato de un abogado madrileño, los datos e imágenes que se dieron en los informativos de la cadena TVE permitían la completa identificación de dos menores de edad –base fáctica de la sentencia– revelando hechos que pertenecen a la esfera más íntima de las menores como son las lesiones y la agresión sexual sufrida por la menor de las dos hermanas, hechos éstos que, aunque en sí mismos pudieran ser de interés público, dejan de serlo cuando se conectan con una persona menor de edad perfectamente identificable. Y ello con independencia de que la información fuera obtenida a través de las ruedas de prensa otorgadas por la Jefatura de Policía Nacional pues el Tribunal Constitucional ha señalado que existe intromisión ilegítima aunque los datos divulgados fueran ya de dominio público –Sentencia de 15 de julio de 1999– ya que su revelación, haya sido su fuente la que haya sido, podía ser una intromisión en la intimidad lesiva del artículo 18.1 de la Constitución Española –Sentencia 197/1991–.

UNIONES DE HECHO

No existe analogía entre la unión de hecho y el matrimonio en relación con los artículos 96 y 97 del CC, dependiendo el derecho de indemnización de las circunstancias de cada supuesto en virtud de la doctrina del enriquecimiento injusto que no se da en el presente supuesto dado que no se aprecia una pérdida de oportunidad o de expectativas en la conviviente que estuvo trabajando mientras lo permitió su estado de salud.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Carolina interpuso demanda de juicio ordinario contra don José Carlos, sobre acción declarativa de unión de hecho y reclamación de cantidad, solicitando que se dicte sentencia por la que «se reconozca la ruptura de la unión paramatrimonial existente ahora entre las partes, acordando los siguientes efectos: A) Se declare que entre doña Carolina y don José Carlos existió una convivencia de hecho, que como consecuencia de esa convivencia de hecho se adquirieron unos bienes, bienes que se relacionan en el hecho sexto de la demanda, que con fundamento en reiterada doctrina jurisprudencial, en especial del Tribunal Supremo, se otorgue a doña Carolina, por ser la parte más perjudicada, una indemnización correspondiente al 50% del valor de los bienes antes relacionados, como consecuencia de la ruptura unilateral de la convivencia por parte de su pareja, evitándose así un perjuicio injusto a ésta por la dedicación que tanto personal, espiritual y económica desarrolló de siempre la actora y que ahora arbitrariamente el demandado quiere desconocer en cuanto al esfuerzo y ganancia obtenida, ya que no debe permitirse el enriquecimiento injusto por parte del hombre, con aprovechamiento de éste del esfuerzo y trabajo de doña Carolina; disuelta la sociedad de hecho se proceda en ejecución de sentencia a la liquidación de los bienes, valoración de los bienes que ha de efectuarse en el momento en que se proceda a la definitiva liquidación y adjudicación de los mismos a la actora. B) Que se conceda una pensión compensatoria, y/o indemnización compensatoria a favor de doña Carolina por el desequilibrio económico que ha sufrido como consecuencia de la ruptura unilateral de la relación por parte del varón, don José Carlos. Pensión y/o indemnización compensatoria que ha de cuantificarse en seiscientos euros (600 euros), mensuales, los cuales debe ingresar don José Carlos, en la cuenta bancaria que para tal fin suscribirá la demandante, y que previamente le comunicará, ingreso que ha de efectuarse entre los días uno a cinco de cada mes, cantidad que ha de actualizarse anualmente todos los meses de enero de cada año, según las variaciones del IPC, conforme al informe del Instituto Nacional de Estadística y/o Organismo que haga sus veces. C) Se atribuya a doña Carolina al uso y disfrute del que es hogar familiar, sito en la CALLEooo núm. NÚMooo, planta NÚMoor de Elche, así como enseres y muebles que conforman el ajuar doméstico, por considerarse el interés más necesitado de protección por la situación de hecho. D) De no apreciarse los anteriores pedimentos y de forma subsidiaria, una vez declarada la relación de convivencia que existió entre la actora y el demandado, se proceda a la disolución y liquidación de la misma, liquidación que habrá de efectuarse en ejecución de sentencia, con relación a los bienes que se relacionan en el hecho sexto de la presente demanda, cuyo valor será el del momento en que se proceda en definitiva a su liquidación y respectiva adjudicación a doña Carolina, se admita la acción de enriquecimiento injusto por la que se deberá condenar al demandado a entre-

gar a su mandante una cantidad que a juicio de S.S.^a compense satisfactoriamente a doña Carolina de los trabajos y servicios y empobrecimiento sufrido a consecuencia de los años de convivencia y posterior disolución de la unión extramatrimonial. E) Se condene a don José Carlos al pago de las costas si se opusiere a los pedimentos de la demanda».

⦿ Admitida a trámite la demanda, el demandado contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: «se sirva dictar sentencia por la que se desestime la demanda presentada de contrario, entendiendo que no ha existido ruptura de relación paramatrimonial y se acuerde no haber lugar a la adopción de ninguno de los efectos reflejados en la demanda presentada de contrario, absolviendo a mi mandante de los pedimentos deducidos en su contra con expresa imposición de las costas procesales a la actora por su temeridad y mala fe». Don José formuló demanda reconvenzional contra doña Carolina, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación suplicó al Juzgado: «... se sirva dictar sentencia por la que se estime en su integridad la demanda reconvenzional interpuesta por mi mandante y, en consecuencia se acuerde haber lugar a las medidas que sean precisas para la plena efectividad de la posesión de la vivienda sita en la CALLEooo, núm. NÚMooo, NÚMooi planta, en relación a mi mandante, adoptando las medidas precisas para asegurar y que por lo tanto y en ese sentido se requiera a la Sra. Carolina a los fines de que desaloje la vivienda y subsidiariamente al lanzamiento de la misma de la vivienda y los bienes que pudieran pertenecer a la citada, previo inventario de los mismos e igualmente se adopte cautelarmente caución por importe de 9.000 euros y se condene a la demandada en reconvencción al pago de las costas procesales causadas, por su evidente temeridad y mala fe».

⦿ Conferido traslado de la demanda reconvenzional fórmula de contrario a la parte actora, ésta la contestó alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes y terminó suplicando: «... se absuelva a doña Carolina de todos los pedimentos deducidos por don José Carlos en el suplico de su demanda de reconvencción, con expresa imposición al mismo de las costas del presente juicio».

⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Eche dictó Sentencia con el 1 de diciembre de 2004 estimando parcialmente la demanda y declarando que entre ambos existió una convivencia de hecho absolviendo al citado demandado del resto de las pretensiones deducidas contra él en la demanda origen de esta *litis* con carácter principal y subsidiario las cuales se desestiman, debiendo abonar cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

⦿ En grado de apelación la Sec. 7.^a de la AP de Alicante dictó Sentencia el 21 de febrero de 2006 desestimando los recursos interpuestos por ambas partes.

⦿ Doña Carolina interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo declarando que «la jurisprudencia no establece analogía entre la unión de hecho y el matrimonio». El derecho a indemnización depende de las circunstancias del supuesto, en virtud de la doctrina del «enriquecimiento injusto».

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Doña Carolina dedujo demanda de juicio ordinario frente a don José Carlos alegando, en síntesis, que en el año 1986 ambos decidieron formar una familia natural y una relación paramatrimonial fundamentada en la idea de permanencia, consolidación y progreso. La relación de convivencia se desarrolló

de forma libre, pública, notoria e ininterrumpida durante 17 años, hasta que el demandado decidió romper la unión de pareja. Con anterioridad a ello, y al verse obligada por un revés económico, la actora –según expuso en la demanda– había decidido vender a su pareja la vivienda que era de su pro-

piedad por el valor exacto de la hipoteca que gravaba el inmueble, con objeto de poder superar las dificultades económicas y con la idea de que, una vez desaparecida la situación de penuria, el demandado volviera a escriturar la vivienda a su nombre, a lo que, sin embargo, éste se negó cuando le fue solicitada la devolución de la escritura de la casa. Durante los años de convivencia, la demandante –siempre según sus palabras– compaginó, mientras lo pudo hacer, su trabajo con las labores domésticas y atendió a su pareja y a la familia de éste, soportando económicamente todos los gastos de la vivienda y los propios del hogar familiar, habiendo aportado a la vida en común el inmueble, los bienes muebles y los enseres durante casi todo el tiempo que duró la relación, que se deterioró cuando la actora cayó enferma y comenzó a sufrir malos tratos por parte de su compañero. Como consecuencia del cese de la convivencia se produjo para la actora un empobrecimiento respecto de la situación que disfrutaba anteriormente, acrecentado por la minusvalía que le fue declarada y por su incapacidad total y permanente para trabajar, en tanto que el demandado aumentó de fortuna, encontrándose aquélla en peor situación respecto de éste tras la ruptura de la pareja, por lo que, siempre según la demandante, procede arbitrar un sistema de equidad que permita liquidar la situación para-jurídica evitando el desequilibrio económico entre los convivientes, y salvaguardando el interés más necesitado de protección. Y sobre la base de todo ello, solicitó que se declarase que entre las partes existió una convivencia de hecho, como consecuencia de la cual se adquirieron unos determinados bienes, y que se le otorgase una indemnización equivalente al cincuenta por ciento de los mismos por ser la parte más perjudicada tras la ruptura unilateral de la convivencia, así como una pensión compensatoria por el desequilibrio económico sufrido a resultas de la extinción de la unión de hecho, y, del mismo modo, y por la misma razón, que se le atribuyese el uso y disfrute del hogar familiar. Subsidiariamente, solicitó que, una vez declarada la relación de convivencia, se procediese a la disolución y liquidación de la misma, y, acogiéndose a la acción de enriquecimiento injusto, se condenase al demandado a entregar a la actora la cantidad que se considerase suficiente para compensarla de los trabajos, servicios y del empobrecimiento sufrido como consecuencia de los años de convivencia y posterior disolución de la unión extramarital.

Para resolver la cuestión controvertida, que se resume en la determinación de las consecuencias económicas derivadas del cese de la convivencia y de la extinción de la unión de hecho, la Sala de instancia acude al criterio que establece la Sentencia del Pleno de esta Sala de fecha 23 de septiembre de 2005, dictada con la finalidad de fijar una línea juris-

prudencial uniforme para dar solución al problema jurídico derivado de la finalización de las relaciones estables de pareja, fundamentalmente cuando no existe norma legal que determine sus consecuencias, ante la diversidad de soluciones propuestas por la doctrina y también desde la jurisprudencia. A partir de dicha orientación jurisprudencial, y de acuerdo con sus dictados, el tribunal sentenciador considera que no procede reconocer a la actora derecho a indemnización alguna, ni derecho a la pensión compensatoria y al uso de la vivienda familiar que reclama, pues, por un lado, no cabe aplicar de forma automática el régimen de la sociedad de gananciales, no constando, además, acuerdo o pacto expreso o tácito entre los convivientes para constituir una comunidad sobre los bienes adquiridos durante la convivencia, sin que figure de forma significativa la existencia de cuentas bancarias conjuntas, habiendo sido emitidos todos los recibos relativos a los gastos de la vivienda familiar a nombre del demandado, a quien se atribuye su pago; y por otro lado, tampoco cabe aplicar analógicamente los artículos 96 y 97 del Código Civil y reconocer, con arreglo a ellos, el derecho a la pensión compensatoria y al uso de la vivienda familiar que éstos regulan, al no poder identificarse el matrimonio con las uniones estables de pareja. Concluye, finalmente, la Sala de instancia que no cabe apreciar el enriquecimiento injusto que sirve de base a las pretensiones indemnizatorias deducidas en la demanda, por cuanto no se aprecia que haya habido una pérdida de oportunidad o de expectativas para la actora, que estuvo trabajando mientras lo permitió su estado de salud.

La actora ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que se articula en tres motivos de impugnación, el primero de los cuales se encabeza con la denuncia de la infracción de los artículos 3.1 y 4.1 del Código Civil, en relación con la doctrina que emana de la Sentencia de 17 de enero de 2003, preceptos a los que después se añade, en el desarrollo argumental del motivo, el artículo 96, que también se considera infringido por la sentencia recurrida, por estimar la parte recurrente que, con arreglo a la indicada doctrina jurisprudencial, debe protegerse a quien, tras haberse dedicado a su compañero y al hogar familiar durante toda la convivencia, presenta, tras la ruptura de la relación, un interés más necesitado de amparo. En el segundo motivo se denuncia la infracción del artículo 4.1, en relación con el artículo 97, ambos del Código Civil, y la vulneración de la doctrina contenida en la Sentencia de 16 de julio de 2002, conforme a la cual procede reconocer el derecho a la pensión compensatoria en favor del conviviente desfavorecido por aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil. Y, por último, en el tercer motivo del recurso se denuncia la vulneración

de la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia de 5 de julio de 2001, la cual, con fundamento en los artículos 10.1 y 39.1 de la Constitución y en los principios de rango constitucional que en ellos se recoge, conduce a la protección de la parte más desfavorecida tras la extinción de las uniones de hecho de larga duración, cuando el patrimonio reunido durante tal convivencia queda en manos de uno de los convivientes, en claro perjuicio del otro.

La adecuada respuesta a la cuestión suscitada en el recurso, y, por tanto, en la demanda, pasa, ante todo, por poner de manifiesto, tal y como se hace en la reciente Sentencia de 8 de mayo de 2008 –recogiendo, a su vez, los términos de la de fecha 19 de octubre de 2006–, que la realidad social que encierra la convivencia a modo marital o las uniones de hecho ha carecido hasta fechas muy próximas de toda consideración jurídica, lo que no significa que tales uniones fueran contrarias a la ley, ni que la jurisprudencia se desentendiera de ellas. Como se recuerda en la Sentencia de 19 de diciembre de 2006 –a la que alude la de fecha 8 de mayo de 2008, antes mencionada–, la doctrina jurisprudencial se ha referido a las mismas como familia natural –Sentencia de 29 de octubre de 1997–, situación de hecho con trascendencia jurídica –Sentencia de 10 de marzo de 1998–, realidad ajurídica con efectos jurídicos –Sentencia de 27 de marzo de 2001–, o como realidad social admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo –Sentencia de 5 de julio de 2001–. En las Sentencias de 17 de enero de 2003 y de 5 de febrero de 2004, recogiendo la doctrina sentada en anteriores resoluciones, se destaca el carácter alega y ajurídico, que no ilegal o antijurídico, de las uniones de hecho, que producen o pueden producir una serie de efectos con trascendencia jurídica que no son ignorados por el jurista en general ni por el Juez en particular, y que deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho. Y se ha destacado también –cfr. Sentencias de 17 de enero de 2003 y de 12 de septiembre de 2005, esta última de Pleno– que se encuentran afectadas por principios de rango constitucional, y en particular, por la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico –artículo 1.1 de la Constitución–, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para su realidad y efectividad –artículo 9.2 de la Constitución– y justifica, como se precisa en la Sentencia de 12 de septiembre de 2005, que el Título relativo a los derechos y deberes fundamentales tenga como pórtico la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás –artículo 10.1 de la Constitución– sin olvidar el principio de igualdad que impide todo trato discriminatorio –artículo 14 de la Constitución– y la expresa protección a la fa-

milia –artículo 39.1 de la Constitución–, no sólo la fundada en el matrimonio, sino también en la convivencia *more uxorio*.

Paralelamente a lo anterior, la misma doctrina jurisprudencial, en línea con la del Tribunal Constitucional, se ha preocupado de precisar que la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio –Sentencias de 12 de septiembre de 2005 y de 19 de octubre de 2006, y Sentencias del Tribunal Constitucional 184/1990 y 222/1992, por todas–, aunque una y otra se sitúen dentro del derecho de familia. Aun más: hoy en día –como dice la Sentencia de 12 de septiembre de 2005–, con la existencia del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias.

Es, pues, esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio, y la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra ínsita en la convivencia *more uxorio*, la que explica el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por analogía *legis* de las normas propias del matrimonio, entre las que se encuentran las relativas al régimen económico-matrimonial; lo que no empuja a que puedan éstas, y, en general, las reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes, ser aplicadas, bien por pacto expreso, bien por la vía de la analogía *iuris* –como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento a partir de un conjunto de preceptos y su aplicación al caso no regulado–, cuando por *facta concludentia* se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común (Sentencias de 22 de febrero y de 19 de octubre de 2006), pues los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen, por ese mero hecho, comunes a los convivientes, sino que pertenecen a quien los ha adquirido, salvo que, de forma expresa o por medio de hechos concluyentes se evidencie el carácter común de los mismos (Sentencia de 8 de mayo de 2008).

Insistiendo en lo anterior, se ha de significar que esta Sala –cfr. Sentencias de 12 de septiembre de 2005, de Pleno, y 19 de octubre de 2006, y tras ellas, la de fecha 8 de mayo de 2008, en recurso de casación 1428/2001– ha acudido al mecanismo de la analogía *iuris* para extraer, por inducción, un principio inspirador con arreglo al cual se pueda resolver la cuestión consistente en cuáles han de ser las consecuencias económicas derivadas del cese de la convivencia *more uxorio*, presupuesta la ausencia de norma específica legal y la falta de pacto, expreso o tácito, establecido por los miembros de la pareja. De esta

forma, se ha buscado y encontrado fundamento a la compensación del conviviente que ha visto emperorada su situación económica a resultas de la ruptura de la relación en la figura del enriquecimiento injusto, ampliamente considerado, y gravitando en torno a la denominada «pérdida de oportunidad», que sería —como explica la Sentencia de 12 de septiembre de 2005— «el factor de soporte que vendría de algún modo a sustituir al concepto de “empeoramiento” que ha de calificar el desequilibrio».

La misma jurisprudencia ha explicado, además, que el enriquecimiento, como advierte la mejor doctrina, se produce no sólo cuando hay un aumento del patrimonio o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también cuando se da una no disminución del patrimonio (*damnum cessans*); y que el empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro.

Como se precisa en la Sentencia de 8 de mayo de 2008, de continua referencia, hay, sin duda, otros argumentos capaces de justificar la procedencia de la compensación económica en los casos de desequilibrio tras el cese de la convivencia al modo marital. Se basan éstos, en unos casos, en el principio general de protección al perjudicado, enraizado en el principio constitucional que proclama la dignidad de la persona y el desarrollo de la libre personalidad —artículo 10.1 de la Constitución—, que sitúa el centro de atención, no en el hecho de si se han efectuado aportaciones económicas o se ha sufrido un empobrecimiento, sino en la circunstancia de que haya habido importantes aumentos patrimoniales durante la convivencia y en la dedicación al trabajo y atención al hogar, dejando al conviviente que la ha prestado al margen de todo beneficio económico. En otros casos, la justificación de la compensación económica viene de la mano de la aplicación al cese de la convivencia *more uxorio* de las reglas previstas en el Código Civil para la fijación de las consecuencias derivadas de la ruptura matrimonial —artículos 97, 98 y 143— con base en la similitud relativa entre uno y otro caso —y, desde luego, con base en el concepto amplio de familia que ha elaborado el Tribunal Constitucional (STC 222/1992)—, que justifica un método de integración que conduce a aplicar a las situaciones de hecho las consecuencias establecidas para la disolución —o nulidad, según el caso— del vínculo matrimonial sin necesidad de sostener la semejanza entre dos instituciones que son distintas —sin necesidad, por lo tanto, de recurrir a sistemas de integración basados en la analogía—, y sin que sea preciso acudir a la figura del enriquecimiento injusto.

Llegado este punto, debe recordarse que son ya doce las Comunidades Autónomas las que han regulado legalmente las uniones de hecho en sus distintos aspectos, llegando algunas de ellas a establecer las normas que han de regir las consecuencias económicas de su ruptura. Entre ellas se encuentra la Comunidad Valenciana, que ha dictado la Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las Uniones de Hecho, cuya aplicación está condicionada a la inscripción de la pareja en el Registro Administrativo de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana, que tiene, además, carácter constitutivo (artículo 1.1 y 2), si bien dicha Ley no regula las consecuencias de la extinción de la unión, limitándose exclusivamente a remitirse a la voluntad de las partes, y a prever la inscripción del pacto entre ellas que regule dichas consecuencias.

Se está ya, por tanto, en condiciones de dar respuesta a los tres motivos del presente recurso, los cuales, dada su finalidad común y el carácter complementario que presentan entre sí, deben ser resueltos conjuntamente, y —ya se anuncia— ser desestimados.

La recurrente concentra inicialmente su esfuerzo argumental en sostener que la sentencia recurrida ha infringido los artículos 3.1 y 4.1 del Código Civil, en relación con la doctrina establecida en la Sentencia de 17 de enero de 2003, por cuanto no ha aplicado analógicamente lo dispuesto en los artículos 96 y 97 del Código Civil, aplicación justificada por la necesidad de proteger el más débil interés de la conviviente y de evitar el enriquecimiento injusto del varón, en perjuicio de la primera. Este argumento se refuerza con la denuncia —de nuevo— de la infracción del artículo 4.1 del Código Civil, esta vez puesto en relación con la doctrina establecida en la Sentencia de 16 de julio de 2002, que propugna la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil, y, en consecuencia, reconoce el derecho del conviviente que se ha visto perjudicado por la extinción de la prolongada convivencia *more uxorio* a percibir una pensión compensatoria, en los términos previstos en dicho precepto. Y este mismo argumento sirve de cierre al alegato casacional, con la invocación del criterio mantenido en la Sentencia de 5 de julio de 2001, que propugna la indicada aplicación analógica del régimen jurídico matrimonial a las uniones de hecho de larga duración, ahora con fundamento en los principios constitucionales consistentes en el libre desarrollo de la personalidad y la protección de la familia, que se contienen en los artículos 10.1 y 39.1 de la Constitución.

Debe señalarse, ante todo, que es pacífica la inexistencia de norma especial que regule las consecuencias de la ruptura de la convivencia extra-matrimonial de que se trata: no es aplicable la Ley

1/2001, de 6 de abril, de la Comunidad Valenciana, reguladora de las uniones de hecho, pues además de que su inaplicabilidad deriva de la falta de constancia de la inscripción de la unión en el correspondiente registro administrativo, no establece, por ende, normas *ad hoc* más allá que la referida a la simple reserva de la libertad de pactos, también con acceso al registro, que en este caso, sin embargo, son inexistentes.

Ya se ha indicado que el criterio jurisprudencial con arreglo al cual debe decidirse la controversia objeto del litigio y, por ende, de este recurso, es el que deriva de la Sentencia —de Pleno— de fecha 12 de septiembre de 2005, que, consecuente con su carácter plenario, tiene una finalidad claramente unificadora de la jurisprudencia que ha de servir, acorde con su carácter de fuente complementaria del ordenamiento jurídico, para resolver el conflicto, logrando al tiempo cumplir con las funciones propias de la casación, la nomofiláctica y ahora, en la misma medida, la función unificadora.

Conforme al criterio jurisprudencial expuesto, se debe rechazar *a limine* la aplicación analógica —analogía *legis*— de las normas reguladoras de las consecuencias jurídico-patrimoniales del cese de la convivencia marital, habida cuenta de la falta de identidad de razón entre el matrimonio y las uniones estables de pareja que permita dicha extensión normativa. Dicho lo cual, cobran especial importancia los datos fácticos de los que se nutre el proceso, tal y como se recogen en la sentencia de instancia, entre los que destaca la falta de constancia de un acuerdo de los convivientes, ya expreso, ya implícito, inferido de hechos concluyentes, que tuviese por objeto la constitución de un patrimonio común con los bienes adquiridos durante la convivencia, y la ausencia de un pacto regulador de las consecuencias de la ruptura de la pareja y la extinción de la unión de hecho. No existe la debida constancia, pues, de la formación de un patrimonio común que deba liquidarse, resultado de un esfuerzo económico común, que se haya visto frustrado por la finalización de la convivencia, en perjuicio de uno de los convivientes: ambos mantuvieron su independencia en ese sentido, conservaron sus trabajos —en el caso de la actora, mientras lo permitió su estado de salud—, y contribuyeron equilibradamente a sufragar los gastos propios de la convivencia. Tampoco se ha acreditado la mayor dedicación de la actora a su pareja o la familia, entendida ésta en los amplios términos en que constitucionalmente es considerada, ni que, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, la demandante haya quedado per-

judicada en comparación con la situación anterior a la extinción de la unión al modo marital, o que se halle en situación de desequilibrio respecto del otro conviviente tras el cese de la convivencia, y, en suma, que ocupe una posición más débil, digna, por ello, de protección. Y tampoco hay constancia, visto lo anterior, de la existencia de un enriquecimiento en el varón que conlleve el correlativo empobrecimiento de la demandante, aun entendido en sentido amplio, que, por ser injustificado, autorice a una reparación económica.

Faltan, por tanto, los presupuestos necesarios para reconocer el derecho de la solicitante a una indemnización equivalente al 50% del valor de los bienes adquiridos durante la convivencia, toda vez que, sentada la improcedencia de la aplicación analógica de las normas reguladoras de la disolución y liquidación del régimen matrimonial de gananciales, no hay constancia de la voluntad de formar un patrimonio común, ni se aprecia el perjuicio de la demandante que sirva de base a dicha pretensión indemnizatoria. Igualmente improcedente resulta el abono de la pensión compensatoria y la atribución del uso de la vivienda familiar que reclama: la aplicación analógica de los artículos 96 y 97 está excluida; y el reconocimiento de tales derechos mediante la aplicación de principios generales por la vía de la analogía *iuris* pasa ineludiblemente por verificar la existencia de un perjuicio y un desequilibrio en la posición de la demandante respecto del otro conviviente y en comparación con la situación de convivencia, una vez cesada ésta, que justifique la compensación pretendida y la atribución del derecho de uso de la vivienda por ser portadora, en definitiva, del interés más digno de protección, presupuestos estos que, sin embargo, no concurren en el caso considerado. Y, en fin, las circunstancias expuestas conducen del mismo modo a rechazar cualquier indemnización, y más aun compensación de todo género, con base en el enriquecimiento injusto, pues impiden apreciar desplazamiento patrimonial alguno y el empobrecimiento de la demandante, siquiera en un sentido lato del término, equivalente a una pérdida de oportunidades como consecuencia de la dedicación familiar, que, sobre la base de su carácter injusto, sirvan para asentar la reclamación económica y patrimonial que se contiene en la demanda.

La sentencia de instancia, así las cosas, resuelve adecuadamente la cuestión jurídica suscitada, ajustándose a la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual debe solucionarse el debate, por lo que no cabe sino rechazar los tres motivos del recurso.

SUCESIONES

Validez del testamento ya que la testadora previó que hubiera una desigualdad entre el valor de los bienes atribuidos a cada uno de los hijos indicando para tal caso que la diferencia «se impute como legado o mejora a favor del que resulte beneficiado». Hecha la partición por la testadora no procede una nueva partición para los bienes que expresamente se incluyeron en el testamento, sin perjuicio de hacer la partición respecto al resto no incluido en aquél.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Marina había otorgado testamento abierto el día 26 de febrero de 1985, al tiempo que su esposo don Luis con idéntico contenido. En él hace sendos prelegados a favor de cada uno de sus dos hijos, sin trascendencia en el proceso. Sí tiene trascendencia la institución de herederos con aplicación explícita del artículo 1056 del Código Civil, con el siguiente texto: «Sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria que corresponde a su citado esposo y que en el supuesto de sobrevivir a la testadora, le confirma, instituye herederos a sus dos nombrados hijos y, haciendo uso la testadora del derecho que le concede el artículo 1056 del Código Civil, distribuye entre los mismos su herencia, a saber: a su hija Teresa, se le adjudicará la mitad indivisa que por ser ganancial pertenece a la testadora de la casa sita en término de Gilet, CALLE002 y del terreno anexo a la misma y del piso NÚM005 sito en término Quart de Poblet, CALLE000, núm. NÚM006, que precisamente recae encima de la farmacia de dicha hija; todo ello en pleno dominio. A su hijo Federico, se le adjudicará la mitad indivisa que por ser ganancial pertenece a la testadora del piso sito en Valencia, CALLE001, núm. NÚM015, puerta NÚM004 y de la casa en el Camino de Santo Espíritu, del término municipal de Gilet; todo ello en pleno dominio. Y el resto de sus bienes a sus dos hijos por partes iguales y en pleno dominio. Es voluntad de la testadora se respete esta partición, aun cuando su valor fuere desigual, entendiéndose que el exceso que pueda existir en favor de cualquiera de ellos se impute como legado o mejora en favor del que resulte beneficiado. El hijo que le premuera, será sustituido vulgarmente por sus descendientes, por el orden legal de sucesión».

⊙ Doña Marina falleció el día 16 de junio de 1996.

⊙ Del matrimonio nacieron doña Teresa y don Federico, falleciendo posteriormente doña Teresa quien tuvo los siguientes hijos: doña Elisa, con Carlos, don Víctor y doña Claudia, demandados en la instancia y recurrentes en casación.

⊙ Don Federico interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra sus sobrinos doña Elisa, don Carlos, don Víctor y doña Claudia solicitando que se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: «Primero.— Que se ordene la práctica de la partición de la herencia de doña Marina procediéndose en su consecuencia, y en cumplimiento del mandato judicial que se interesa, a la formación del cuerpo general de bienes mediante el oportuno inventario de los mismos con inclusión del activo y del pasivo en su caso. Procediéndose en su consecuencia a las adjudicaciones que en derecho fueran pertinentes mediante la formación de las correspondientes hijuelas, todo ello respetando la legítima que le corresponde por Ley a mi mandante. Segundo.— Que a los efectos

de la división de la herencia que se interesa se declare que los bienes que constituyen la herencia de doña Marina son los que a continuación se describen: a) Gananciales: Mitad indivisa de la casa sita en término de Gilet, calle Fuente del Pino y del terreno anexo a la misma. Fincas inscritas en el Registro de la Propiedad de Sagunto al tomo NÚM000, libro NÚM001 del Ayuntamiento de Gilet, folio NÚM002, finca NÚM003, inscripción NÚM004. Mitad indivisa del piso NÚM005 sito en término de Quart de Poblet, CALLE000, núm. NÚM006. Inscrita dicha propiedad a favor de la causante y su esposo en el Registro de la Propiedad de Paterna al tomo NÚM007, libro NÚM008 de Quart de Poblet, folio NÚM009, finca núm. NÚM010, inscripción NÚM011. Mitad indivisa de una cuota parte indivisa consistente en cuatrocientas noventa y una partes del local destinado a aparcamiento de vehículos sito en la ciudad de Valencia, calle Isabel La Católica. Inscrito en el Registro de la Propiedad de Valencia núm. TRES en el tomo 1398, libro 100 de la Sección de Ruzafa 1.ª, folio 92, finca 2484-84, inscripción 1.ª Mitad indivisa de los derechos correspondientes a la causante y a su esposo sobre una casa en ruinas sita en el término municipal de Gilet, Partida del Mas del Piloto que corresponde en la actualidad y está ubicada en el polígono NÚM012, núm. NÚM013, parcela catastral NÚM014 del Catastro de la Propiedad Urbana del Ayuntamiento de Gilet. Valor actual de la mitad indivisa del piso sito en Valencia, en la CALLE001 núm. NÚM015, planta NÚM004 inscrito en el Registro de la Propiedad de Valencia núm. NÚM016, al Tomo NÚM017, libro NÚM018 afueras NÚM011, folio NÚM019, finca NÚM020. Dicha finca fue vendida por la causante y su esposo, también hoy fallecido, en el año 1991. El saldo que pueda aparecer en libreta de ahorro núm. NÚM021 abierta en la Caja de Estalvis de Valencia, Castelló y Alacant, oficina de Gilet (Valencia). Todos los bienes muebles, objetos y enseres existentes al tiempo del fallecimiento del causante en la vivienda sita en Gilet, CALLE002, núm. NÚM022 descrita anteriormente. Todos los bienes, muebles, objetos, lámparas, electrodomésticos y demás enseres existentes al tiempo del fallecimiento del causante en la vivienda que constituyó su domicilio habitual en la CALLE003 núm. NÚM023-NÚM006 de la ciudad de Valencia. Todos los bienes, muebles, enseres y objetos existentes al tiempo del fallecimiento del causante en la casa situada en la CALLE000 núm. NÚM006 de Quart de Poblet (Valencia). b) Privativos: Todas las alhajas que poseía, al tiempo de su fallecimiento así como las prendas de uso personal no corrientes, como mantillas, mantones, abrigos, pieles etcétera, así como también, una cristalería sonora y un juego de té de porcelana Royal. Un reloj de pie y la vajilla de porcelana. Tercero.—Que de conformidad con todo cuanto antecede, proceda a la aceptación y partición de la herencia que es objeto de este procedimiento previo el correspondiente inventario y avalúo de cuantos bienes forman parte de la misma, todo ello de conformidad con las bases establecidas por esta representación en los fundamentos jurídicos V, VI y VII de esta demanda, lo que deberá llevarse a cabo en período de ejecución de sentencia y, como queda interesado, de acuerdo con las bases establecidas. Cuarto.—La imposición de las costas causadas y que se causen en este proceso a los demandados si se opusieren temeraria e infundadamente a las pretensiones de mi parte».

- ⦿ Los demandados se personaron en autos y contestaron a la demanda solicitando su desestimación.
- ⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valencia dictó Sentencia con fecha 20 de diciembre de 2001 desestimando la demanda.
- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 7.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 15 de octubre de 2002 estimando el recurso interpuesto por el actor y estimando la demanda condenó a los demandados a someterse a la partición hereditaria y de carácter judicial promovida, con formación del inventario, avalúo, división y liquidación respecto a los bienes de la causante doña Marina; operaciones que se llevarán a efecto en ejecución de sentencia, según lo razonado en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia. Procediendo, en cuanto a las costas de ambas instancias, que cada parte abone las causadas en su interés y por mitad las comunes.

⊙ Doña Elisa, don Carlos, don Víctor y doña Claudia interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión jurídica que se plantea en este proceso gira en torno al testamento otorgado por doña Marina. En el mismo hace sendos prelegados a favor de cada uno de sus dos hijos, sin trascendencia en el proceso. Sí tiene trascendencia la institución de herederos con aplicación explícita del artículo 1056 del Código Civil, con el siguiente texto: «Sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria que corresponde a su citado esposo y que en el supuesto de sobrevivir a la testadora, le confirma, instituye herederos a sus dos nombrados hijos y, haciendo uso la testadora del derecho que le concede el artículo 1056 del Código Civil, distribuye entre los mismos su herencia, a saber: a su hija Teresa, se le adjudicará la mitad indivisa que por ser ganancial pertenece a la testadora de la casa sita en término de Gilet, CALLE002 y del terreno anexo a la misma y del piso NÚM005 sito en término Quart de Poblet, CALLE000, núm. NÚM006, que precisamente recaen encima de la farmacia de dicha hija; todo ello en pleno dominio. A su hijo Federico, se le adjudicará la mitad indivisa que por ser ganancial pertenece a la testadora del piso sito en Valencia, CALLE001, núm. NÚM015, puerta NÚM004 y de la casa en el Camino de Santo Espíritu, del término municipal de Gilet; todo ello en pleno dominio. Y el resto de sus bienes a sus dos hijos por partes iguales y en pleno dominio. Es voluntad de la testadora se respete esta partición, aun cuando su valor fuere desigual, entendiéndose que el exceso que pueda existir en favor de cualquiera de ellos se impute como legado o mejora en favor del que resulte beneficiado. El hijo que le premuera, será sustituido vulgarmente por sus descendientes, por el orden legal de sucesión».

Hay que advertir que el piso sito en Valencia, CALLE001, núm. NÚM015, puerta NÚM004, atribuido al hijo Federico, fue vendido a tercero por sus padres —es decir, la testadora y su esposo— después del testamento y, evidentemente, antes de su muerte.

El hijo varón, don Federico, ha formulado demanda contra los hijos de su hermana fallecida, es decir, sus sobrinos, sustitutos vulgares de la causante, en petición, tal como se recoge literalmente en el antecedente de hecho primero de esta sentencia que transcribe el suplico de la demanda, de que se ordene la partición de la herencia de la causante y se declare que una serie de bienes constituyen la misma y, en definitiva, se proceda a la aceptación y partición de

herencia. No se ejercita la acción de complemento de legítima, aunque se menciona en los fundamentos de derecho.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valencia de 20 de diciembre 2001 desestimó la demanda por entender que se había practicado la partición por la propia testadora y se habían adjudicado los bienes concretos a los herederos. La cual fue revocada por la Audiencia Provincial, Sec. 7.^a, de Valencia, cuya Sentencia de 15 de octubre de 2002 estimó la demanda y condenó a los demandados «a someterse a la partición hereditaria y de carácter judicial promovida, con formación del inventario, avalúo, división y liquidación respecto de los bienes de la causante ... en ejecución de sentencia».

El conjunto de los demandados ha interpuesto recurso por infracción procesal y de casación, inadmitido el primero y admitido el segundo, por Auto de esta Sala de 13 de febrero de 2007.

El testador, aparte de las demás especies de la partición, puede hacerla de sus bienes, disponiendo de su patrimonio y concretando qué bienes recibirá cada uno de sus herederos. Así lo prevé el primer párrafo del artículo 1056 del Código Civil que es citado explícitamente por la testadora, en su testamento, en el presente caso; la norma expresa: Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos; y la testadora dijo: «haciendo uso la testadora del derecho que le concede el artículo 1056 del Código Civil».

No es preciso que la partición comprenda absolutamente todos los bienes del causante. Cabe una partición adicional de los no comprendidos en ella, ya que al tiempo de hacer testamento, el testador no puede conocer cuáles serán exactamente sus bienes en el momento futuro, el de la apertura de la sucesión. Así, la testadora previó la atribución del resto de sus bienes a sus dos hijos por partes iguales y en pleno dominio.

La partición hecha por el testador corresponde a la mentalidad del legislador que, para proveer necesidades familiares, ventajas prácticas y anhelos muy legítimos, admite la posibilidad de que se realice por sí mismo la distribución y partición de sus bienes entre sus coherederos, lo cual proviene del Derecho roma-

no, se reconoce en el Derecho histórico de Castilla y se mantiene en el Derecho moderno; así lo expresaba la Sentencia de 6 de marzo de 1945, que destaca que implica siempre un acto de última voluntad, que debe ser respetada, como voluntad soberana del testador, produciendo el efecto, como dicen las Sentencias de 21 de julio de 1986 y 21 de diciembre de 1998, de conferir a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados. Cuya partición hecha por el testador no extingue la comunidad hereditaria sino que la evita, ya que no llega a formarse.

Se ha de destacar que es igualmente partición tanto la que comprende todo el patrimonio del causante, como si no lo comprende totalmente. Así lo expresó ya la Sentencia de 6 de marzo de 1945 al decir que «ni el precepto de referencia ni la doctrina científica que lo desenvuelve y explica imponen que se haya de reputar nula la partición hecha por el testador por la sola razón de que no hayan sido incluidos en ella todos los bienes, siendo así que la omisión de objetos o valores ni siquiera es, normalmente, según el artículo 1079, causa de rescisión de las particiones». Lo que efectivamente concuerda con el principio del *favor partitionis* que se desprende de esta última norma y que ha destacado la jurisprudencia en Sentencia 13 de marzo 2003, entre otras que asimismo cita. En todo caso, tal como dice la Sentencia de 4 de febrero de 1994, «se trata de una efectiva partición llevada a cabo por la mencionada ascendiente, que el artículo 1056 del Código Civil autoriza realizar por medio de testamento, toda vez que no se hace distribución de cuotas hereditarias, sino más bien una disposición distributiva definitiva y directa de la totalidad del caudal patrimonial entre sus dos únicos hijos, con precisión del destino de cada uno de los bienes para después de su muerte. Su raíz y fundamento hay que encontrarla no sólo en la voluntad que así se manifiesta, sino también en el deseo que de esta manera expresó la testadora de evitar conflictos y enfrentamientos entre los sucesores designados».

Asimismo, destaca la jurisprudencia (así, Sentencias de 21 de julio de 1986 y de 21 de diciembre de 1998) que la partición hecha por el testador se entien- de sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1075 en relación con el 1056 del Código Civil concede a los legitimarios en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o aparezca que fue otra la voluntad del testador. Pero en todo caso, como ya decía la Sentencia de 6 de marzo de 1945, la facultad que tienen los interesados en la partición «para impugnarla y pedir su modificación, su nulidad o su rescisión, tiene que ajustarse, como norma procesal, a la de la necesidad de determinar en la demanda la clase de acción que se ejercite, no con fórmulas literales o nominalistas, pero sí con la claridad suficiente para que se la pueda identificar».

En definitiva y tal como dice la Sentencia de 4 de febrero de 1994, «la consecuencia de tal estado sucesorio es el mandato que contiene dicho precepto 1056 del Código Civil, en cuanto obliga a los herederos a pasar por ella. La norma se presenta como imperativa, lo que refuerza el artículo 1058 que señalaba prioridad de la partición testamentaria y que, consecuentemente, ha de ser respetada, salvo que suponga perjuicio a la legítima de los herederos forzosos (artículo 1075 del Código Civil)».

En el presente caso, la testadora previó que hubiera una desigualdad entre el valor de los bienes atribuidos a una u otro de sus hijos, en cuyo caso el mayor valor de uno de los dos impuso que «se impute como legado o mejora en favor del que resulte beneficiado».

Partiendo de lo expuesto hasta ahora, es clara la estimación del recurso de casación. Éste se ha formulado en un solo motivo, con base en el artículo 477.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 675, 1056, 1079 del Código Civil y de la jurisprudencia dictada en aplicación de los mismos.

En primer lugar, se ha infringido el artículo 675 del Código Civil. Si entendemos que la interpretación del testamento supone la reconstrucción de la voluntad del testador y añadimos que dicha norma impone que el intérprete se limite al sentido literal cuando aparezca clara e indudable la voluntad del testador (así, entre otras, Sentencias de 7 de julio de 1992, 6 de octubre de 1994, 31 de diciembre de 1996, 26 de abril de 1997 y explica con todo detalle la de 19 de diciembre de 2006), es evidente que la testadora quiso hacer la partición de sus bienes en el testamento: así lo quiso y así lo dijo explícitamente, citando el artículo 1056 del mismo código y previendo incluso una posible diferencia entre el valor de los bienes objeto de partición y adjudicados a uno u otra de sus hijos.

Asimismo, se ha infringido el artículo 1056 en un doble sentido. Se ha ignorado que la partición, verdadera partición, ha sido hecha por la testadora y que no consta, ni se ha interesado en el suplico de la demanda, que se haya perjudicado la legítima del hijo demandante. Ha sido una verdadera partición, en el sentido de que la testadora ha partido su patrimonio, aunque no incluya la totalidad del patrimonio hereditario y se haga precisa una nueva partición referida a los bienes no incluidos en la fecha por la testadora. Ésta, incluso, la ha hecho sin preocuparse de la posible igualdad que contempla el artículo 1061.

Asimismo, se ha infringido el artículo 1079 del Código Civil, pues el código contempla el que no se incluyan todos los bienes del patrimonio hereditario en la partición, sin que ello produzca la ineficacia de la misma; como se ha dicho, no es preciso que la partición incluya todo los bienes, absolutamente, del

patrimonio hereditario. Incluso en el presente caso, la testadora hizo una especial referencia al resto de sus bienes.

En definitiva, en el presente caso hubo una partición hecha por la testadora, que evita la existencia de la comunidad hereditaria, sin perjuicio de que deba hacerse de una parte, resto de sus bienes, prevista y no partida. Y habiéndose practicado la partición testamentaria no cabe dar lugar a la acción ejercitada, que se encamina a obtener el mandato de practicar la partición con todos sus presupuestos y fases e incluso una declaración de bienes que forman el inventario y, finalmente, «se proceda a la aceptación y partición de

herencia»: lo primero no tiene sentido y lo segundo ya está hecha, como partición testamentaria. No se ha ejercitado la acción de complemento de legítima que prevé el artículo 815 del Código Civil ni consta la base fáctica para entender que se ha perjudicado la misma.

Por todo lo cual, débese estimar el recurso de casación y desestimar la demanda, confirmando al efecto la dictada en primera instancia y sin hacer condena en las costas causadas en este recurso, aplicando a todos los efectos el artículo 398 en su remisión al 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

PENSIÓN DE VIUDEDAD

A pesar de que en la separación no se fijó pensión compensatoria se concede pensión de viudedad a la ex esposa ya que la renuncia al percibo de la pensión compensatoria fue por motivos de defensa y autoprotección dado que era víctima de la violencia de género.

TSJ DE CANTABRIA, SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Santiago Pérez Obregón.

La sentencia de instancia desestima la demanda formulada en solicitud de que se declare el derecho de la actora a percibir la pensión de viudedad que reglamentariamente le corresponda por fallecimiento de su esposo con las consecuencias legales.

Frente a este fallo interpone recurso mediante la formulación de un motivo al amparo del artículo 191.c) del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral vigente.

A) En primer lugar se denuncia por aplicación indebida el artículo 174.2 de la LGSS y la infracción de los artículos 97 y 101 del Código Civil.

Discrepa de la interpretación que asume la sentencia del artículo 174.2 de la LGSS en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

Dicha norma establece: «... El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del CC, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante».

La razón de discrepancia con la sentencia recurrida surge porque el Juzgador de instancia condiciona el derecho a la pensión de viudedad al percibo de una pensión compensatoria, pensión compensatoria que no se fijó en el convenio regulador.

Considera que de la lectura del citado artículo 172.2 en ningún caso se desprende que las personas separadas que no perciban pensión compensatoria no tendrán derecho a la viudedad.

La disposición normativa no excluye a la actora de su derecho a ser beneficiaria de la prestación de viudedad, en la medida en que la situación de las personas que, como la demandante, se encontraba separada al momento de producirse el hecho causante sin percibir pensión compensatoria no se menciona en ningún caso y ello por cuanto que no se puede extinguir (como plantea la literalidad de dicho artículo) algo que no existe.

B) En segundo lugar se denuncia asimismo, infracción por aplicación indebida del artículo 3 de la vigente LGSS.

El artículo 3 de la LGSS regula el principio de irrenunciabilidad de los derechos de la seguridad social.

Conforme ha quedado expuesto de forma antecedente, al momento de efectuarse la renuncia de la pensión compensatoria –con la suscripción del oportuno convenio regulador– la regulación normativa, el entonces vigente artículo 174.2 de la LGSS, establecía como único requisito para acceder a la prestación de viudedad, en los supuestos de separación o divorcio, no haber contraído nuevas nupcias.

La demandante convivió con su cónyuge 38 años, no habiendo contraído nuevas nupcias.

Por tanto, no cabe adjudicar a la renuncia referida mayor alcance que la que de modo expreso le otorgaron los esposos al momento de suscribir el convenio regulador, tratándose como se trataba de un negocio jurídico de carácter privado, sin que, en ningún caso dicha renuncia voluntaria pueda afectar a los derechos derivados del sistema público de Seguridad Social, máxime teniendo en cuenta que la pensión compensatoria, regulada en el artículo 97 CC, es un derecho al que se puede renunciar (como así ha sido en el presente caso), y la pensión de viudedad, es un derecho social al que le es de aplicación el principio del artículo 3 de la LGSS, según la cual: será nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual se renuncie a los derechos que le confiere la presente Ley.

Y C) En tercer lugar se denuncia la infracción por aplicación indebida de los artículos 1.2) y 2.a) de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, a las víctimas de violencia de género, que regulan los principios rectores de protección y asistencia social y económica garantizados a este colectivo.

La Sentencia de Instancia reconoce como hecho probado la situación de maltrato que ha sufrido la actora durante los 38 años que duró su matrimonio. Reconoce y acepta, (con referencia expresa en el cuarto párrafo del Fundamento de Derecho Primero), que precisamente esta situación de maltrato fue la que obligó a la recurrente a renunciar a la pensión compensatoria.

Se constata, en definitiva, que no es que la recurrente no tuviera derecho a una pensión compensatoria, —obviamente tenía todo el derecho, contaba con setenta años, toda una vida (38 años) dedicada a la familia, sin ninguna posibilidad de acceder al mundo laboral, sin vivienda y con la única ayuda de unos 300 euros que cobraba del SOVI—, sino que la razón que la llevó a renunciar en su momento al percibo de una pensión compensatoria fue una razón de defensa y autoprotección, al no poder garantizarle los poderes públicos la necesaria protección para ella y para su hija.

Estos hechos y la normativa invocada han de conducirnos necesariamente a que se estime el motivo, se dicte nueva sentencia de conformidad con el suplico de demanda que reitera en la alzada.

Para resolver la cuestión esencial del litigio —que no es otra que si la actora tiene o no derecho a la prestación de viudedad, quien estaba separada legalmente de su esposo y en el convenio regulador no fijó pensión compensatoria—, deben establecerse los hechos más significativos que constan como probados en la sentencia y sobre los que no hay polémica y se aceptan por las partes.

A) El esposo de la demandante padeció etilismo crónico y protagonizaba crisis de ansiedad con falta de control y amenazas de muerte a su familia, ordinal cuarto.

B) La actora percibe pensión SOVI por importe de 356,20 euros.

C) Señala el Magistrado de instancia en el FJ 1 que la actora expuso que por razones de maltrato continuado del que no se duda, se omitió toda referencia al derecho a una pensión compensatoria en el Convenio Regulador aprobado por sentencia.

D) En las actuaciones consta además que el uso del domicilio se dejó al esposo, (Convenio Regulador), folio 31, en tanto que la esposa tuvo que acudir para residir a la casa de acogida para mujeres víctimas de violencia, dependiente de la Dirección General de la Mujer de Cantabria, folio 21; también consta la Sentencia dictada en juicio de faltas 201/2004 del Juzgado núm. 2 de Laredo por denuncia de la esposa por malos tratos de la que posteriormente desistió, una vez dictada sentencia de separación, folios 50 y ss.

El artículo 174.2 en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, dispone: «El derecho a la pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionada, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedará extinguida por el fallecimiento del causante».

De una lectura literal de la norma puede deducirse que para tener derecho a la pensión de viudedad se precisa haber sido acreedora a una pensión compensatoria.

El Tribunal Constitucional en SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, 184/1990, de 15 de noviembre y 35/1991, de 14 de febrero, y ATC 188/2003, de 3 de junio, ha expresado: «la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o dependencia económica, amparando un mínimo de rentas, sino más bien a compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos en los que participaba el cónyuge supérstite, y, en general afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad».

No es de aplicación el artículo 3 de la LGSS que fija la irrenunciabilidad de los derechos de la Seguridad Social, porque lo que está en juego es la procedencia o no del derecho a la pensión de viudedad que pueda corresponder a la demandante, derecho que es controvertido en el litigio.

Manifestado los hechos y la normativa de aplicación, la Sala considera que en el caso de autos debe declararse a favor de la actora su derecho a la pensión de viudedad, porque solamente y así viene recogido en la sentencia de instancia la única explicación que motivó que no se estableciese pensión compensatoria a su favor deriva de que el esposo, quien estaba diagnosticado de etilismo crónico, protagonizaba crisis de ansiedad con falta de control y amenazas de muerte a su familia, (esposa e hija), e incluso motivó que fuese denunciado por la esposa por malos tratos.

Además ésta tuvo al tiempo de los trámites de separación que acudir a una casa de acogida para mujeres víctimas de violencia de género, dependiente de los Servicios Sociales de la Comunidad.

Abunda estas razones el hecho objetivo de que los esposos contrajeron matrimonio en el año 1966, la separación tuvo lugar en el año 2004, después de casi cuarenta años de matrimonio, siendo la edad de la demandante de 74 años.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género no puede ser más explícita en estos casos cuando en su artículo 1.º se señala que esta

Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

El artículo 2 precisa que por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas.

En aplicación de esta normativa al caso sometido a decisión del Tribunal la respuesta ha de ser la ya explicitada, de que a la actora le corresponde la

prestación de viudedad, dando cumplimiento a la disposición legal de protección integral de la mujer sometida a violencia de género.

Con otras palabras, la inexistencia de pensión compensatoria en el Convenio Regulador acompañado con la demanda de separación, no puede ser obstáculo para el reconocimiento de la pensión de viudedad, cuando como en el caso que examinamos y valoramos, ha de protegerse de forma integral a la mujer sometida a violencia de género, aplicando en consecuencia el mandato legal.

En definitiva, como señala la recurrente, el motivo que le llevó a renunciar al percibo de una pensión compensatoria fue por razones de defensa y autoprotección.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Estimación de la demanda de divorcio aplicando la legislación rumana y no la española.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.^a, SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Julián Carlos Arque Bescos

La Sentencia recaída en la 1.^a Instancia en el presente procedimiento sobre divorcio es objeto de recurso por la representación de la parte actora que en su escrito de interposición (artículo 458 LEC), considera que debe considerarse acreditado el derecho rumano vigente, aplicable al divorcio solicitado a los efectos de la debida eficacia de la Sentencia en el país originario de los contrayentes.

La Sentencia recurrida considera que no consta acreditada la vigencia del derecho rumano al tiempo de la presentación de la demanda, no procediendo, en suma, la disolución conyugal interesada al amparo de dicho derecho debiéndose aplicar la legislación española.

Conforme al artículo 107 del Código Civil, la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda.

El artículo 281 de la LEC establece que el derecho extranjero deberá ser objeto de prueba, que deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación, tal como con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC proclama el Tribunal Supremo, SSTs de 16 de julio de 1991, 1991/7416, 31 de diciembre de 1994 S/9912 y 25 de enero de 1999 S 1994/544 en el sentido de distinguir las normas

de conflicto apreciables de oficio en virtud de las cuales se concreta el derecho aplicable de una relación jurídica controvertida y la prueba del Derecho Extranjero, en cuanto a su vigencia, contenido, entidad y aplicación que si bien puede ser averiguado por el Juez, constituye fundamentalmente carga probatoria de quien lo alega.

La demanda en el presente supuesto se interpuso el 26 de noviembre de 2007, por providencia del Juzgado de 8 de abril de 2008 se requirió a la recurrente para aportar el derecho extranjero vigente al tiempo de la interposición de la demanda, consta aportado documento a tal fin, por providencia del Juzgado de 19 de abril de 2008 se deja sin efecto el requerimiento anterior. La prueba practicada en autos y completada con la realizada en esta instancia (artículo 770.4 de la LEC en relación con el artículo 281 del mismo texto legal) permite tener por acreditado el derecho rumano vigente en el momento de interponerse la demanda (artículos 37 a 39 del Código de Familia Rumano), por lo que procede estimarse la demanda en su totalidad, confirmando la Sentencia en cuanto a las medidas establecidas en la misma y añadiendo a las mismas que el apelado de la demandante tras el divorcio será el de soltera, Clara (artículo 40 del Código de Familia Rumano), al solicitarse por la esposa y no existir ningún tipo de acuerdo entre las partes.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Siendo ambos cónyuges de nacionalidad marroquí y no habiéndose probado el derecho extranjero se aplica la legislación material española.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Pascual Martín Villa

Antes de entrar en el fondo del asunto, hemos de patentizar que en el caso enjuiciado es posible observar la nacionalidad marroquí de los litigantes, los

cuales contrajeron matrimonio en Tomás (Reino de Marruecos) en fecha 6 de diciembre de 1995, trasladándose a vivir a Cataluña, concretamente a Barce-

lona, y que de dicha unión en el año 1998 ha nacido un hijo, Iván. El párrafo 2.º del artículo 9.2 del CC, incardinado en el Capítulo IV (Normas de Derecho Internacional Privado), señala que la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107, estableciendo éste que la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda. La Ley de la residencia habitual queda reservada a los casos en los que no exista nacionalidad común, o a los casos en los que las leyes nacionales aplicables no reconocieran la separación o el divorcio, fuesen discriminatorias o contrarias al orden público. Pues bien, en la primera instancia por la Sra. Juez del primer grado se afirmó que al no haberse probado el derecho extranjero, se aplicará la legislación material española. Ello es así, por cuanto la demandante únicamente se limitó a enunciar la Mudawana en el FJ 5 de su escrito de demanda, sin justificar ni siquiera mínimamente su contenido, o la doctrina jurisprudencial que interpreta esta normativa.

En este sentido, las SSTs de 25 de enero de 1999, 9 de febrero de 1999, 31 de diciembre de 1994 y 7 de septiembre de 1990 señalan que quien pretenda valerse del derecho extranjero ha de acreditar en juicio, no sólo la existencia de la legislación de que se trate, sino también la línea jurisprudencial mantenida en la materia; esto es, acreditar tanto la exacta entidad del derecho vigente, como su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles. Y aunque el artículo 281

de la LEC permitiría a éstos recurrir a expertos en el derecho extranjero de que se trate, no obliga a designar dichos expertos a costa del erario público, pareciendo más razonable, por tanto, que sea la parte que lo alega, la que se esfuerce en probarlo; señalando la recentísima STS de 30 de abril de 2008 que «el derecho extranjero es una cuestión de hecho, y es necesario acreditar y probar la exacta entidad del derecho vigente, su alcance y autorizada interpretación, pues de otro modo, cuando no le sea posible al Tribunal español fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrá de juzgar y fallar según el Derecho patrio, de acuerdo con el artículo 12.6.II del Código Civil (texto entonces vigente), cuyo inciso final y la interpretación en base a jurisprudencia consolidada (*sic*). Lo que no puede ser confundido con la aplicación de oficio de la norma de conflicto, además de que la jurisprudencia ha declarado que quien invoca el Derecho extranjero ha de acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma y su aplicación al caso litigioso, y la facultad que se concede al juez en el artículo 12.6.II, inciso final (texto hoy derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero) no constituye una obligación».

Por tanto, es preciso concluir, que la sentencia del primer grado ha aplicado correctamente al caso la norma de conflicto y, posteriormente, lo previsto en el derecho español ante la falta de acreditación del contenido y alcance del derecho extranjero, extremos que la juzgadora de instancia no estaba obligada a investigar de oficio.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Nulidad del matrimonio celebrado entre un alemán y una ucraniana que abandonó el domicilio familiar tan pronto ésta consiguió su propósito, que le facilitaba a ella y a toda su familia su regularización en España.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Alcalá Navarro

En cuanto al fondo del litigio, estamos ante un caso que, como afirma el Ministerio Fiscal, no es el típico matrimonio blanco o de complacencia, donde se concierta celebrarlo por dos personas que ni se conocen, ni incluso hablan el mismo idioma, a cambio

de una contrapartida económica al que accede para que el otro pueda regularizar una determinada situación administrativa, y que después de la ceremonia cada uno parte por su lado y no hay nada más; en este caso la Sala entiende que el demandante iba

de buena fe, estamos en el supuesto del artículo 76 del Código Civil y los cónyuges no volvieron a vivir juntos tras esa huida de la esposa que sacó al marido de su error. Los litigantes se conocen en el verano del año 1998, él era español y residente en Alemania y 30 años mayor que ella, ucraniana y residente irregular en Benalmádena donde se conocieron ese verano; tras viajar a Ucrania para recibir la documentación necesaria, vuelven a España e iniciaron los trámites para el matrimonio civil que contraen en Benalmádena el día 20 de febrero de 1999; una vez casados, fijan su residencia en Torremolinos y el día 21 de abril de 1999 el demandante viaja a Alemania a arreglar unos asuntos, encontrando a su vuelta el día 12 de mayo de 1999 que la esposa ha abandonado el domicilio, manifestándole su hija doña Julieta, que es quien a su muerte le ha sustituido procesalmente en la acción, que el día 30 de abril, a sólo dos meses de la boda, la ahora demandada le había hecho entrega de las llaves de la casa y del anillo de bodas, aconsejándole que le dijese a su padre que se olvidara de ella; con fecha de 14 de mayo de 1999 comparece el demandante ante la Comisaría de Policía de Torremolinos a denunciar el abandono de domicilio de su esposa, haciendo constar que el matrimonio no se llegó a consumar en ningún momento, ya que ella siempre le ponía un impedimento.

Como esta misma Sala tuvo ocasión de pronunciarse en un caso análogo, en Sentencia de 6 de marzo de 2008, planteado el debate en los términos anteriormente expresados, la nulidad del matrimonio es la sanción civil por ausencia o imperfección de alguna de las condiciones legalmente requeridas para la formación del vínculo matrimonial, apareciendo la situación de inexistencia en el artículo 45.1 del Código Civil al proclamar —con reflejo del artículo 1261— que «no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial», especificándose en el artículo 73.1 que «es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración: el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial», lo cual nos lleva a precisar qué es lo que debe entenderse por consentimiento prestado con reserva mental, debiendo considerarse que, como dice la Sentencia de 8 de noviembre de 1999 de la Audiencia Provincial de Barcelona, la concurrencia de esta circunstancia en el matrimonio se da cuando se comprueba en cualquiera de los contrayentes una discordancia, mantenida conscientemente, entre el querer interno y el querer manifestado en la celebración, con la finalidad de obtener determinados propósitos ocultos a través de la prestación de ese consentimiento aparente, de lo que se colige que los presupuestos necesarios que han de concurrir para apreciar dicha situación serán: a) la gestación consciente en el fuero inter-

no de uno de los contrayentes, de la divergencia entre lo internamente querido y lo manifestado; b) dada la unilateralidad en la reserva mental, el secreto y desconocimiento para el otro contrayente matrimonial, lo que conlleva un engaño a éste, y normalmente para terceros, sobre la verdadera intención o propósito real de quien realiza la reserva mental, y c) la existencia de una verdadera intención oculta, un fin realmente querido —*propositum in mente retentum*—, que se pretende conseguir mediante la celebración de un matrimonio aparente, por lo que no coincide con la voluntad negocial declarada, no querida realmente, siendo meridianamente claro que ante la dificultad probatoria acerca de la falta de consentimiento producida por reserva mental en uno de los contrayentes matrimoniales y el carácter restrictivo con que debe ser examinada la causa legal de nulidad matrimonial, se hace exigible analizar los datos fácticos y elementos probatorios con especial cautela, de modo que sólo cuando conste de modo inequívoco la concurrencia de condicionantes fácticos susceptibles de integrarse en alguna de las previsiones contenidas en aquél, puede llegar a proclamarse la radical solución sanadora propugnada que entra en colisión con el principio *favor matrimonii*, bastante más atenuado en instituciones como la separación o divorcio, que no niegan la existencia del matrimonio, sino que partiendo necesariamente del mismo, sancionan con uno u otro alcance, la crisis surgida en las relaciones posteriores de los cónyuges, debiendo estarse a los hechos previos, coetáneos y posteriores a la celebración del matrimonio y al comportamiento del contrayente simulador, para lo cual, ante la carencia de material probatorio directo será necesario acudir a las presunciones, teniendo manifestado al respecto la Sala Primera del Tribunal Supremo que en tanto las pruebas directas prueban concluyentemente el hecho, las indirectas o indiciarias no son, por regla general, por sí mismas, suficientes para probar el hecho a demostrar, aunque acompañadas de otros indicios permiten formar la convicción judicial sobre la verosimilitud del hecho —SSTS de 24 de noviembre de 1993 y 23 de enero, 16 de septiembre y 21 de octubre de 1996—, entendiéndose por el tribunal *ad quem* que la respuesta a la cuestión de fondo contenida en la sentencia ahora impugnada en apelación en relación con la simulación matrimonial es acorde y plenamente ajustada a derecho y que, consecuentemente, habrá de ser confirmada en sus extremos, dado que del material probatorio practicado y del propio relato fáctico contenido en el escrito rector iniciador del procedimiento, se deduce la existencia del requisito de la reserva mental en uno de los cónyuges y la ocultación al otro de cuáles eran sus reales intenciones, lo que hace derivar la cuestión a precisar si es factible ca-

lificar el matrimonio civil concertado entre los cónyuges litigantes de «complacencia» o «blanco» —*marriage blanc*, en terminología francesa—, para lo cual debe traerse a colación que la Dirección General de los Registros y del Notariado viene definiendo en diversas Resoluciones (de 13 y 20 de junio de 2001) tales uniones como aquellas en las que no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que se pretende, bajo el ropaje de dicha institución, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial, a los efectos especialmente de facilitar la entrada o de regularizar la estancia en territorio nacional o de obtener más fácilmente la nacionalidad del cónyuge aparente, enlace que ha de reputarse nulo en nuestro ordenamiento jurídico por falta de verdadero consentimiento matrimonial (artículos 45 y 73.1 del Código Civil), planteándose el problema a resolver de cómo constatar esa ausencia de consentimiento ante la carencia de medios probatorios directos acerca de la voluntad simulada, de manera que descubrir la verdadera voluntad encubierta de las partes es tarea difícil para lo cual es perfectamente admisible acudir a indicios o presunciones judiciales a que se refiere el artículo 386 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para alcanzar la certeza moral de la inexistencia del contrato impugnado, siempre y cuando tales presunciones resulten de toda evidencia, ya que existe una presunción general de buena fe y el *ius nubendi* pasa por constituir un derecho fundamental de la persona reconocido constitucional e internacionalmente, de modo que la convicción de la simulación y del consiguiente fraude ha de llegar a formarse en un grado de certeza moral en el juicio de quien debe decidir sobre la nulidad del matrimonio discutido, de suerte que como remedio excepcional para las crisis matrimoniales, sólo podrá apreciarse cuando conste de manera inequívoca la concurrencia de condicionantes susceptibles de integrarse en la previsión legal del artículo 73.1 expresado; presunciones del hombre a través de las cuales se puede conseguir la probanza de las intenciones, ordinariamente a recaudo del conocimiento ajeno en el arcano del sujeto —TS 1.ª SS de 24 de noviembre de 1983 y 23 de enero de 1996, entre otras muchas—; indicios estos que han sido rectamente valorados por la juzgadora de primer grado, por cuanto pese a los intentos de la demandada de acreditar en esta segunda instancia una auténtica relación sentimental, los mismos no son conclu-

yentes y prueban únicamente los actos que constituyeron la celada que llevó al demandante a acceder a las pretensiones de la demandada, creyendo realmente que una mujer mucho más joven que él estaba enamorada, abriéndole unas expectativas inusitadas en el crepúsculo de su vida, ilusiones que fueron cruelmente rotas tan pronto ésta consiguió su propósito, que le facilitaba a ella y a toda su familia su regularización en España, y así se deduce de las declaraciones de los testigos propuestos en esta segunda instancia, manifestando el primero de ellos, hijo político de la demandada que quería mucho al actor y mantenía con él una relación de padre-hijo, pero sin poder aportar otros hechos que el viaje que realizó a Ucrania el demandante, sin añadir so pretexto de su discreción a la vida íntima de los litigantes, ningún dato que demuestre una convivencia compatible con la de cualquier matrimonio, pues la convivencia conyugal a la que se refiere el artículo 68 del Código Civil, no es tan sólo la de unidad de techo, sino también la de hecho, pues cohabitar según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es «vivir juntamente con otro u otros» y «hacer vida marital, extremo este sobre el que hizo especial hincapié el esposo al descubrir el engaño y formular denuncia de los hechos a la Policía, y sobre el que debemos afirmar que, dejando al margen la definición doctrinal de la cohabitación que pudiera darse como unión para recíproco goce de las cualidades sexuales, debemos ir más lejos en la conceptualización del término al proceder incluir en el mismo todos los caracteres que completan una perfecta comunidad de vida, y es lo cierto que de lo expuesto la demandada no tuvo deseo de crear una comunidad de vida, ni de asumir los fines propios y específicos de la unión matrimonial deseada por el esposo, por lo que es seguro que de haberlo éste sabido no hubiera tomado la decisión de contraer matrimonio, lo que debe llevarnos a desestimar el recurso y confirmar la sentencia decretando la nulidad, y todo ello a pesar de que el marido actualmente haya fallecido y el vínculo sea en cualquier caso inexistente conforme al artículo 85 del Código Civil, pues el pronunciamiento que aquí se realiza viene dedicado a declarar que el matrimonio nunca existió, pues es distinta la condición de no casada por haberse anulado el matrimonio, que la de viuda por haber fallecido su esposo, sobre todo a los efectos del artículo 834 del mismo texto legal.

PATRIA POTESTAD

La interposición de la demanda por el padre en solicitud de que se establezca un régimen de visitas paterno-filial, pone de relieve su voluntad de recuperar el contacto con la hija a la que dejó de ver al poco tiempo de su nacimiento, por lo que hay que entender que el interés preferente de la menor queda salvaguardado acordando que la patria potestad sea ejercida exclusivamente por la madre y no privando al padre de aquélla.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo

Procede resolver, en primer lugar, el recurso de apelación interpuesto por la Sra. María Purificación por cuanto interesa la misma la privación al Sr. Diego de la patria potestad respecto a la hija común Carla, nacida en fecha 22 de abril de 2002 de relación no matrimonial de los ahora litigantes, cuya pretensión, la basa, en esencia, según se deriva de lo alegado en su escrito de demanda reconvenicional y en el interposición del recurso de apelación en que, según dice, el progenitor, desde el mes de septiembre de 2002, «se ha desentendido de los deberes que le competen respecto a la menor, incumpliendo en forma grave las funciones inherentes a la patria potestad,...», despreocupándose de prestar alimentos a su descendiente, de tenerle bajo su compañía y de velar por sus intereses».

Y en orden a su resolución ha de tenerse en cuenta, que previendo el artículo 133 del Código de Familia que «la potestad constituye una función inexcusable y, en el marco del interés general de la familia, se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad», dispone el artículo 136.1 del mismo texto legal que «el padre y la madre pueden ser privados de la titularidad de la potestad sólo por sentencia firme, fundamentada en el incumplimiento grave o reiterado de sus deberes, o por sentencia dictada en causa penal o matrimonial», y habiendo dicho la jurisprudencia, en relación a las normas del Código Civil, que «la patria potestad de la prole actúa como derecho inherente de la paternidad y maternidad y en nuestro ámbito tiene indudable carácter de función tutelar que la configura como institución en favor de los hijos, así lo dice el referido artículo 154, y lo tiene declarado la jurisprudencia desde antiguo (Sentencias de 28 de octubre de 1891, 25 de junio de 1923, 3 de marzo de 1950, 18 de febrero de 1969 y 9 de marzo de 1984), así como las más recientes [Sentencias de 23 de julio de 1987 (RJ 1987\5809), 30 de abril de 1991 (RJ 1991\3108), 18 de octubre de 1996 (RJ 1996\7507)

y 5 de marzo de 1998 (RJ 1998\1495)]. La protección a cargo de la familia, que impone la condición de menor, conforme declara el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 19 de diciembre de 1966) (RCL 1977\893 ; NDL 3630) y que refiere el artículo 39.3 de la Constitución, en su vertiente obligatoria de derecho-función, llevó al legislador a la procura de un ejercicio correcto de la patria potestad, y evitar que pudiera resultar contrario a los intereses de los hijos, por ello el artículo 170 del Código Civil establece que se pueda privar total o parcialmente de su potestad a los progenitores mediante sentencia civil, que ha de fundarse en incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, lo que ha de presentarse plenamente probado [Sentencia de 6 de julio de 1996 (RJ 1996\6608)]. Se trata de una declaración genérica al no precisar el Código las conductas determinantes de tal sanción, por lo que los Tribunales, en cada caso concreto, han de decidir el alcance de los incumplimientos, midiendo su gravedad y también su reiteración», (STS de 9 de julio de 2002, RJ 2002\2905), aplicando dicha jurisprudencia al caso de autos, teniendo en cuenta el contenido del artículo 136 del Código de Familia sobre la privación de la potestad que queda dicho y que, como el antedicho artículo 133 del Código de Familia prevé, constituye una función inexcusable, se colige que la privación de la potestad ha de ser objeto de interpretación restrictiva, siendo necesario para adoptar una medida tan drástica y trascendente que concurren circunstancias excepcionales (incumplimiento grave o reiterado de sus deberes, conforme al artículo 136 del Código de Familia) que así lo aconsejen, siempre en interés y beneficio del menor, en este caso de la referenciada menor, que es el interés que debe ser protegido preferentemente a la hora de adoptar cualquier medida que le afecte, conforme a lo dispuesto en el artículo 82.2 del Código de Familia, por lo que, teniendo en cuenta, además, a los efectos que ahora

importa, que dicha medida, que queda dicho que ha de adoptarse en beneficio e interés de los menores, no supone una sanción indefinida como se deriva de que el propio artículo 136.2 del Código de Familia prevé que «la autoridad judicial debe acordar, en beneficio e interés de los hijos, la recuperación de la titularidad de la potestad cuando haya cesado la causa que había motivado su privación», empleando en dicho apartado relativo a la recuperación de la patria potestad la forma imperativa «debe» al contrario de la facultativa «pueden» empleada en el apartado 1, referente a la privación de la potestad, y que, sin necesidad de privar al padre de la patria potestad puede conseguirse el efecto de no perturbar el actual estado emocional de la menor mediante el contacto con un padre al que no ve prácticamente desde hace siete años, lo que denota, como alega la recurrente, la falta de preocupación del mismo por la hija, pero el hecho

mismo de la interposición de la demanda por el padre en solicitud de que se establezca un régimen de visitas paterno-filial, aunque no manifieste nada respecto a su obligación alimenticia, pone de relieve la voluntad del mismo de recuperar el contacto con la hija a la que dejó de ver al poco tiempo del nacimiento de la misma, por lo que, entendiendo la Sala que el interés preferente de la menor queda salvaguardado acordando que la patria potestad sea ejercida exclusivamente por la madre, y sin que se establezca en estos momentos régimen de visitas alguno de Carla con el progenitor no custodio, en tanto no se lleven a cabo las recomendaciones contenidas en el informe emitido por el Equipo de Asesoramiento Técnico Civil de 27 de diciembre de 2007 obrante en las actuaciones que es lo que en esencia se acuerda al respecto en la resolución recurrida, procede, en definitiva, la estimación parcial del recurso de apelación.

PATRIA POTESTAD

Privación al padre de la patria potestad en base al incumplimiento grave, y además también reiterado, de las funciones inherentes a ésta desde el año 2000 en que se produjo la separación de hecho del matrimonio.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

La privación de la titularidad de la patria potestad a cualquiera de los progenitores, supuesto legal regulado en el artículo 170 del Código Civil y 136 del Código de Familia de Cataluña, ha de ser aplicada en forma restrictiva, dado el carácter sancionador de tales preceptos jurídicos.

Tan sólo si aparece plenamente probado el incumplimiento grave o reiterado de los deberes inherentes a la patria potestad, es cuando habrá de procederse judicialmente a la privación de la misma, adoptándose tal medida en beneficio de los sometidos a la patria potestad (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1996, 18 de octubre de 1996, 31 de diciembre de 1996 y 24 de abril de 2000).

En el caso enjuiciado son de aplicación tales normas sancionadoras, dada la total despreocupación del padre de las menores Susana y Laila, del cumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad.

En el año 2000 el esposo abandonó el domicilio familiar, dejando a su consorte y a la hija común Susana, nacida el 29 de enero de 1999, pasando a una situación de paradero desconocido y desentendiéndose de su familia, tanto desde un punto de vista material como emocional, debiendo la madre sacarla hacia adelante sin el apoyo del padre. En autos no hay constancia del acuerdo verbal, alegado por el demandante, relativo al régimen de visitas de Susana con su padre.

La sentencia dictada en el proceso contencioso de separación, en fecha 6 de junio de 2001, acompañada junto con el escrito de demanda, no estableció, en aras de tutelar los intereses de la menor, ningún régimen de visitas entre Susana y su progenitor, al encontrarse en paradero desconocido y al haber mostrado un desinterés absoluto por el cuidado, mantenimientos y bienestar de su hija.

En fecha 25 de marzo de 2001 se produjo el nacimiento de la otra hija, llamada Laia, respecto

a la cual también el progenitor ha incumplido los deberes inherentes a la patria potestad.

El progenitor se desatendió de subvenir las necesidades alimenticias de sus dos hijas, incumpliendo el pago de la pensión establecida en la sentencia de separación, en favor de Susana, lo que ha motivado la ejecución de la sentencia. El padre de ambas menores no aporta cantidad alguna para subvenir ni tan siquiera las necesidades mínimas de las mismas, no obstante trabajar y percibir, según propia declaración, un salario del orden de mil cien euros mensuales.

Ante la concurrencia de signos aparentes de amenazas proferidas por el demandante hacia la aquí demandada, fue dictado Auto de 8 de febrero de 2001, por parte del Juzgado de 1.ª Instancia núm. cuatro de El Prat de Llobregat, por el que se acordaba orden de alejamiento respecto a la persona de su esposa. El Auto del mismo Juzgado de 20 de abril de 2001 extendió la medida cautelar de prohibición de acercamiento no sólo respecto a la esposa sino también en cuanto a las menores Susana y Leila.

El 15 de junio de 2006 recayó sentencia, por parte del Juzgado de lo Penal núm. 19 de Barcelona, en sede de procedimiento abreviado 13/2006, condenando al aquí demandante por delito continuado de amenazas y una falta de daños a pena privativa de libertad, con prohibición de acercamiento a su esposa y familia.

Por Sentencia de 4 de julio de 2006, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 22 de Barcelona, fue condenado por un delito de quebrantamiento de medida cautelar de alejamiento, en violencia doméstica, con prohibición de acercamiento por cuatro años respecto a su esposa e hijas.

En la actualidad se encuentra privado de libertad, por los delitos citados y otros contra la propiedad ajena, hasta el año 2013, según ficha de situación procesal penal unida a las presentes actuaciones.

En el acto de la vista del presente proceso de divorcio, no obstante comprometerse el demandante a pasar cien euros mensuales a sus hijas, mientras estuviese privado de libertad, no ha procedido al pago de las necesidades mínimas de las mismas, a pesar de recibir una remuneración de 158,82 euros mensuales, por su actividad laboral en prisión, según certificación del Centre d'Iniciatives per a la Reinserció.

De los antecedentes fácticos declarados probados, tras la valoración de los instrumentos instructivos practicados en sede de ambas instancias procedimentales, se deduce la conveniencia, en aras de tutelar los intereses de las hijas del matrimonio, de la privación al padre de la potestad sobre las mismas, en base al incumplimiento grave y además también reiterado de las funciones inherentes a la patria potestad, desde el año 2000 en que se produjo la separación de hecho del matrimonio, situación luego consolidada al tiempo de la separación legal, y ahora en la presente causa de divorcio.

La privación de la patria potestad se acuerda en base al artículo 136 del Código de Familia de Cataluña, sin que afecte a la obligación de prestar alimentos en favor de las menores, y en aras de tutelar los intereses de las mismas, más sin perjuicio de que en un futuro, pueda instarse la recuperación de la potestad que ha sido privada, en el supuesto de cesar la causa que haya motivado la privación.

La privación de libertad del progenitor, derivada de la comisión de determinadas tipologías delictivas, no constituye causa que determine la suspensión de la prestación de alimentos en favor de sus hijas. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal en Sentencias de 27 de octubre de 2004 y 28 de julio de 2005, dado el carácter ineludible del débito alimenticio, sobre todo cuando pueda obtenerse ingresos derivados del trabajo en la prisión, debiendo entonces atemperarse la determinación cuantitativa de las pensiones a la capacidad económica del obligado, mientras se encuentre en prisión, pudiendo luego ampliarse su cuantía a resultados de la libertad del alimentante y de la capacidad económica que ostente en tal momento histórico.

En caso de autos al percibir el demandante una prestación por trabajo en el centro penitenciario, del orden de 158,82 euros mensuales, según constancia documental ya mencionada, procede entender aquilatada la pensión de alimentos concedida en la sentencia, en favor de sus hijas, es decir en la suma de cien euros mensuales, pagaderos y actualizables en la forma determinada en la sentencia apelada, sin que proceda el aumento a trescientos euros postulados por la demandada, en su escrito de impugnación de la sentencia, al resultar ahora excesivo a tenor de la capacidad de ingresos del obligado en el centro penitenciario, mas sin perjuicio de que al acceder a la libertad pueda instarse su incremento en base a la mejora de fortuna del alimentante, fijándose entonces en base a los parámetros del artículo 267 del Código de Familia.

PATRIA POTESTAD

Atribución del ejercicio de la patria potestad a la madre dada la negligencia educativa del padre en relación con el abandono emocional, económico y de cuidados físicos respecto a los menores durante un largo período de tiempo.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Seoane Spiegelberg

El nacimiento de una persona genera un vínculo jurídico con sus progenitores del que dimana un haz de derechos y obligaciones. En las primeras etapas de su desarrollo, el menor precisa de un mecanismo de protección personal y patrimonial, que se desenvuelve dentro del ámbito de la atribución por ministerio de la ley de la patria potestad a sus padres en igualdad de condiciones. En este sentido, se expresa el artículo 154 del CC, cuando señala que: Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Es decir que el ejercicio de la patria potestad, mediante el cumplimiento de tales deberes, pretende garantizar la asistencia moral, afectiva, física y jurídica del menor, de manera tal que su incapacidad natural no le impida el libre desarrollo de su personalidad.

En este sentido, la STS de 9 de julio de 2002 proclama que: «Viene configurada la patria potestad en nuestro ordenamiento jurídico como una función instituida en beneficio de los hijos, que abarca un conjunto de derechos concedidos por la Ley a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesa sobre dichos progenitores; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos ellos, no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo (SSTS de 9 de septiembre de 1960 y 8 de abril de 1975)».

No podemos sustraernos tampoco a la idea de que la patria potestad deberá de ser ejercida en el interés del menor sometido a ella. En tal sentido, se ha pronunciado, como no podía ser de otra forma, la STC de 18 de julio de 2002, cuando ha proclamado que «sobre los poderes públicos, y muy en

especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de la patria potestad por sus padres ... se haga en interés del menor y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el superior del niño». De igual manera, se ha expresado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al proclamar reiteradamente que el interés del menor ha de informar tanto la privación de la patria potestad como su mantenimiento (SSTS de 5 de marzo de 1998 y 23 de febrero de 1999).

Pues bien, en el caso presente, dado que los progenitores viven separados atribuir la patria potestad a la madre en su condición de progenitor custodio, atendidas las concretas circunstancias que se pasan a exponer, es conforme a derecho, en aplicación de lo normado en el último párrafo del artículo 156 del CC, sin que ello suponga privación definitiva de la misma al padre, pronunciamiento no cuestionado de la sentencia de instancia.

En efecto, en el caso presente, como resulta de la prueba pericial psicológica practicada, en la que se sometió a los padres e hijos a una batería de tests y de entrevistas individualizadas, resulta que el padre no había visto a sus hijos, al menos en los últimos seis años, desde que abandonó el domicilio conyugal, sin preocuparse por ellos, no contribuyendo a satisfacer sus alimentos, asistirlos moralmente, visitarlos o preocuparse por su formación. En el mentado dictamen se hace constar la negligencia educativa del recurrente en relación con el abandono emocional, económico y de cuidados físicos respecto a los menores, señalándose que el padre confunde sus intereses con las necesidades de sus hijos, con visiones irrealistas del futuro. El hijo menor Daniel no lo conoce.

Es cierto que es beneficioso para los niños la relación con su progenitor, a la que no pone obstáculos la madre, que ha sido un modelo de cuidado y educación para sus hijos, en estos años en que tuvo que asumir, con ayuda de sus padres, la función de progenitor único, con unas notorias habilidades destacadas en el informe psicológico, de manera tal que los menores se encuentran per-

fectamente integrados y asistidos, sin apreciarse déficits en su personalidad y con un buen rendimiento escolar. Ahora bien, esos contactos entre demandado e hijos habrán de ser progresivos, fijándose al respecto un espaciado régimen de comunicación para normalizar las relaciones entre ellos. La irrupción de la figura paterna, tanto tiempo ausente, no puede venir acompañada de una atribución de la patria potestad a su favor, pues puede constituir un elemento manifestamente

perturbador sobre el cuidado y educación de los niños, que hasta ahora, y con sumo acierto, venía ejerciendo la madre, sin perjuicio de que cuando se vayan normalizando tales relaciones y, ponderando, como no puede ser de otra forma el interés y beneficio de los menores, se revise tal medida, que en las circunstancias expuestas es la que se mejor se concilia con el caso sometido a nuestra consideración, en función de lo precedentemente razonado.

PATRIA POTESTAD

Se acuerda que las niñas asistan a un centro bilingüe habida cuenta que nacieron en Londres y que su padre es de nacionalidad británica y vive allí, habiéndose trasladado posteriormente las menores con su madre a España. Las niñas no pueden perder sus raíces y se justifica en mayor medida que otros muchos niños que sin presentar tal circunstancia estudian en centro educativo bilingüe, que su educación sea en inglés y en español, porque cuando sean mayores tendrán la posibilidad de elegir el integrarse en una u otra sociedad, y su educación no sólo en ambos idiomas sino con títulos convalidables constituye una garantía para el ejercicio de su libertad de elección.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Alcalá Navarro

Solicita la parte recurrente la revocación parcial de la sentencia apelada y el dictado de otra que acuerde la escolarización de las hijas en un colegio bilingüe, alegando que la sentencia apelada carece de motivación al respecto y que no tiene en cuenta el pronunciamiento del Juzgado de Familia de Londres, y que adopte las medidas interesadas para el régimen de visitas acorde con las especiales circunstancias de la relación padre-hijas, como son que para el desarrollo de las visitas mensuales con el padre no sea solamente y de modo alternativo España e Inglaterra, sino que pueda ser también un tercer lugar alternativo a elección del padre, como dijo el tribunal británico, y que las vacaciones escolares de Semana Santa y semana blanca las pasen las menores con el padre, a cambio de que sólo disfruten de un fin de semana al mes debido a la lejanía de los domicilios.

No puede la Sala compartir el argumento de la parte recurrente de que la decisión relativa a la escolarización de las dos hijas de los litigantes esté ausente de motivación, pues al apartado d) del fallo corresponde todo un extenso fundamento de derecho de la sentencia apelada, el tercero, donde pondera la existencia o no en su lugar de residencia

de un centro bilingüe y la conveniencia, a la luz del informe de la psicóloga del Juzgado, de cambiar a las menores de centro educativo, lo que podría incluso repercutir negativamente en su salud mental, llegando a la conclusión de que cambio sí, pero más adelante cuando vayan cambiando de ciclo escolar, y en cuanto al pronunciamiento que realizara el tribunal británico cuando acordó que las niñas vivieran con su madre en España, lo cierto es que el progenitor ha instado la adopción de las medidas por el tribunal español y no una ejecución de sentencia extranjera. Lo cierto es que las niñas nacieron en Londres y que su padre es de nacionalidad británica y vive allí, trasladándose con su madre las menores a España, por lo que por el lugar donde nacieron y comenzaron su formación, y porque allí vive su padre que es de nacionalidad británica, las niñas no pueden perder sus raíces y se justifica en mayor medida que otros muchos niños que sin presentar tal circunstancia estudian en centro educativo bilingüe, que su educación sea en inglés y en español, porque cuando sean mayores tendrán la posibilidad de elegir el integrarse en una u otra sociedad, y su educación no sólo en ambos idiomas sino con títulos convalidables constituye una ga-

rantía para el ejercicio de su libertad de elección, y existen en la zona, si no en la misma ciudad de residencia sí en otras próximas en las que es posible el transporte escolar diario, centros que cumplen las características de además de los conocimientos propios de nuestros planes de estudio, imparten los estudios que se exigen en el Reino Unido, y aunque un cambio de colegio sea algo traumático, las hijas van siendo ya unas adolescentes, y cuanto más pronto accedan al centro que cumpla las condiciones exigidas de doble formación, menos traumático será pues ya podrán continuar su desarrollo intelectual con una plena integración en el mismo centro.

En cuanto al segundo de los puntos planteados por la parte recurrente, y aunque como hemos dicho no estemos ante una ejecución de sentencia extranjera, la interpretación que hace la parte apelante de la posibilidad de desplazamiento a un tercer país, nunca puede entenderse como una posibilidad discrecional del padre de poder estar con sus hijas en cualquier país del mundo, pues lo normal es que estén con el padre en su país de residencia desplazándose a tal fin, o en el de la madre con la que viven cuando el padre venga a verlas, y sólo

de común acuerdo a un tercer país si con motivo de las vacaciones realizasen un viaje a él, debiéndose ser suplido el acuerdo si no fuera posible, por la autorización judicial para cada caso concreto; y respecto a la petición de que las vacaciones más largas, las de verano y Navidad, sí sean compartidas entre uno y otro progenitor, pero no las de Semana Santa y semana blanca, que pide las pasen con el padre en compensación del menor contacto mensual ordinario, y al que no se ha accedido resolviendo que cada una de ellas será disfrutada por entero por cada uno de los progenitores, solución que la Sala comparte por ser más equitativa por dejar más igualatoriamente repartido el período de vacaciones escolares, pues las circunstancias de distancia en este caso concreto no son demasiado negativas, ya que Londres y Málaga están a poco más de una hora de vuelo, existiendo enlaces regulares entre los aeropuertos de ambas ciudades, muchos de ellos de bajo coste, sobre todo tratándose de fines de semana, por lo que sería más aceptable que el padre pidiese fines de semana alternos, igualándose así totalmente el disfrute de la compañía de las menores en los períodos ordinarios, pero esto no ha sido pedido en este recurso.

GUARDA Y CUSTODIA

Aunque no se cambia la custodia se apercibe a la madre que un nuevo incumplimiento del régimen de visitas dará lugar a la modificación automática de la guarda y custodia en la propia fase de ejecución de sentencia.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

La dirección letrada de doña Penélope se alzó contra la sentencia de instancia reclamando sus revocación y que se acuerde, antes de establecer la reanudación del régimen de visitas, que se acuda a los técnicos recomendados por dicho informe psicosocial para poder evaluar y valorar la conveniencia y, en su caso, desarrollo del régimen de visitas de la menor, mientras que la dirección letrada de don Bruno pidió la confirmación íntegra de la sentencia, con expresa imposición de las cosas de la segunda instancia, por evidente mala fe de la parte apelante.

Para el análisis de la cuestión suscitada conviene recordar que esta Sala ha afirmado que la posibilidad contemplada en el inciso final del ar-

tículo 91 del Código Civil no implica una derogación de los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada que rigen en todo procedimiento civil, ya que dicho precepto no permite la revisión arbitraria de resoluciones firmes subsistiendo las mismas circunstancias que las determinaron, y si cuando las medidas acordadas se revelan como ajenas a la realidad subyacente por haber experimentado una sustancial mutación los factores concurrentes en su momento, no prevista entonces y ajena a la voluntad de quien insta la referida modificación y requiere la concurrencia de las siguientes circunstancias: que las alteraciones sean verdaderamente trascendentes, fundamentales y no de escasa o de relativa importancia, que sean permanentes o dura-

deras y no coyunturales o transitorias, que no sean imputables a la simple voluntad de quien insta la modificación y que no hubieran sido previstas por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que fueron establecidas.

Es cierto que existen dificultades en la relación paterno-filial, así en el informe pericial fechado el 17 de abril de 2008, que obra del folio 254 al 263, ambos inclusive, se afirma que durante la interacción padre e hija se percibió un ambiente tenso y poco afectuoso, se pudo observar el gran distanciamiento existente entre ambos, costándoles interactuar sin la intervención del Equipo Técnico; el señor Bruno se mostró bastante bloqueado sin poder modificar dicha actitud durante dicha interacción.

Ahora bien, dichas dificultades están motivadas por el tiempo transcurrido sin que hay habido régimen de visitas, así la menor Beatriz en la exploración efectuada afirmó que «a su padre no lo ve desde hace un año y algo o dos años, desde 2006», y en la actitud de la madre, y en la resolución de esta Sección de 27 de junio de 2006 que conocía del recurso de apelación contra el Auto de 18 de julio de 2005 manifestaba que la madre había puesto múltiples impedimentos al régimen de visitas, sin que concurriera motivo para la privación de este derecho y señalaba que la conducta de la madre había culminado en un ejercicio absolutamente irresponsable de la patria potestad, en graves, e infundadas acusaciones de ésta contra el padre por malos tratos y abusos sexuales cometidos presunta-

mente en la persona de la menor. El Auto de esta Sección de fecha 27 de junio de 2008, que conocía del recurso de apelación contra el Auto de 31 de octubre de 2006, destacaba la inexistencia de indicios de abusos sexuales por parte del padre.

Asimismo el informe pericial citado, que reúne todas las garantías de objetividad e imparcialidad y que tiene una metodología completa que se explica al principio del mismo, señala que la señora Penélope acudió a las entrevistas con una actitud poco colaboradora porque piensa que es la niña quien tiene que decidir si quiere o no ver a su padre, sin atribuirse ella ninguna responsabilidad en que dicha relación se desarrolle con normalidad.

Por otra parte, del informe se desprende que el padre tiene capacidad para asumir la guarda y custodia y para desarrollar un régimen de visitas normalizado, así se afirma en el informe que el señor Bruno obtiene un perfil de personalidad flexible, que controla los impulsos y tolera la frustración, tendente a cumplir sus obligaciones y perseverante en la consecución de sus objetivos, tranquilo, calmado y un estilo educativo asertivo.

Sentado lo anterior y teniendo en cuenta que los hijos necesitan para su formación integral una presencia sólida de la figura paterna, no procede acoger la pretensión revocatoria de la parte apelante, sin perjuicio de que a la vista de la evolución puedan adoptarse las medidas para la normalización y entre ellas la derivación al CAI.

GUARDA Y CUSTODIA

La circunstancia de que el padre tenga mayor disponibilidad horaria para atender a la menor, dado que por su incapacidad laboral es pensionista, no condiciona en absoluto la atribución de la guarda y custodia, aunque justifica un amplio régimen de visitas.

AP A CORUÑA, SEC. 4.^a, SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Seoane Spiegelberg

El niño, en cuanto individuo en formación, precisa de una protección especial en los órdenes fisiológico y psicológico, en tanto en cuanto tiene una personalidad en desarrollo, que es necesario, en la medida de lo posible, salvaguardar, en este sentido en el derecho alemán se viene hablando del principio de promoción de su personalidad (*förderungsprinzip*) como esencial a la hora de adoptar las decisiones de las autoridades públicas sobre

los menores. La infancia conforma un período de la vida fundamental en la formación futura de la personalidad del ser humano, de ahí la importancia que alcanza desarrollar un adecuado sistema jurídico de protección del mismo, que incluso tiene su refrendo en el artículo 10.1 de la Carta Magna, en cuanto proclama el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En definitiva, quien no puede por su edad defenderse por sí mismo, velar por sus intere-

ses, transfiere tal función a las instituciones públicas y privadas que han de cuidar por que aquéllos sean debidamente respetados.

En el caso presente, se cuestiona por el padre la atribución de la guardia y custodia de la niña a favor de la madre, interesando que se la confiera al recurrente, pues dada su incapacidad laboral y su condición de pensionista goza de una total disponibilidad horaria para dedicarse al cuidado de su hija, mientras que la madre trabaja para el Ayuntamiento de Cambre, en el servicio municipal de emergencias de protección civil, con una importante disponibilidad horaria, por otra parte durante la convivencia familiar era él quien se ocupaba de la niña, llevándola al colegio, al parque y ayudándola en sus deberes. Por su parte la madre interesa la confirmación de tal pronunciamiento, interesando, en sentido contrario, la limitación del régimen de comunicación entre padre e hija, por reputarlo perjudicial para la niña, alegando que el mismo no ejerce con corrección su función de progenitor custodio, dadas sus limitaciones físicas derivadas de su incapacidad, trasnochando con la niña, y, en definitiva, el régimen de comunicación fijado es tan amplio que realmente nos hallamos ante un caso de custodia compartida para el que no se dan las condiciones del artículo 92.7 del CC. Expuestas resumidamente las razones alegadas en sus respectivos recursos de apelación por los litigantes procederemos al examen de las mismas, atendiendo como criterio decisor al interés preferente de la menor.

A los efectos de dirimir tal cuestión controvertida se llevó a efecto un informe psicosocial por psicóloga y trabajadora social, adscritas al Instituto de Medicina Legal de Galicia, Subdirección de A Coruña, en el cual, tras las entrevistas practicadas con los recurrentes y la niña, se concluyó que la menor necesita a ambos progenitores y éstos deberían colaborar en su educación y formar parte de su vida, sin que se haya detectado ninguna circunstancia o problemática que impida o limite su capacidad. La menor valora positivamente a ambos progenitores y se muestra contenta al hablar de los contactos habidos con el padre con posterioridad a la separación, aunque refiere que le gustaría pasar más tiempo con él. Existe una mayor disponibilidad horaria del padre y éste observa una mayor flexibilidad para facilitar los contactos entre madre e hija, ambos disponen de apoyo familiar, dictaminando que, en caso de que la guarda y custodia se atribuya a la madre, sería conveniente ampliar el régimen de visitas establecido a favor del padre, el cual, a modo orientativo, se señala, podría consistir en fines de semana alternos de viernes a domingo, los días intersemanales que doña Isidora trabaja, podría quedarse al cuidado del padre, y con respecto a las vacaciones escolares la mitad para cada uno de los progenitores.

Pues bien, en la tesis expuesta, la sentencia apelada atribuyó la custodia a la madre y no apreciamos error alguno en tal decisión, siendo ambos progenitores idóneos para atender al cuidado de la niña, máxime al fijarse un amplio régimen de comunicación entre el demandado y Sabela, con visitas intersemanales, incluso con una pernocta, fines de semana alternos y mitad de vacaciones escolares.

Es más manifestación evidente de que el sistema funciona, es que la niña está perfectamente adaptada al mismo, con un excelente rendimiento escolar, sin rechazo a la figura al padre, lo que pone de manifiesto, como además no podía ser de otro modo, que la madre no induce a la niña a rechazar la persona de su progenitor, de ser así no tendría sentido que en el dictamen del Instituto de Medicina Legal se señalase los deseos de Sabela de tener un contacto más amplio con su padre, que a través de la sentencia apelada se ha visto satisfecho.

La madre trabaja dos días seguidos con horario de 8.30 a 14.30 horas y de 16.30 a 20.30 librando los dos siguientes, con lo que podría conciliar su trabajo con la estancia de la niña con su padre, satisfaciéndose de esta forma la atención de la menor y el contacto con el demandado, tan fundamental en el desarrollo futuro de la personalidad de la niña.

No vemos pues razones para alterar un régimen de custodia y visitas que está funcionando con plena satisfacción, que sigue los postulados del dictamen pericial, y que permite amplios contactos de la niña con sus padres, siendo el natural deseo de la misma que sus progenitores vivieran juntos.

La madre tampoco impide el cumplimiento del régimen de comunicación entre padre e hija, sin que el sometimiento del mismo a consideración judicial en la alzada quepa conferirle tal condición jurídica.

No se ha evidenciado en modo alguno que el padre sufra limitaciones físicas que impidan atender al cuidado de la niña, como además venía haciendo durante la convivencia familiar, ni que durante su estancia con la misma lleve una vida desordenada que perjudique a la menor; por otra parte, si obtiene la correspondiente habilitación administrativa para conducir, es que sus dolencias físicas no le impiden hacerlo.

No nos hallamos ante un caso de custodia compartida, que no cabe confundir con los supuestos en los que se atribuya un amplio régimen de comunicación entre los hijos y el progenitor no custodio.

En definitiva, no vemos razones bastantes para alterar la sentencia apelada, sin perjuicio de que la entrega y recogida de la niña, en los casos en que no deba hacerse en el colegio, se haga en el punto de encuentro Fonseca, cuestión en la que ambos litigantes están de acuerdo.

GUARDA Y CUSTODIA

El amplio sistema de visitas que se fija en la sentencia impugnada satisface las necesidades de amplios contactos de los hijos con su padre, al acomodarlo a la jornada laboral de la madre y contemplar sus peticiones en orden a asumir el cuidado de los hijos cuando la madre no esté presente, por lo que no procede establecer la custodia compartida.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.^a, SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña María Elia Mata Albert

Ambas partes recurren la Sentencia dictada en la instancia, el Sr. Roque solicita se establezca la guarda y custodia compartida de los dos hijos del matrimonio, de manera que cuando la madre trabaje en turno de mañanas ésta los llevará a las 21 h al domicilio paterno donde pernoctarán y los llevará el padre al colegio al día siguiente, y cuando aquélla trabaje en turno de tardes el padre los recogerá a la salida del colegio y los reintegrará al domicilio materno cuando acabe la jornada laboral la madre, quedándose con los hijos los sábados durante la jornada laboral de la madre, sufragando cada padre los gastos de los hijos cuando estén en su compañía, aportando 150 euros cada padre a una cuenta común para afrontar otras necesidades de los hijos.

La Sra. María solicita la elevación de la pensión alimenticia a 360 euros mensuales.

La guarda y custodia compartida tal y como viene propuesta por el recurrente no puede considerarse como tal, y viene a resultar como una ligera

ampliación del régimen de visitas establecido por la Juzgadora en su Sentencia.

La madre se opone a la custodia compartida. Es verdad que los hijos, de 11 y 8 años de edad, han manifestado llevarse bien con su padre y querer verle con frecuencia.

El amplio sistema de visitas que se fija en la Sentencia impugnada satisface las necesidades de amplios contactos de los hijos con su padre, al acomodarlo a la jornada laboral de la madre, y contemplar sus peticiones en orden a asumir el cuidado de los hijos cuando la madre no esté presente, circunstancia esta última que no puede considerarse extraordinaria sino producto del trabajo que desempeña, como muchas otras personas.

En suma, los intereses de los menores se protegen de forma adecuada con las medidas adoptadas por la Sentencia recurrida, respetando su estabilidad y pleno desarrollo, por lo que no procede su modificación.

GUARDA Y CUSTODIA

No se trata de determinar en abstracto cuál de los sistemas posibles de custodia es el más idóneo, como parece entender el recurrente aludiendo a las ventajas del que propugna (sin duda el mejor desde un punto de vista ideal cuando su adopción sea factible), sino de determinar el más favorable valorando las circunstancias concurrentes, y en el presente caso la mala relación de los padres y el informe del equipo psicosocial aconsejan no acordar la custodia compartida.

AP OURENSE, SEC. 1.^a, SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña Josefa Otero Seivane

Centrado el objeto del debate se hace preciso determinar, en primer lugar, el régimen de guarda y custodia a seguir, cuestión sobre la que, en realidad,

ha girado la discusión. Para su resolución conviene recordar que, conforme al artículo 92, apartado 5 del CC, se acordará el ejercicio compartido de la

guarda y custodia de los hijos cuanto así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El apartado 8 del mismo precepto señala que «excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor».

Así, pues, a falta de acuerdo de los progenitores la adopción de la guarda compartida es prevista por el legislador con carácter excepcional a instancia de uno de ellos, siempre con informe favorable del Ministerio Fiscal y cuando «sólo de esta forma» se proteja el interés del menor.

Sobre la base de tal normativa, la Sala no puede menos que compartir el criterio del Ilustre Juzgador de Instancia contrario a la custodia compartida. En su apoyo merecen resaltarse: 1. Las malas relaciones entre los litigantes indiscutibles e indiscutidas hasta el punto de que la comunicación entre ellos se limita al intercambio de notas como las incorporadas a las actuaciones. 2. El resultado del informe pericial recabado judicialmente, rendido por el IMELGA a través de una trabajadora social y una psicóloga que desaconsejaron abiertamente la custodia compartida estimándola incompatible con la situación actual de conflictividad. El mismo informe pone de relieve la necesidad de que los niños se atengan a horarios y rutinas esenciales para su estabilidad, las diferencias de hábitos y horarios entre el padre y la madre y la inestabilidad de los menores resultante de esas diferencias, especialmente de la pernocta en días laborales en distintos domicilios como vienen haciendo en la actualidad. Sus autoras optan por un régimen de custodia exclusiva de un progenitor y el establecimiento de un horario amplio sin pernoctas en días laborables, no poniendo en duda la idoneidad de los dos litigantes para la custodia. C) Aludió también a la inestabilidad de los menores su cuidadora, empleada en el hogar de la madre cuatro horas diarias de lunes a viernes y dos veces a la semana, aunque en este caso no siempre, en el domicilio paterno. Manifestó que todos los días preguntan «hoy para dónde vamos, para dónde venimos», que las normas son distintas en cada casa, que le obedecen en una y no en otra y que los niños no se acaban de estabilizar.

Vistas las consideraciones precedentes no ofrece duda que en la situación actual la guarda compartida resulta perjudicial para los menores. Falta, pues, uno de los presupuestos legales indispensables para su adopción a falta de acuerdo entre los

progenitores cual es que «sólo de esta forma» según expresión del legislador, se proteja el interés del menor. Por el contrario, según indicación de las autoras del informe del IMELGA «al pasar los años será peor para los dos».

A la conclusión aquí mantenida no obsta el informe emitido por la psicóloga Sra. Reyes. Lo fue a instancia del apelante y no del Juzgado como el antes analizado, toma en consideración únicamente el sistema educativo del padre prescindiendo de las diferencias que presenta con el de la madre con la consiguiente imposibilidad de que los menores puedan obtener unas pautas seguras de conducta imprescindibles en la temprana edad en la que se encuentran, no llegó a entrevistar a la cuidadora de los menores (tampoco a la madre aunque en este caso por la negativa de ésta) y ante la falta de comunicación de los cónyuges optó por considerar que podría llegarse a un entendimiento forzando la situación con la custodia compartida, criterio que abiertamente se rechaza porque implica situar a los menores en una situación de riesgo, por otra parte bien alejada de lo que desearía cualquiera de los litigantes.

No se trata de determinar en abstracto cuál de los sistemas posibles es el más idóneo, como parece entender el recurrente aludiendo a las ventajas del que propugna (sin duda el mejor desde un punto de vista ideal cuando su adopción sea factible), sino de determinar el más favorable valorando las circunstancias concurrentes.

Excluida, por lo razonado, la guarda y custodia compartida, procede mantener su atribución a la madre, sin cuestionar en modo alguno la aptitud e idoneidad del padre para su ejercicio puesto que la opción por la custodia a favor de éste no se planteó en la instancia y si bien ello no supondría obstáculo para acordarla por tratarse de materia no sometida al principio dispositivo, lo cierto es que no existen motivos para introducir una tercera alternativa sobre la que no medió posibilidad de alegación o prueba de contrario, visto además que tampoco se discute la idoneidad de la madre para el ejercicio de la guarda y custodia.

El sistema que se adopta supone mantener también el uso del domicilio familiar por la madre y los niños sin que proceda la limitación temporal pretendida por el apelante por tratarse también de cuestión no planteada en la instancia.

GUARDA Y CUSTODIA

La voluntad del menor de 11 años de edad, expresada a presencia judicial, es clara y contundente en el sentido de preferencia de custodia por su padre, con el que tiene un vínculo emocional más fuerte. A ello añadimos el contenido del informe pericial practicado por el equipo técnico adscrito al juzgado de instancia que es claro a la hora de concluir que el cambio de custodia solicitado por el padre responde al interés preferente del menor, dado que el menor presenta problemas adaptativos atribuibles al desempeño de la custodia por parte de la madre.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña María Inmaculada Suárez-Bárcena Florencio

Para modificar una medida definitiva adoptada en un proceso familiar, tiene esta Sala, reiteradamente declarado que, conforme resulta de los artículos 91 del Código Civil y 775.1 de la LEC, es preciso que concurra una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando la medida cuya modificación se pretende fue adoptada, es decir que se produzca un cambio objetivo de circunstancias, entendiéndose por tal al margen de la voluntad de quien hasta el procedimiento modificador, que dicho cambio tenga entidad suficiente, y que no sea meramente coyuntural o esporádico, sino que ofrezca características de cierta permanencia en el tiempo, y que sea imprevisible o imprevisto. Por otro lado es conveniente recordar, a efectos de una correcta resolución de las cuestiones planteadas por las partes que toda ruptura matrimonial, al implicar la cesación de la convivencia familiar, determina la imposibilidad de que los hijos habidos permanezcan bajo la guarda de los dos progenitores, debiendo, necesariamente, encomendarse la custodia de los mismos a uno de ellos, sin que tal atribución lleve consigo la incapacidad o insuficiencia del otro progenitor para realizar las labores cuidadoras y educativas de los menores, sino simplemente la necesidad física de permanencia con uno de ellos. El principio básico que rige esta materia, de carácter fundamental, es el *favor minoris* recogido en la convención de derechos del niño de la ONU, en el artículo 39 de la Constitución Española y en diversos preceptos del Código Civil (92, 93, 94, 151, 154, 158 y 170). Ello quiere decir, que deben apreciarse determinadas circunstancias que revelen el interés superior del menor, que debe, sin duda, ser perfectamente tutelado, conforme dispone el artículo 92.2 del Código Civil y así, habrá de ponderarse el ambiente más propicio para el desarrollo de las facultades intelectuales, afectivas y volitivas del menor, la atención que pueden prestarle, tanto de tipo material como afectivo cada uno de los progenitores, la madurez intelectual y

evolutiva del menor, incluso, la voluntad y deseos del menor, siempre que así lo permita la edad y madurez del mismo, a fin de determinar que la voluntad del menor no obedece a un mero capricho o deseo coyuntural del niño, sino a una verdadera necesidad de permanencia con uno de sus progenitores. Sentado lo anterior y proyectándolo al caso de autos, en atención a las circunstancias concurrentes en el mismo hay que concluir que existe en la actualidad una alteración sustancial de circunstancias que autorizan el cambio de la guarda y custodia del menor hijo Óscar a favor del padre, siendo dicha modificación en orden a la guarda la medida que en la actualidad y de forma más adecuada tutela el interés preferente del menor, el cual está por encima de los deseos, caprichos, necesidades o particulares intereses de sus progenitores. Así en primer lugar el hijo menor Óscar, que cuenta en la actualidad prácticamente con doce años de edad, y por tanto con capacidad intelectual y volitiva más que suficiente, en la exploración judicial que le fue practicada, manifestó de forma clara y contundente su voluntad inequívoca de vivir en compañía de su padre, con el que, afirma, se siente más tranquilo y menos asustado, y ello pese a que el menor fue explorado judicialmente, no en las mejores condiciones para llevar a cabo dicha diligencia. La voluntad de los menores, según resulta del tenor del artículo 92.2 del Código Civil, es, sin duda alguna, un criterio legal relevante de acomodación de las medidas que les afecten al principio general destinado a favorecer el interés predominante de los hijos, y si bien este interés, puede, en algún caso, no ser coincidente con el deseo del menor, en cuyo caso no ha de seguirse necesariamente y de forma automática la solución conforme a dicha voluntad del menor, no cabe desconocer, más aun en aquellos supuestos como el que nos ocupa en los que la voluntad del menor coincide con el interés preferente del mismo, como luego se razonará, la decisiva importancia que siempre ha de tener la voluntad del me-

nor, en cuanto que, indudablemente, representa un factor esencial para la propia estabilidad emocional o afectiva del niño, así como para el desarrollo intelectual de su personalidad, y, en el caso enjuiciado, la voluntad del menor, expresada a presencia judicial, es clara y contundente en el sentido de preferencia de custodia por su padre, con el que tiene un vínculo emocional más fuerte. Si a esta voluntad clara del menor, añadimos el contenido del informe pericial practicado por el equipo técnico adscrito al juzgado de instancia que es claro a la hora de concluir que el cambio de custodia solicitado por el padre responde al interés preferente del menor, dado que el menor presenta problemas adaptativos atribuibles al desempeño por parte de la madre, de la custodia, durante todos estos años, de forma inadecuada, y a que el menor tiene fuertes vínculos afectivos con el padre, en tanto que la percepción de la figura materna es de respuestas poco afectivas hacia él, no podemos sino concluir, la procedencia de la estimación de la pretensión modificativa deducida en la demanda, en orden a la atribución de la guarda y custodia de Óscar a favor del padre. Uno de los factores que inciden de manera directa en la conducta de un menor, es indudablemente la comunicación afectiva con el mismo, en la medida que ello le aporta seguridad, siendo así que una relación afectiva satisfactoria con unos progenitores, sin duda alguna, incidirá, de manera positiva, en las relaciones afectivas que el niño desarrolle cuando

sea mayor, así como en las habilidades sociales futuras del niño, y, en el caso de autos, la afectividad madre-hijo, según resulta de la exploración del menor, y del informe pericial, es mucho más fría que la que tiene el niño con su padre, debido ello a que la madre no cubre de forma satisfactoria las demandas afectivas que requiere Óscar, ni propicia la autoconfianza y autonomía del niño, sin que en esta situación, haya influido en modo alguno el padre, como se colige del informe pericial, prueba esta de indudable valor probatorio en cuanto se convierten en instrumentos que ayudan a conformar cual sea el interés del menor, cuya adecuada tutela es preferente. En definitiva la guarda del menor por el padre, en la actualidad, es la medida que más favorecerá las deseables expectativas de estabilidad del menor, y, por tanto, la que contribuirá en mejor medida a lograr un mejor desarrollo intelectual del menor en su evolución como persona, sin que ello sea óbice el hecho o circunstancia de que el cambio de guarda imponga la separación de Óscar de su hermano mayor, que en la actualidad tiene 21 años, porque, según se desprende del informe pericial, y, además, dada la diferencia de edad notable entre ambos hermanos, ello no va afectar negativamente a Óscar, y ambos hermanos van a continuar relacionándose a través de los respectivos regímenes de visitas, procediendo por ello la revocación de la Sentencia dictada en la instancia.

RÉGIMEN DE VISITAS

No procede suprimir las visitas establecidas en semanas alternas de martes y jueves de 6 a 9 horas de la tarde que pactaron los progenitores en el convenio regulador por mucho que la madre alegue que no supone beneficio alguno en la relación entre padre e hijo, sino trastornos y perjuicios para ella.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Julián Carlos Arque Bescos

La sentencia recaída en el presente procedimiento sobre Modificación de Medidas (artículo 775 de la LEC) es objeto de recurso de apelación por la representación de la parte apelante (Sra. Milagros) que en su escrito de interposición (artículo 458 de la LEC) considera que procede suprimir las visitas establecidas en semanas alternas de martes y jueves de 6 a 9 horas de la tarde que no supone beneficio

alguno en la relación entre padre e hijo, sino trastornos y perjuicios para la recurrente.

La modificación de las medidas (artículos 90, 91 y 100 del CC) ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere de una alteración de circunstancias, que para que sean tenidas en cuenta, han de revestir de una serie de características, como que sean trascendentes y no de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación

permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni preconstituida y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que las medidas fueran establecidas. Correspondiendo la carga a la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (artículo 217 de la LEC).

Se trata de una medida fijada en un convenio regulador aprobado judicialmente por Sentencia de 18 de septiembre de 2007, la distancia de des-

plazamiento teniendo en cuenta que el recurrido ya residía en la localidad de Villamayor ya fue una cuestión sopesada en su momento, la presencia de la hermana del apelado en el punto de encuentro familiar puede tener su fundamento en la sentencia recaída en el procedimiento penal contra éste, no parece aconsejable pues la supresión de tales visitas al no existir informe en contrario que lo desaconseje igualmente, el Ministerio Fiscal se ha manifestado partidario de mantenerse el régimen de visitas concertado entre las partes. Se desestima el recurso en su totalidad.

RÉGIMEN DE VISITAS

Se estima la demanda de modificación de medidas y se fija el punto de encuentro como lugar de entrega y recogida de los menores dada la conflictividad existente entre ambos progenitores.

AP A CORUÑA, SEC. 6.^a, SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña Leonor Castro Calvo

Mediante la demanda rectora del procedimiento interpuesta por el esposo don Luis Pedro, se plantea la modificación de medidas respecto de la que previamente se habían establecido en el Cuaderno Regulador del divorcio de ambos cónyuges, inicialmente contencioso y reconducido a mutuo acuerdo, siendo la Sentencia que le puso fin dictada el 24 de octubre de 2006. Concretamente solicitaba que la entrega y recogida del menor tuviera lugar en un punto de encuentro y pedía que se llevaran a cabo concreciones respecto del régimen de visitas y los períodos vacacionales.

La esposa demandada doña Susana, se opuso formalizando reconvencción, si bien finalmente como resulta de la grabación de la vista, fueron más los puntos de encuentro que las discrepancias, lográndose el acuerdo respecto de las matizaciones al régimen de visitas, lo que determina que el único motivo del recurso planteado por doña Susana, sea la fijación como lugar de entrega y recogida del hijo común de ambos, en el domicilio de la hermana del actor doña Encarnacion, tal y como propuso el Ministerio Fiscal en la vista.

En el recurso se aducen como motivos, además de los atinentes a la conveniencia o no del cambio introducido en el régimen, que no se ha operado una modificación sustancial en las circunstancias tenidas en cuenta a la hora de fijar el anterior sistema y la incongruencia *extra petita*, que hace bascu-

lar en que en los escritos principales no se solicitó ese lugar de entrega y recogida.

Compartimos por entero el criterio de la juez de instancia, cuyos razonamientos damos por reproducidos.

Efectivamente del artículo 91 del Código Civil resulta la exigencia de que para modificar las medidas establecidas en los casos de separación y divorcio, es preciso que se haya operado una alteración sustancial de las circunstancias, lo que implica un necesario juicio comparativo entre la situación previa en el momento en el que se adoptaron las medidas iniciales y la existente al tiempo en que se pretende la modificación.

En el presente caso, contrariamente a los que pretende la apelante, entendemos que si se ha operado dicha variación, en la medida en que las relaciones entre los cónyuges son sumamente tensas y conflictivas, hasta el extremo que han mediado entre tanto dos denuncias penales que culminaron en sendos Juicios de Faltas y como señala la madre en la contestación a la demanda, la situación le ha llevado a adoptar la decisión de grabar todas las entregas y recogidas del niño «para tranquilidad y seguridad de todos», dictándose finalmente en el seno de otro procedimiento penal una orden de alejamiento.

El hecho de que los dos juicios hayan concluido con sentencia absolutoria, no es obstáculo alguno

para la adopción de la decisión, toda vez que con independencia del resultado final y de los motivos legales y procesales que condujeron a tal decisión, en ambos casos de la relación de Hechos Probados se deduce sin género de dudas el clima de tensión que se existe entre ambos cónyuges e incluso entre los familiares. Así mismo, se pone de manifiesto que los problemas se suscitan con ocasión de la entrega del menor, que genera situaciones de extrema dureza e incluso beligerancia.

Por tal motivo, nos parece acertada la decisión de evitar este factor de conflicto, y también acertada la solución alcanzada de que las entregas se hagan en el «Hostal Jardín», puesto que concilia el interés de ambos progenitores y fundamentalmente el del menor, que en caso contrario tendría que viajar a Santiago de Compostela.

Por último resta señalar que la petición no es extemporánea pues fue introducida por el Ministerio Fiscal en la vista y se debatió abiertamente sobre la posibilidad y conveniencia de acoger tal solución, por lo que no ha generado indefensión de tipo alguno a la demandada, que no se ha visto sorprendida por una decisión innovadora.

Al ser interrogada dijo que no se quería encontrar con él, que le tiene miedo y no puede ir sola a entregar o recoger al niño. Así mismo cuando se le dio a elegir entre la entrega en la casa de la hermana y el punto de encuentro dijo que era mejor este último lugar, porque queda en Padrón y el niño no tiene que viajar más.

Consecuentemente atendiendo al principio *favor filii*, consideramos que el recurso ha de ser desestimado, con confirmación de la sentencia.

RÉGIMEN DE VISITAS

Aunque el hijo de los litigantes, que cuenta en la actualidad con 15 años de edad, muestra una abierta hostilidad, al menos en la actualidad, hacia la figura del padre, no es motivo para no fijar un régimen de visitas, si bien éste debe ser muy restringido.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Seoane Spiegelberg

En efecto, el niño, en cuanto individuo en formación, precisa de una protección especial en los órdenes fisiológico y psicológico, en tanto en cuanto tiene una personalidad en desarrollo, que es necesario, en la medida de lo posible, salvaguardar, en este sentido en el derecho alemán se viene hablando del principio de promoción de su personalidad (*förderungsprinzip*) como esencial a la hora de adoptar las decisiones de las autoridades públicas sobre los menores. La infancia conforma un período de la vida fundamental en la formación futura de la personalidad del ser humano, de ahí la importancia que alcanza desarrollar un adecuado sistema jurídico de protección del mismo, que incluso tiene su refrendo en el artículo 10.1 de la Carta Magna, en cuanto proclama el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En definitiva, quien no puede por su edad defenderse por sí mismo, velar por sus intereses, transfiere tal función a las instituciones públicas y privadas que han de cuidar por que aquéllos sean debidamente respetados.

En el caso presente, nos encontramos con que el hijo de los litigantes, que cuenta en la actualidad

con 15 años de edad, muestra una abierta hostilidad, al menos en la actualidad, con la figura del padre, que se evidenció en la exploración judicial llevada a cabo por este Tribunal, en la cual se manifestó contrario a disfrutar de un régimen de visitas con su progenitor, remitiéndonos al contenido del acta levantada. Dicha situación imposibilita el mantenimiento del régimen de visitas fijado por la sentencia apelada. No obstante lo cual, al Tribunal le preocupa la rotura de las relaciones entre el apelado y su hijo Carlos, conscientes como estamos que una decisión de tal clase no beneficia al menor. Es necesario salvar las reticencias actualmente existentes, lo que requiere un esfuerzo entre los litigantes, que no han de transferir al hijo su problemática y tensas relaciones, que quedan evidenciadas en las múltiples denuncias cruzadas entre ellos. Por todo lo expuesto, consideramos que debe establecerse un régimen de comunicación restringido, que vaya venciendo las dificultades actualmente constatadas, de manera tal que, a medida que se vayan normalizando las relaciones entre padre e hijo, para lo cual todo el tacto del apelado, en su condición de adulto, no será poco,

pueda ampliarse el mismo. No podemos, a través de la presente resolución, sin razones suficientes para ello, privar a padre e hijo de relacionarse entre sí; por consiguiente, en las circunstancias expuestas, fijamos un régimen de visitas inicial, una vez a la semana, comenzando por el sábado y la siguiente semana por el domingo y así sucesivamente, de 17 a 20 horas, sin perjuicio de su amplia-

ción por acuerdo entre las partes, y solicitud, en su caso, de modificación judicial, régimen que podrá interrumpirse durante un mes en las vacaciones de verano de la madre. Con ello pretendemos que no quiebren de forma definitiva los vínculos entre el demandante y su hijo Carlos, sino que, por el contrario, se vayan normalizando en extensión e intensidad.

RÉGIMEN DE VISITAS

No se fija pernocta al reconocer el padre que la vivienda que ocupa no tiene condiciones de habitabilidad para las hijas.

AP A CORUÑA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Gómez Rey

La sentencia fija un régimen de visitas ciertamente restrictivo. Dice que la hija Flora, de 3 años de edad, podrá estar con el padre los sábados y domingos alternos, sin pernocta, desde las 16 hasta las 20 horas; y que con la hija Concepción podrá estar «sólo si a su vez está en compañía de su madre, los sábados y domingos alternos de las 17 hasta las 18 horas».

La razón que da el juez de instancia para esta decisión es la exigua edad de las menores y la necesaria adaptación progresiva de éstas al padre. También parece influir la ausencia de condiciones óptimas de habitabilidad de la vivienda del padre para convivir en ella con las menores.

Esas razones no son suficientes para justificar un régimen tan restrictivo, diferente además para las dos hijas y condicionado en el caso de la menor a la presencia de la madre.

La edad de las menores no justifica esta restricción. La hija Flora tiene más de cuatro años y la hija Concepción está próxima a cumplir los dos años. No hay constancia de una ausencia de relaciones entre padre e hijas y hay que presumir que, como alega el padre, la relación prevista en la sentencia de primera instancia se ha venido desarrollando con normalidad desde el momento en que fue dictada. No consta, por tanto, la necesidad de una adaptación progresiva, que ya se ha producido, y que de existir hubiera debido dar lugar a un régimen de visitas que se fuese incrementando en duración también de forma progresiva. Por otra parte el hecho de que sean dos hermanas facilita la relación y aconseja que el régimen de vistas sea el mismo para las dos,

sin discriminaciones o condiciones que no se basan en razones objetivas y resultan perjudiciales. Así la condición de que la relación con la hija menor tenga lugar durante una sola hora al día y en presencia de la madre, con asistencia también de la otra hermana, no se debe imponer. Limita la relación entre padre e hijas, que no se puede desarrollar en libertad en presencia de la madre, y es fuente potencial de conflictos entre los progenitores, que después de haber decidido el cese de su relación se ven obligados a estar juntos con las hijas en contra de sus deseos. La sentencia de primera instancia no considera que el padre tenga algún problema personal o de relación con sus hijas que obligue a restringir el régimen de vistas o a establecer cautelas. No se ha probado que el padre sea toxicómano, ni que haya tenido adicciones en el pasado que hayan influido de forma negativa en el comportamiento con sus hijas. En estas condiciones el único motivo que ampara una restricción en el régimen de visitas habitual es el estado de la vivienda que ocupa, que el padre reconoció que no reunía condiciones para que allí durmiesen las hijas, por carencia de camas y de otro mobiliario imprescindible. Este hecho justifica la decisión de que las hijas no se queden a dormir en la casa del padre. Pero no las demás limitaciones. Por ello se considera que las hijas y el padre podrán estar juntos los sábados y domingos alternos, desde las 12 hasta las 20 horas.

Respecto de los períodos de vacaciones escolares nada dispuso la sentencia apelada. El padre en su recurso tampoco propuso un régimen de visitas concreto. Se limitó a decir que lo dejaba en manos del Tribunal. El problema de la falta de idoneidad

de la vivienda que ocupa el padre también afecta a estos períodos. Por lo que también ha de excluirse la posibilidad de que las hijas duerman en casa del padre. La exclusión de esta posibilidad, que depende en un futuro de que el padre acondicione debidamente la vivienda, desaconseja que las hijas estén con el padre la mitad del tiempo de vacaciones. No parece aconsejable que la situación de visita diaria se mantenga durante mucho tiempo, por los trastornos que acarrea a los progenitores y a las menores. Por ello se estima que en verano las hijas podrán estar con el padre, además de los fines de semana alternos que le correspondan, durante 15 días. Con

la salvedad de que durante un mes, julio o agosto, de forma alternativa, las hijas estarán con la madre interrumpidamente, suspendiéndose las relaciones con el padre durante los fines de semana, a fin de que puedan organizar adecuadamente el disfrute de las vacaciones. En Navidad, siempre que no coincidan con fines de semana en que les corresponda estar con sus hijas, éstas y el padre estarán juntos el día 25 de diciembre o el día 31, de forma alternativa, y un día no festivo que se fijará en ejecución de sentencia a solicitud del padre. No se considera necesario fijar un régimen de visitas especial para el período de las vacaciones de Semana Santa.

RÉGIMEN DE VISITAS

Procede dejar sin efecto el pronunciamiento de la sentencia destinado a regular el régimen de visitas en situaciones futuras relativas a un posible traslado del demandado a establecimiento penitenciario de Canarias y a recobrar la libertad por cumplimiento de la condena impuesta, pues desconociéndose ahora las circunstancias que concurrirán, es preferible que sea entonces, cuando acontezcan tales eventos futuros, cuando se inste el régimen de visitas del padre con el menor que se considere pertinente, por la vía o cauce procedimental de la modificación de medidas.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

La sentencia definitiva del juicio verbal sobre guarda y custodia, régimen de visitas y pensión alimenticia de menor de edad, nacido en el seno de una relación extramatrimonial, ha sido objeto de apelación por la parte demandante doña Carina y de impugnación por el demandado don Ismael.

La accionante postula en la formulación de su recurso que se deje sin efecto el régimen de visitas establecido en la sentencia, para regular las relaciones del menor con el progenitor no custodio, en el supuesto futuro de que el progenitor, que se encuentra privado de libertad en centro penitenciario, fuese trasladado a establecimiento de tal naturaleza de Canarias, solicitando subsidiariamente, y en defecto de acogida de la pretensión principal, la determinación de un régimen de visitas distinto, concretado en el suplico del recurso. Adoptándose en todo caso las medidas de garantía y protección que se considere pertinentes. Además también se ha alzado contra el régimen de visitas señalado en el supuesto de recobrar la libertad el demandado, indicando la recurrente el que habría de considerarse adecuado a los intereses del menor.

En la impugnación de la sentencia, efectuada por el demandado don Ismael, se peticiona la ampliación del régimen de visitas del menor con su progenitor no custodio, en el caso de acceder a su libertad por cumplimiento de la condena impuesta. El Ministerio Fiscal se adhirió a tales pretensiones de parte.

El hijo de los sujetos de la presente relación jurídico procesal, llamado Aarón, nació el 14 de noviembre de 2005, teniendo pues en la actualidad tan sólo poco más de tres años de edad.

En el informe emitido por el Servicio de Asesoramiento Técnico en el ámbito de Familia, que obra incorporado a las actuaciones, se explicita que la comunicación del menor con su padre en el centro penitenciario, no presenta indicadores de malestar, habiéndose adaptado a tal situación, no obstante el contexto del establecimiento en que se desarrollan los contactos. Es indicativo que el niño se encuentra contento tanto a la entrada como a la salida del centro penitenciario, sin que se haya producido incidente desfavorable para el menor.

El Servicio de Asesoramiento ve viable el mantenimiento de la comunicación del menor con el

padre en el centro penitenciario, a la vista de las circunstancias concurrentes.

Ni la demandante ni el Ministerio Fiscal se han opuesto al pronunciamiento de la sentencia regulador de las relaciones del menor con su padre en el centro penitenciario en la ciudad de Barcelona, en la extensión descrita en la parte dispositiva, por lo que considerando este Tribunal el informe psico-social, las circunstancias concurrentes, y la falta de impugnación por parte de la accionante y Ministerio Público, procede mantener el régimen establecido mientras el padre se encuentre privado de libertad en centro penitenciario de Barcelona.

Sí que procede dejar sin efecto, tal como se postula por la demandante y por el Ministerio Fiscal, los pronunciamientos de la sentencia referidos a regular situaciones futuras, relativas a un posible traslado del demandado a establecimiento penitenciario de Canarias y a recobrar la libertad por cumplimiento de la condena impuesta, pues desconociéndose ahora las circunstancias entonces concurrentes, es preferible que sea entonces, cuando acontezcan tales eventos futuros, cuando se inste el régimen de visitas del padre con el menor, que se considere pertinente, por la vía o cauce procedimental de la modificación de medidas.

RÉGIMEN DE VISITAS

No procede la suspensión de las visitas por mucho que el menor, actualmente de 7 años de edad, presente un estado de polarización parental en el que atribuye a su madre todas las características positivas y al padre todas las negativas, dado que no se han puesto de manifiesto en el padre indicios de la existencia de alteraciones psicopatológicas que pudieran hacer recomendable el establecimiento de medidas restrictivas en relación con su hijo ni condicionante que le incapacite para un adecuado ejercicio de su función parental.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Acín Garos

La Sra. Julieta, demandada en el divorcio, interpuso demanda de modificación de medidas, luego acumulada al primero, en la que solicitaba se dicte sentencia por la que se deje sin efecto el régimen de visitas convenido en la separación –Autos 376/2002 del Juzgado de instancia, sentencia 12 de febrero de 2004– y se sustituya por el siguiente: a) Asistencia del menor, Gustavo, al Punto de Encuentro Familiar (PEF) de Zaragoza para que con la periodicidad que los profesionales señalen se le someta a terapia o tratamiento que solucione el grave problema psicológico que padece, estableciendo una serie de pautas de comportamiento que mejoren las relaciones con su padre y en el futuro no rechace su figura; y b) Cuando se estime por dicho Centro que el menor se encuentra adaptado y en perfectas condiciones psicológicas se inicie un régimen de visitas consistente en fines de semana alternos, sábados y domingo, durante 3 horas en dicho Centro, debiendo controlarse su desarrollo y el estado psicológico del menor por el PEF de Zaragoza.

La razón que fundamentaba la modificación solicitada era la alteración de las circunstancias concurrentes en la fecha del convenio de la separación, consistente según la madre en el grave trastorno psicológico padecido por el menor a consecuencia de la relación paterno-filial.

La sentencia de instancia mantiene el régimen previsto en el convenio para cuando Gustavo cumpliera tres años, con la variante de que sus entregas y recogidas tendrán lugar a través del PEF de Zaragoza, y de que el primer fin de semana la visita se realizará dentro del mismo PEF en presencia de su personal cualificado.

Se alza la demandada, que reproduce las alegaciones y pedimentos de su demanda, sustituyendo las referencias al PEF de Zaragoza por las hechas al PEF de Calatayud, de reciente creación.

Hay que decir una vez más que las medidas a tomar en la regulación del régimen relativo a la guarda y custodia, visitas y comunicación entre hijos y cónyuges no guardadores han de adoptar-

se teniendo en cuenta el criterio del beneficio del menor (artículos 92 y 94 del Código Civil y artículo 39 de la Constitución), criterio teleológico de interpretación normativa expresamente reconocido en los artículos 92.2, 96 y 103 del Código Civil, a cuyos efectos los jueces deben valorar la prueba practicada, en la que cobra importancia decisiva el dictamen de los especialistas.

En el caso, han mediado cinco, tres emitidos por las psicólogas Sras. Daniela, Olga y Apolonia, otro por el Psiquiatra Sr. Basilio, y otro por la Psicóloga adscrita al Juzgado de Familia. Y de su valoración conjunta, con especial atención a este último, por su independencia y objetividad, lo que queda acreditado es que Gustavo, actualmente de 7 años de edad, presenta un estado de polarización parental en el que atribuye a su madre todas las características positivas y al padre todas las negativas; que no se han puesto de manifiesto en el padre –ni en la madre– indicios de la existencia de alteraciones psicopatológicas que pudieran hacer recomendable el establecimiento de medidas restrictivas en relación con su hijo ni condicionante que le incapacite para un adecuado ejercicio de su función parental; que como motivación de su rechazo a la figura paterna el niño alega comportamientos hacia él que, si en un principio pudieran parecer alarmantes, una vez

analizados, responden más a la no aceptación por su parte de la autoridad normativa paterna, que a tratos inadecuados del padre; y que lo recomendable es que continúe el régimen de visitas pactado en la separación, aunque, de manera transitoria, con la finalidad de facilitar al menor el reinicio de las visitas, se considera conveniente que el primer fin de semana padre e hijo permanezcan un tiempo inicial de adaptación en el Punto de Encuentro Familiar, todo ello como mínimo de obligado cumplimiento que garantice la continuidad de una relación paterno-filial periódica y regular, que podrá y deberá ampliarse en función del acuerdo entre los padres y los deseos del menor. Dirección la expuesta en la que, como remarca la psicóloga, sería deseable que la madre, en la actitud responsable que el superior interés de su hijo exige, atienda escrupulosamente las recomendaciones del informe, siendo consciente de la importancia de que el niño conserve una vinculación adecuada con su padre, sin reforzar con sus posicionamientos, consciente o inconscientemente, su comportamiento de rechazo. Del mismo que ha de serlo el padre de las dificultades de su hijo para volver a disfrutar de una relación gratificante con él, respetando su ritmo de evolución, sin intentar producir ninguna aceleración contraproducente de la situación.

VIVIENDA FAMILIAR

No se accede ni a la división del inmueble, ni a la utilización por períodos entre ambos cónyuges y siendo el interés más necesitado de protección el de la esposa que carece de ingresos, se le atribuye el uso de la vivienda familiar hasta tanto se lleve a efecto y concluyan todos los trámites de la liquidación de los bienes gananciales.

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Francisco Bote Saavedra

Disconforme la parte demandada, se alza el recurso de apelación, alegando como único motivo el relativo a la atribución a la esposa del uso y disfrute de la vivienda conyugal. Así, insiste, como primera solución, que dadas las características de la vivienda es posible que la planta baja y otra superior la puede ocupar uno de los cónyuges, mientras que el garaje y la tercera planta puede ser ocupada por el otro cónyuge, incluso con la opción de habitarla de forma alternativa en los períodos que se establezca. 2.º) También discrepa que se niegue la posibilidad de que la vivienda sea utilizada por períodos bienales por cada uno de los esposos. 3.º) Además, se

atribuye el uso y disfrute de la vivienda a la esposa sin fijar un plazo, como previene el artículo 96 del CC, máxime cuando se trata de un bien ganancial, la inexistencia de hijos menores y la futura liquidación de los bienes gananciales, citando al efecto varias sentencias de otras tantas Audiencias Provinciales. Termina solicitando la revocación parcial de la sentencia de instancia, en los siguientes términos: 1.º) Que se distribuya el uso de la vivienda entre ambos cónyuges, una planta para cada uno y compartir la planta baja en dos espacios diferenciados; alternativamente, se acuerde el uso de la totalidad de la vivienda por períodos bianuales para

cada uno de los cónyuges, y de no aceptarse ninguna de ambas soluciones, se mantenga la atribución a favor de la esposa, pero con carácter temporal, hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales.

A dicho recurso se opuso la parte contraria solicitando su desestimación, a la vez que impugna la sentencia, en el particular relativo a la cuantía de la pensión compensatoria, que estima insuficiente la suma de 460 euros mensuales, solicitando la cantidad de 650 euros, a lo que se opone el esposo, que se ha conformado con la cantidad concedida en la sentencia recurrida.

Centrados los términos del recurso, y comenzando por el único motivo formulado por el apelante principal, relativo a la atribución del uso y disfrute de la vivienda conyugal, en el supuesto examinado, como bien se dice en la sentencia de instancia, la prueba practicada evidencia, primero, que la vivienda familiar pertenece a la sociedad de gananciales formada por doña María y don Fernando, según admiten ambas partes, y, segundo, que los hijos habidos en el matrimonio son mayores de edad y gozan actualmente de independencia económica, extremo igualmente aceptado por ambas partes.

Asimismo, consta que doña María cuenta con 69 años de edad, y ha dedicado toda su vida al cuidado y atención de la familia y del hogar familiar, y por ello, nunca ha realizado un trabajo propio o ajeno retribuido, mientras que don Fernando percibe unos ingresos por jubilación derivada de incapacidad, que ascienden a la suma de 1.417,46 euros mensuales, más dos pagas extraordinarias. En consecuencia, debemos convenir con el Juzgador de instancia, que el interés más necesitado de protección es el de doña María, de ahí que sea correcta la atribución del uso y disfrute de dicha vivienda conyugal a dicha esposa. En consecuencia, no hay duda de que existe un interés más necesitado de protección, representado en este caso por la esposa, cuya capacidad económica es inexistente, no percibe cantidad alguna con la que pueda subsistir, y que legitima la atribución en su favor del uso y disfrute de la vivienda.

Sentado lo anterior, la primera cuestión que plantea el apelante es que dadas las características de la vivienda es posible que la planta baja y otra superior la puede ocupar uno de los cónyuges, mientras que el garaje y la tercera planta puede ser ocupada por el otro cónyuge, sin embargo, no existe prueba técnica o proyecto alguno que permita estimar acreditado que, sin necesidad de obras o siendo éstas de escasa importancia, la vivienda que es única, se pueda desdoblarse en dos, con todos los servicios y dependencias necesarias, es decir, no

existe la mínima prueba que avale la pretensión planteada en el recurso, por más que no se haya admitido ni en la instancia, ni en esta alzada, la prueba de reconocimiento judicial propuesta por el apelante para acreditar la posibilidad de dividir la vivienda en dos, para que se pueda atribuir una parte a cada uno de los cónyuges.

Las sentencias de esta Sala, que cita el apelante, sobre supuestos similares, en realidad no lo son, pues la única sentencia dictada sobre el particular, presentaba la peculiaridad de que la vivienda conyugal estaba conformada por dos viviendas totalmente independientes, que sin necesidad de hacer obras de clase alguna permitió atribuir una a cada uno de los cónyuges, y éste no es el caso, por tanto, procede desestimar el motivo examinado.

En segundo lugar, solicita que se acuerde la posibilidad de que la vivienda sea utilizada por períodos bienales por cada uno de los esposos, es decir, que se atribuya por un período de dos años a cada uno de los cónyuges. Esta posibilidad ha de correr igual suerte desestimatoria, por la sencilla razón de que el único interés necesitado de protección es el de doña María, como hemos visto, pues de aceptar esta tesis, a los dos años se vería obligada a abandonar la vivienda conyugal, sin posibilidad alguna de arrendar o disponer de otra vivienda donde poder vivir, por carecer de ingresos suficientes para ello, mientras que el importe de la pensión que mensualmente percibe don Fernando, es más que suficiente para atender todas sus necesidades y abonar el importe del alquiler de una vivienda. Esta opción, además tiene múltiples inconvenientes como tener que efectuar dos mudanzas cada dos años, alquilar una vivienda cada período bianual, etc. La sentencia de esta Sala, que se cita en el recurso, tampoco guarda similitud con el presente supuesto, donde insistimos, existe un interés más necesitado de protección, lo que no sucedía en aquel supuesto.

En último lugar, solicita que, si se deniegan los anteriores motivos, el Juzgador de instancia ha atribuido el uso y disfrute de la vivienda a la esposa, sin fijar un plazo, como previene el artículo 96 del CC, máxime cuando se trata de un bien ganancial, no existen hijos menores y debe procederse a la liquidación de los bienes gananciales, por ello, insiste que, si se mantiene la atribución del uso y disfrute de la vivienda conyugal a favor de la esposa, lo sea con carácter temporal, hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Ciertamente, como estamos en un supuesto en el que los hijos de los litigantes son todos mayores, gozan de autonomía económica y no viven en el domicilio conyugal, es lógico y habitual que el destino de la vivienda aparezca vinculado a la liqui-

dación de la sociedad de gananciales, por más que, mientras se realizan las operaciones necesarias a tal fin, resulte aplicable por analogía la previsión que contiene el artículo 96.3 del CC, conforme al cual, no habiendo hijos, «podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección» Téngase en cuenta que, si esta regla es de aplicación al cónyuge no titular, con mayor motivo lo será al cotitular de la sociedad de gananciales a la que pertenece el bien, como es el caso que nos ocupa, de manera que el problema se reconduce a valorar si, atendidas las circunstancias, existe un interés más necesitado de protección que sugiera la atribución del uso y, en caso afirmativo, durante cuánto tiempo.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, ya hemos examinado que el interés más necesitado de protección es el de doña María, pero como no existen hijos que convivan en el domicilio que fue familiar, esta atribución es esencialmente temporal, sin que las circunstancias concurrentes aconsejen prolongar ese derecho de uso más allá del tiempo imprescindible para liquidar la sociedad de gananciales y poner fin así a la comunidad de intereses habida entre las partes, pues a partir del dinero obtenido por la venta o adjudicación de la vivienda, uno y otro cónyuge estarán en condiciones económicas de poder alquilar una vivienda.

Si el artículo 96 del CC hace referencia a la atribución de la vivienda familiar al cónyuge no titular, si su interés es el más digno de protección, lo permite, pero con carácter temporal, por lo que si la vivienda es ganancial, como aquí sucede, de la misma forma no podrá ser atribuida de forma indefinida, a no ser que se compense dicha atribución con otros conceptos, que no es el caso. Asiste razón a la parte apelante, cuando solicita se establezca un límite temporal para tal uso, pues, como hemos dicho en diferentes ocasiones, la atribución del uso de la vivienda familiar por sentencia judicial no puede constituir una carga perpetua en el tiempo, aunque sea económica, para uno de los cónyuges, de ahí, que haya de limitarse temporalmente ese uso hasta que se liquide la sociedad de gananciales, pues lo contrario, además de infringir el uso temporal previsto en el artículo 96 de la CC constituiría un derecho de naturaleza real, o, al menos, oponible a terceros, inscribible en el Registro, y siendo que el adquirente del inmueble, que conoce ese inscrito derecho de uso, viene obligado a respetarlo, supone una carga o gravamen que podrá dificultar la liquidación de tal activo ganancial, y por ello en aplicación del artículo 96.3 de la CC, y por ello, procede limitar temporalmente su vigencia hasta

tanto se lleve a efecto la liquidación de los bienes gananciales.

Éste es el criterio que se viene manteniendo por esta Sala y por la mayor parte de las Audiencias Provinciales, entre las que podemos citar, la AP de Barcelona, Sentencia de 9 de septiembre de 2000; AP de Madrid de 17 de noviembre de 1992 y 12 de marzo de 1993, de la AP de Vizcaya de 25 de abril de 1997, AP de Barcelona de 14 de junio de 1999 y de 6 y 13 de marzo y 22 de mayo de 2000, entre otras.

Ello es así, porque en ausencia de hijos comunes o cuando éstos sean independientes económicamente, como es el caso, la atribución a uno de los cónyuges del uso del que fuera domicilio común no puede, salvo casos realmente excepcionales, prorrogar de forma indefinida su vigencia, en cuanto que de tal manera el derecho de quien, en tal sentido, ha de merecer una protección preferente, conforme prescriben los artículos 96 y 103 del Código Civil, entraría en colisión con los legítimos derechos que al otro cónyuge puedan corresponder sobre el referido inmueble, no tanto en cuanto a su uso, como y fundamentalmente en lo relativo a su disposición, a través de la venta u otra operación que permita la efectiva liquidación del patrimonio común, y que, por aquella vía de la asignación del uso sin límite temporal, puede ver frustrado en la práctica su derecho de reparto efectivo, y no meramente nominal, por cuotas ideales, de los bienes comunes.

En el mismo sentido, ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1998, viene a decir, que una interpretación lógica y extensiva del artículo 96.3 del Código Civil lleva a considerar, no habiendo hijos —debe entenderse también cuando éstos sean mayores de edad y tengan ingresos propios—, la posibilidad de acordar el uso de la vivienda por tiempo prudencialmente determinado, sea adjudicado a cualquiera de los cónyuges, siempre atendidas las circunstancias personales y socioeconómicas de los mismos, sin que ello implique, como continúa diciendo dicha sentencia, incongruencia por conceder la atribución de la vivienda con carácter temporal, aunque tal posibilidad no haya sido siquiera planteada por las partes en litigio, al darse menos de lo pedido. SSTS Sala 1.ª del TS de 12 de noviembre de 1993 y 7 de febrero de 1994. «Y por ello, este Tribunal considera que el uso de la vivienda que fue en su día conyugal debe seguir atribuyéndose a la esposa, si bien con la temporalidad de tres años, plazo que empezará a contar desde la fecha de la presente resolución, pudiendo, no obstante, cualquiera de los consortes aquí litigantes, al tratarse de una vivienda copropiedad de ambos, instar, en cualquier momento, la acción de división de la cosa común respecto a tal

bien inmueble, respetando, claro está, tal derecho de uso hasta que concluya el término limitativo fijado para el mismo en esta sentencia, transcurrido el cual quedará sin efecto y extinguido el mencionado derecho de uso sobre la vivienda de constante referencia».

Así pues, procede estimar el motivo examinado, y con ello parcialmente el recurso, y en virtud de lo expuesto, lo procedente es fijar un límite temporal del uso de la vivienda familiar, que será hasta tanto se lleve a efecto y concluyan todos los trámites de la liquidación de los bienes gananciales, incluida la vivienda de referencia.

VIVIENDA FAMILIAR

Siendo la vivienda familiar propiedad privativa del esposo, se deja sin efecto la obligación de la esposa de abonar la mitad del préstamo hipotecario aunque dicho uso se haya atribuido a aquélla y a los hijos.

AP A CORUÑA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Ángel Manuel Pantin Reigada

Se ha de eliminar la contribución de la recurrente al pago de la mitad de las cuotas del préstamo hipotecario que recae sobre la vivienda familiar, cuyo uso se atribuye a los hijos comunes y a su madre. Se trata de un bien perteneciente de forma privativa al apelado, como no se discute, por lo que no hay base legal, una vez rota la economía familiar, para imponer a la ex cónyuge no titular una obligación relativa a un bien que no es común y cuyo sostenimiento, sufragando la carga hipotecaria que

sobre él pesa, no puede constituir un levantamiento de cargas familiares, sin que los deberes para el sostenimiento de los hijos puedan amparar el deber que se impone, sin perjuicio de que esta situación de imposibilidad de usar la propia vivienda por su dueño derivada de la atribución del uso de la vivienda y la carga financiera que implica se deban tener en cuenta a la hora de fijar las contribuciones económicas que procedan.

VIVIENDA FAMILIAR

El enfriamiento del mercado inmobiliario padecido en los últimos tiempos no justifica que demandante e hijos continúen en la ocupación del inmueble, dado que en el convenio regulador se pactó libre, voluntaria y en forma espontánea la venta del inmueble con el conveniente asesoramiento técnico, por lo que esa previsibilidad de que no pueda operar la venta en fechas próximas futuras es incertidumbre que no puede mantenerse *sine die* mediante la continuidad de ocupación del núcleo familiar constituido por madre e hijos.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Javier Díez Núñez

La actora recurrente en apelación pretende el dictado en segunda instancia de sentencia por la que se acuerde revocar la emitida por el Juzgado de Primera Instancia acordando, en interés de los hijos menores del matrimonio, por tratarse de una cuestión de orden público familiar, modificar

la medida contenida en la estipulación sexta del convenio regulador de veintiséis de septiembre de dos mil cinco, ratificado por los cónyuges don Hernán y doña Socorro y aprobado judicialmente en sentencia de veintisiete de diciembre del mismo año, dictada por el Juzgado de Primera Instancia

núm. Uno de Antequera (Málaga), a cuyo tenor los cónyuges «... se comprometen a la venta de la vivienda que hasta ahora ha constituido el domicilio familiar, sita en la calle DIRECCIÓNooo núm. NÚMooo de esta ciudad, de carácter ganancial. Es la finca núm. NÚMoor del Registro de la Propiedad de Antequera. La puesta en venta de la finca en cuestión será inmediata, para lo cual, y sin perjuicio de las gestiones que a título personal pueda realizar cada uno de los cónyuges, se iniciarán gestiones con varias inmobiliarias de la localidad para llevarla a efecto. No obstante lo anterior, y hasta tanto se produzca la venta de la referida vivienda, la atribución del uso de la misma corresponderá a la esposa y a los hijos que queden en su compañía, siendo de su cuenta los gastos derivados del consumo de luz, agua, teléfono y demás servicios o suministros derivados de dicho uso. Consecuencia de lo anterior, la esposa habrá de permitir y facilitar el acceso a la vivienda a cuantos interesados pudieran estar en la compra previo aviso por parte de la inmobiliaria en cuestión del día y hora en que se va a efectuar la visita al inmueble. El derecho de uso de la vivienda quedará extinguido automáticamente si transcurridos dos años desde la firma del presente convenio no se hubiera procedido a la venta de la misma», pretendiendo dejar intacto el contenido de dicha estipulación, a salvo de su último párrafo, que habría de tenerse por no puesto.

Planteado el recurso de apelación en los términos anteriormente expresados y circunscrito el tema de debate exclusivamente a concretar la posibilidad de continuidad en el uso y disfrute de la vivienda familiar a favor de la demandante e hijos menores Emilia y Guillermo en su compañía, ciertamente pasa por constituir principio elemental, necesario e inspirador del dictado de cualquier medida que pueda afectar a los hijos habidos en el seno matrimonial el de que el interés de los mismos es prevalente sobre cualquier otro, incluido el de los padres o progenitores, hasta el punto de que el llamado *bonum filii* ha sido elevado a principio jurídico universal orientador de la actuación al que deben someterse Jueces y Tribunales, quedando consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos (artículos 92, 93 y 103.1 del Código Civil) y así, *ex lege*, en el artículo 96.1 del Código Civil se dispone como regla general que en defecto de acuerdo entre los cónyuges aprobado por el juez, «el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden», norma sustantiva en la que se instaura *ope sententiae* como solución al problema atender a las necesidades de un sujeto plural y colectivo y no exclusivamente a las de uno de los cónyuges, situación que fue contemplada por los ex cónyuges cuando a la firma del convenio regulador

de los efectos de su divorcio pactaron que la vivienda que hasta entonces había sido la familiar quedara en uso y disfrute de esposa e hijos que quedaban bajo su guarda y custodia, pero es de advertir que esa autocomposición, ratificada separadamente a presencia judicial por ambos esposos y homologada por sentencia definitiva –y firme– que completaba con la decisión adoptada en forma voluntaria y libre entre los interesados, y, a su vez, aprobada judicialmente, con dictamen favorable del Ministerio Fiscal, de que el inmueble quedaba desde entonces a la venta, imponiendo como límite de ocupación el de los dos años, período que al día de la fecha ha vencido en exceso, por lo que debe entenderse que ese derecho pactado queda extinguido, sin que sea factible ahora pretender entrar en análisis de cuestiones extemporáneas en relación con el interés de los menores, pues lo decisivo a los efectos aquí debatidos no es otra cosa que partir de la base de que ante la no venta del inmueble y el transcurso del límite máximo de los dos años, se debe proceder a su desocupación, tratándose de concretar sin más si conforme a lo establecido en el artículo 90, penúltimo párrafo, del Código Civil, la medida judicialmente aprobada en el proceso anterior de divorcio, puede ser modificada judicialmente, pero para ello es necesario, señala el mismo precepto legal, que se hayan alterado sustancialmente las circunstancias, de lo que se deduce: 1) Que haya existido, y se acredite debidamente, una modificación o alteración de las circunstancias tenidas en cuenta por los cónyuges, o por el Juez, para la adopción de las medidas establecidas en el convenio regulador de la separación o del divorcio, o en la correspondiente resolución judicial, de tal manera que las existentes al tiempo de solicitar la modificación de aquellas medidas sean distintas de las existentes al tiempo de su adopción; 2) Que dicha modificación o alteración de las circunstancias sea sustancial, es decir, de tal importancia que haga suponer que, de haber existido tales circunstancias al momento de la separación o el divorcio, se hubieran adoptado medidas distintas, al menos en su cuantía por lo que hace a las prestaciones económicas; 3) Que tal modificación o alteración de circunstancias, no sea esporádica o transitoria, sino que se presente con caracteres de estabilidad o de permanencia en el tiempo, y 4) Que la referida modificación o alteración de circunstancias no haya sido provocada o buscada voluntariamente o de propósito para obtener una modificación de las medidas ya adoptadas, sustituyéndose por otras que resulten más beneficiosas al solicitante, debiendo entenderse por el tribunal, como así hiciera la juzgadora de primer grado, que, en absoluto, se observan cambios de circunstancias sustanciales a los efectos interesados, ya que el enfriamiento del mercado inmobiliario padecido en los últimos tiempos no justifica que

demandante e hijos continúen en la ocupación del inmueble, por así haberlo convenido libre, voluntaria y en forma espontánea la misma, con el conveniente asesoramiento técnico en su día, por lo que esa previsibilidad de que no pueda operar la venta en fechas próximas futuras es incertidumbre que no puede mantenerse *sine die* mediante la continuidad de ocupación del núcleo familiar constituido por madre e hijos, máxime cuando consta en las actuaciones que tiene disponibilidad económica para su propia subsistencia y de la de sus hijos, baste advertir como en el convenio regulador de los efectos del divorcio no se pactó constitución de pensión compensatoria por desequilibrio económico en su

favor, debiendo entenderse, pese a los testimonios ofrecidos en el desarrollo del juicio verbal, que la ocupación pasa por constituir un entorpecimiento al posible interés de presuntos compradores, no ya solamente por el que pueda tener la propia demandante en no facilitar la venta sino, incluso, por la posible situación de precariedad a que podría llegarse a pesar de la importante inversión en su adquisición (valorada en unos setecientos cincuenta mil euros), lo que se traduce en el dictado de una sentencia plenamente confirmatoria de la recurrida al ser totalmente ajustada a derecho en su pronunciamiento objeto de apelación.

VIVIENDA FAMILIAR

Extinción del contrato de arrendamiento concertado por el esposo, después fallecido, al no considerarse que, a pesar de estar vigente el régimen de gananciales, la esposa fuera parte en el contrato, no habiéndose por otro lado cumplido las formalidades para la subrogación.

AP A CORUÑA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Gómez Rey

En la demanda inicial la actora, propietaria de una vivienda, interesa se declare extinguido el contrato de arrendamiento cedido verbalmente a don Abilio durante la vigencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, con fundamento en lo previsto en la Disposición Transitoria Segunda.B).4 y 9 en relación con el artículo 16.3 todos ellos de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, alegando que, fallecido el arrendatario Sr. Abilio en fecha 4 de febrero de 2007, nadie se subrogó en el plazo de tres meses previsto en la ley.

La demandada, esposa del fallecido don Abilio, se opuso a dicha pretensión alegando, en primer término, que no se trata propiamente de un supuesto de subrogación ya que es cotitular del contrato de arrendamiento puesto que la cesión verbal del contrato se produjo a favor del matrimonio y no sólo del marido; y que, en todo caso, aún de no apreciarse que el arrendamiento fue concertado inicialmente por ambos cónyuges por las especificaciones de la normativa legal vigente en aquellos años, que restringía las facultades o derechos civiles de la esposa, sus derechos en el contrato de arrendamiento serían los mismos que los del esposo.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por considerar que correspondía a la

actora probar que la persona que ostentaba en exclusiva la condición de arrendatario de la vivienda era el fallecido don Abilio y que la demandada no era cotitular de tal relación arrendaticia, carga con la que no ha cumplido.

Por las razones que más adelante se exponen no compartimos el criterio de la sentencia apelada sobre la distribución en el presente caso de la carga de la prueba, ni la valoración que de la misma realiza. Antes de analizar estas cuestiones parece conveniente tratar, a pesar de que se alegó con carácter subsidiario, si el mero hecho de haberse concertado el contrato vigente la sociedad de gananciales convierte a ambos cónyuges en titulares del arrendamiento aunque sólo uno de ellos haya sido el contratante.

La controversia que se analiza es de índole estrictamente jurídica y no es otra que la de determinar si en este caso en que el contrato de arrendamiento fue suscrito exclusivamente por el cónyuge fallecido, bien que constante matrimonio con la demandada sometido al régimen económico de sociedad de gananciales, y para establecer la vivienda familiar, es o no aplicable el régimen de subrogación establecido en el artículo 16 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos. La solu-

ción a esa interrogante no es pacífica al haber sido resuelta en diferentes sentidos por las Audiencias Provinciales que han seguido criterios distintos al respecto. Así, una postura es la que considera que el único titular arrendatario del contrato es el firmante del mismo y ello por cuanto: 1) El derecho arrendaticio es un derecho personal y no un bien propio del matrimonio. 2) Porque de considerar cotitulares a ambos cónyuges, carecerían de sentido las cesiones *intervivos* y *mortis causa* reguladas tanto en la antigua, como en la nueva legislación de arrendamientos (artículos 24, 58 y 59 de la Ley de 24 de diciembre de 1964 y artículos 12 a 15 y Disposición Transitoria Segunda, apartados 4 a 9 de la vigente Ley de 24 de noviembre de 1994) en los que se considera subrogación el pase de la titularidad arrendaticia de un cónyuge a otro sin que se contemple excepción alguna. 3) Porque donde la ley no distingue no debemos distinguir, y el legislador, en cuanto a las subrogaciones arrendaticias *mortis causa* siempre se refiere al cónyuge, y en primer lugar, cuando relaciona las personas que por Ley pueden subrogarse y 4) El derecho de uso del otro cónyuge, caso de fallecimiento del que suscribió el contrato, no deriva del carácter ganancial del arrendamiento, sino del derecho de subrogación derivado de su condición de cónyuge y conviviente con el fallecido, debiendo darse en este caso cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de 1994 (Cantabria, Sec. 2.ª, SS de 13 de noviembre de 1998, Asturias, Sec. 1.ª, SS de 22 de septiembre de 1999, Zaragoza, Sec. 4.ª, SS de 31 de enero de 2000 y Vizcaya, Sec. 5.ª, de 3 de enero de 2005, a título de ejemplo). Este precepto es de aplicación al contrato que nos ocupa, conforme a lo previsto en la Disposición Transitoria Segunda.B) y en su apartado tercero, establece que el arrendamiento se extinguirá si en el plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario el arrendador no recibe notificación por escrito del hecho del fallecimiento, con certificado registral de defunción, y de la identidad del subrogado, indicando parentesco con el fallecido y ofreciendo, en su caso, un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse y en cuya inobservancia funda su demanda el hoy apelante.

La Audiencia Provincial de A Coruña sigue este criterio. Así la Sentencia de la Sec. 4.ª, de 29 de noviembre de 2006, recuerda que «ya hemos resuelto en anteriores ocasiones (SS de 30 de marzo y 12 de julio de 1993, 28 de marzo de 2000, y 2 de enero de 2006), la condición de cónyuge del arrendatario no puede equipararse con parte contratante del arrendamiento, cuando no intervino en el mismo, cualquiera que sea el régimen económico que rija el matrimonio, en virtud del principio de la relatividad de los contratos, que sólo vincula a

los concretos contratantes (artículo 1257 del Código Civil), dado el carácter personal del derecho de arrendamiento, y la misma regulación legal especial del arrendamiento, sujeto a un régimen específico de sucesión *mortis causa* de dicho derecho que debe ser respetado (artículo 58 de la LAU de 1964; 16 y 23 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994), y así el Tribunal Supremo tiene dicho que, no obstante haberse celebrado el arrendamiento durante el matrimonio, el cónyuge del esposo contratante no es coarrendatario (SSTS de 24 de febrero de 1956, 21 de marzo de 1957, 11 y 13 de diciembre de 1971)».

Descartado que el cónyuge no contratante del arrendamiento sea cotitular del contrato, y aceptada la tesis mayoritaria que exige la subrogación para continuar en el arriendo, hemos de volver al problema que antes dejamos apuntado. Hay que decidir si el contrato de arrendamiento fue celebrado, además de por el esposo fallecido, por la esposa demandada.

La sentencia apelada afirma que incumbe a la actora probar que el fallecido ostentaba en exclusiva la condición de arrendatario. La apelante, en muestra opinión con mejor criterio, sostiene que ella cumple con acreditar que la relación arrendaticia se mantuvo con el esposo fallecido; y que es la demandada la que tiene que probar el hecho que opone como impeditivo, esto es su condición de cotitular del contrato de arrendamiento. Esta última tesis se acomoda a las prescripciones del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Los hechos que la actora afirma como fundamento de su pretensión son dos: que el arrendatario ha fallecido y que ninguno de los ocupantes de la vivienda se ha subrogado. Son estos hechos los que *a priori* debe probar. Prueba que se ha practicado, pero que incluso era innecesaria por no ser hechos controvertidos (artículo 281.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Frente a la pretensión de la actora, que es recuperar la posesión de la vivienda, la demandada opone un hecho: alega que ella también es arrendataria. Debe probarlo.

Como el contrato fue verbal la prueba de ese hecho ha de basarse en presunciones. Su condición de arrendataria, conforme a lo expuesto en el anterior fundamento, no se puede basar sólo en ser cónyuge. La prueba practicada no permite considerar acreditados hechos de los que inferir que la demandada sea coarrendataria. Es más, los hechos probados llevan a inferir lo contrario.

Estos hechos son los siguientes:

A) En todos los recibos de pago de la renta figura que el pago se realiza por cuenta de don Abilio. El único pago realizado por la demandada, en mayo de 2003, fue rechazado por el arrendador por tra-

tarse de persona desconocida para él. No se reiteraron nuevos pagos a nombre de la demandada. La respuesta del arrendatario a este rechazo, diciendo que en el caso de morir él antes su esposa tendría derecho a continuar el arrendamiento, ni siquiera supone afirmar su condición de coarrendataria puesto que esa continuación también se podía producir mediante subrogación.

B) La correspondencia postal relativa al contrato de arrendamiento siempre tuvo lugar entre la arrendadora y don Abilio. Ellos figuraban como destinatarios o remitentes de las cartas y como personas que las firmaban. En ninguna de esas cartas se hace mención a que la demandada doña Mariola fuese coarrendataria. En la única ocasión en que doña Mariola firmó una de esas cartas lo hizo en nombre de Abilio constando en la antefirma que actuaba por su orden. No tiene sentido que firmase por orden de su marido si se consideraba cotitular de la relación a la que se refería la carta.

Estos hechos indican que quien era tenido como titular de la relación arrendaticia era don

Abilio, que ordenaba los pagos y firmaba la correspondencia, salvo en una ocasión en que se firmó por su orden, lo que indica que la propia demandada asumía que sólo él podía decidir sobre el contrato de arrendamiento, reforzando la tesis de que era el único titular del contrato. No hay otros hechos probados que permitan inferir lo contrario. Esto es, que la demandada era cotitular del contrato. A falta de esta prueba, admitida la ausencia de subrogación, la demanda ha de ser estimada. También en cuanto a la pretensión de que se condene a la demandada a pagar una cantidad equivalente a la renta de la vivienda hasta que cese en la ocupación. Pago que, extinguido el contrato, la actora reclama en concepto de daños y perjuicios al amparo del artículo 1902 del Código Civil, aunque más parece una acción de restitución por el enriquecimiento injustificado que supone la atribución patrimonial del uso de un bien sin contrato que lo ampare. Por todo ello el recurso ha de ser estimado, con revocación de la sentencia apelada.

VIVIENDA FAMILIAR

Se revoca el pronunciamiento de que las cuotas comunitarias sean abonadas sólo por la esposa al tratarse de un gravamen impuesto no por razón del uso del inmueble sino por razón del derecho de propiedad sobre él.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña María de la Soledad Jurado Rodríguez

La sentencia establece que, sin perjuicio de lo que pueda resultar de la liquidación de la sociedad de gananciales, es responsabilidad por mitad de ambos cónyuges el préstamo hipotecario, impuestos y arbitrios que gravan la vivienda familiar y los créditos personales, debiendo la actora hacer frente a los gastos de comunidad y demás gastos ordinarios vinculados a la vivienda cuyo uso se le atribuye, siendo objeto de impugnación por la misma a fin de que sea el demandado don Emilio el que haga frente en su totalidad mensualmente a las cuotas del préstamo hipotecario

y que las cuotas comunitarias se abonen por mitad por ambos litigantes. Al ser ambos cónyuges propietarios de la vivienda en igualdad de condiciones, a ambos les corresponde hacer frente a los gastos y cargas que gravan el inmueble, de ahí que proceda la confirmación de que el préstamo hipotecario ha de ser abonado por ambos a partes iguales y la revocación de que las cuotas comunitarias sean abonadas sólo por la demandante al tratarse de un gravamen impuesto no por razón del uso del inmueble sino por razón del derecho de propiedad sobre el mismo.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No se reduce la cuantía de la pensión alimenticia ya que el padre no ha probado debidamente su disminución de ingresos, resultando de escasa relevancia su declaración fiscal donde de modo unilateral hace coincidir los gastos con los ingresos, siendo las comisiones e ingresos que derivan de la actividad de agente de seguros variables y de difícil prueba.

AP OURENSE, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña Ángela Irene Domínguez-Viguera Fernández

La pensión alimenticia fijada a favor del hijo menor común, no sólo resulta precisa para subvenir sus más mínimas necesidades, más teniendo en cuenta los escasos ingresos mensuales del progenitor custodio, que alcanzan la cantidad de 598 euros al mes, sino que, también ha de mantenerse en atención al respeto a lo pactado en el convenio regulador, sin que se haya acreditado la alegada alteración sustancial de circunstancias.

El recurrente sigue manteniendo la misma actividad profesional, de Agente de seguros, autónomo, que realizaba en el año 2005, con una cartera de seguros de cierta importancia, cuyo valor el mismo se cuidó de concretar en 7.000 euros. No se ha probado debidamente su disminución, resultando

de escasa relevancia al respecto la declaración fiscal por el mismo realizada, donde de modo unilateral hace coincidir los gastos con los ingresos, siendo las comisiones e ingresos que derivan de tal actividad evidentemente variables y de difícil prueba. Por esta misma razón, la alegada disminución de su capacidad económica, puede también obedecer a circunstancias coyunturales o transitorias que impiden la modificación del convenio y, además, tal fluctuación de ingresos era susceptible de ser contemplada al tiempo de otorgarse el convenio regulador, en términos de una ordinaria diligencia, por lo que no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 91 *in fine* del Código Civil, lo que conduce a confirmar íntegramente la sentencia apelada.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Reducción en un tercio de la cuantía de la pensión alimenticia al haberse acreditado que, como consecuencia de la crisis económica actual, el padre ha perdido su trabajo y sólo percibe la cuantía asignada en su prestación por desempleo.

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Salvador Castañeda Bocanegra

Como antecedente previo para la clarificación y en su caso debida resolución del tema sometido a la consideración de esta Sala, se han de tener en cuenta una serie de extremos que pasamos a analizar.

Don Jesús Carlos y doña Luz, constituyen pareja de hecho, de la que nació el 31 de diciembre de 2005 el hijo Aurelio.

La convivencia de la pareja se resquebraja en el año 2006, lo que dio lugar a la iniciación de un proceso de separación de mutuo acuerdo, que

culmina con la Sentencia núm. 37/2007, de 12 de marzo, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de Cáceres, donde se acuerda la separación, aprobándose judicialmente el convenio regulador suscrito por las partes, de fecha 16 de enero de 2007, el que entre otras medidas adopta para el hijo una pensión de alimentos con cargo al padre de 300 euros mensuales.

A través del presente procedimiento seguido también en el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de

Cáceres, la representación procesal de la parte actora don Jesús Carlos, plantea la modificación de la pensión acordada en el convenio regulador, por un cambio sustancial en las condiciones laborales y familiares de su representado, cuales son haber sido despedido del trabajo y por tanto extinguida la relación laboral que mantenía con la mercantil Construcción y Áridos Olleta, lo que da lugar a una situación de desempleo de su representado durante un período de dieciséis meses, percibiendo la suma de 630 euros.

Doña Luz, tiene un trabajo estable percibiendo una paga mensual de 1.000 euros. En tanto que don Jesús Carlos, ha rehecho su vida sentimental con una nueva pareja, doña Raquel, que no tiene trabajo y de la que espera un hijo para el año 2008. A la vista de lo expuesto la pretensión del actor es la de una rebaja en la pensión alimenticia a favor del hijo Aurelio, al considerar que su actual situación económica, los gastos que soporta, así como las nuevas cargas familiares, serían suficientes para reducir la pensión alimenticia a la suma de 120 euros mensuales.

La representación procesal de la demandada doña Luz, se opone a tal pretensión, considerando que su excompañero en la actualidad tiene recursos suficientes para hacer frente a la pensión alimenticia del hijo menor, sin representar obstáculo alguno que el ex compañero de su representada haya rehabilitado su vida sentimental, puesto que tenía pleno conocimiento de la pensión que tiene que abonar a su hijo menor.

Así las cosas el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 6 de Cáceres, el 6 de octubre de 2008, dictaba Sentencia, estimando en parte la demanda interpuesta por la representación procesal de la parte actora frente a la demandada, y acordando fijar en la actualidad una pensión a favor del hijo de 200 euros mensuales. La representación procesal de la parte demandada, se alza contra dicha sentencia, dando lugar al planteamiento del presente recurso de apelación, sobre el que la Sala se ha de pronunciar.

Sentado lo anterior y acotado el tema objeto de *litis*, la representación procesal de la parte demandada, hoy apelante, articula como único motivo de oposición el de «error del juez de instancia en la apreciación y valoración de la prueba que obra en las actuaciones». Se alega al efecto, que si el actor tiene que soportar unos gastos por él referidos de unos 700 euros, además del mantenimiento de una nueva familia, y ello únicamente con la suma que percibe por desempleo de unos 600 euros mensuales, iniciando el presente procedimiento no con Abogado de Oficio, sino por uno elegido libremente, con los gastos que ello conlleva, no cabe otra conclusión lógica de conformidad a las reglas de la

sana crítica, que considerar los ingresos del actor muy superiores a los por él pretendidos, de 600 euros mensuales. En consecuencia entiende que la resolución impugnada no se ajusta a Derecho, por haberse vulnerado el derecho sustantivo aplicable, así como los criterios aplicables al caso, por lo que la pretensión de la parte es la de que la pensión de alimentos se reduzca a 200 euros mensuales.

Para que prospere la modificación de medidas instada por la representación procesal de don Jesús Carlos, se exige jurisprudencialmente la concurrencia de una serie de circunstancias, a saber:

a) Que haya existido y se acredite una alteración de las circunstancias tenidas en cuenta a la hora de confeccionarse el Convenio Regulador mutuamente aceptado por las partes.

b) Que dicha modificación o alteración sea sustancial, lo que quiere decir que de haber existido al momento de pactarse el Convenio Regulador, se hubiere adoptado otras distintas.

c) Que la alteración, por último, presente caracteres de estabilización y permanencia en el tiempo, es decir, que no sean esporádicas o simplemente transitorias.

d) Que no hayan sido buscadas de propósito para obtener tal modificación de medidas.

Atendiendo, pues, a tal criterio jurisprudencial, se hace necesario un análisis de la situación de las partes contendientes a la hora de pactar el Convenio Regulador, y a su estado actual. Pues bien, con referencia a la demandada doña Luz, no ha existido una alteración de circunstancias, puesto que sigue teniendo un trabajo estable de cocinera, y con una remuneración de unos 1.000 euros mensuales. En cambio don Jesús Carlos, es distinta. Así en la fecha en que se firma el Convenio Regulador 16 de enero de 2007, tenía un trabajo estable en la empresa Construcciones y Áridos Olleta, SA. En la actualidad ha perdido su empleo fijo, y está en situación de desempleo, por un período de dieciséis meses y con unas percepciones de 600 euros mensuales, inferior a las que anteriormente tenía, de más de 1.000 euros. Esta situación de desempleo tiene una gran importancia, habida cuenta de la crisis económica que hoy se padece, sin perjuicio de que por ser un trabajador cualificado en el sector de las obras públicas, pueda encontrar un nuevo puesto de trabajo. Por ello, lo determinante es que en la actualidad ha quedado acreditada tal alteración en las circunstancias económicas de la parte actora, corroboradas en cierto sentido por la parte demandada, hoy apelante, al no haber impugnado ninguno de los documentos presentados por la actora acreditativos de su actual situación económica. Por lo que, si bien no existe excusa alguna para el hecho de que el actor haya podido

rehacer su vida sentimental, y pueda ser padre de un nuevo hijo en fechas próximas, puesto que era conocido por él las obligaciones que tenía respecto del hijo de la anterior pareja; la pérdida por él del empleo estable tiene reflejo en sus actuales posibi-

lidades económicas y la justifican la decisión adoptada por el juez de instancia de reducir la pensión que tenía que satisfacer al hijo de la pareja a 200 euros, en vez de los 300 que se pactaran en el Convenio Regulador.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Los efectos de la extinción de la pensión alimenticia sólo se producen desde la fecha en que se dicta sentencia no teniendo eficacia retroactiva.

AP PONTEVEDRA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Jaime Esaín Manresa

La sentencia apelada acordó la modificación de medidas definitivas derivadas de sentencia de divorcio dictada el 28 de abril de 2006, resolviendo la extinción —«con efectos desde octubre de 2006»— de la pensión alimenticia que el demandante venía satisfaciendo a su hijo Miguel Ángel, por aplicación de artículos 775 y 770 LEC, y 90, 91 y 152.3.º CC.

Se debate en la alzada si el efecto extintivo resuelto debe operar «... a partir del mes siguiente a la fecha de interposición de la demanda» como entiende la sentencia con concreción de «octubre de 2006», o desde el dictado de la sentencia estimatoria de la modificación el 20 de junio de 2008, notificada a la apelante el 10 de julio de 2008.

Constituye reiterada doctrina jurisprudencial que los efectos de la extinción de la prestación de alimentos deben referirse a la fecha de la resolución en que se declara, sin posibilidad de efectos retroactivos, ya que no puede retrotraerse la extinción de un derecho que ha estado vigente en virtud de

sentencia firme sino mediante revisión de la obligación por medio del ejercicio de las correspondientes acciones legales. De modo que, tratándose de pronunciamiento judicial no sólo declarativo de la extinción sino constitutivo de la finalización de una obligación de abono de pago regular, se comprende que sus efectos tan sólo estén provistos de ejecutoriedad a partir de la fecha de pronunciamiento de la sentencia en la que se declara la extinción —SSAP de Barcelona de 12 de enero de 1999 y 5 de septiembre de 2000, AP de Navarra de 6 de noviembre de 2000, y AP de Pontevedra (Sec. 5.ª) de 25 de octubre de 2002 y (Sec. 3.ª) de 12 de junio de 2003—.

Partiendo de ello, ponderando que la sentencia se notificó a la parte el 10 de julio de 2008 (f. 155), procederá fijar el efecto extintivo de la pensión alimenticia debatida a partir de agosto de 2008, estimándose la pretensión recurrente y revocándose en parte la sentencia impugnada.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Aunque la jurisdicción social ha venido manteniendo la condición extrasalarial de las dietas, siempre ha matizado que deben concurrir algunos requisitos, entre otros, su carácter variable, pero en el presente caso, consta en las nóminas del padre que la partida de dietas es constante, por lo que deben tenerse en cuenta como ingresos para calcular el importe de la pensión alimenticia.

AP OURENSE, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando Alañón Olmedo

En cuanto a la condición extrasalarial de las dietas, efectivamente por la jurisdicción social se ha veni-

do manteniendo tal posición siempre que concurren algunos requisitos, entre otros su carácter

variable. Esta circunstancia no cabe predicarla de los conceptos incluidos en la nómina presentada por la parte demandada en su contestación pues bien se muestra la identidad de la remuneración por tales conceptos en los meses de abril y mayo de 2006 por importe de 351,07 euros cada uno de ellos y los meses de noviembre, enero, febrero y marzo por importe de 296,88 euros cada uno de ellos. Esto se contradice con el concepto de dietas acogido de forma reiterada por la Sala 4.^a del Tribunal Supremo que ha venido indicando (Sentencias de 6 de febrero de 1967, 11 de diciembre de 1978 y 16 de julio de 1991), que la dieta es una retribución con carácter irregular que se debe al trabajador cuando, por orden de la empresa haya de desplazarse provisio-

nal o eventualmente a población, localidad o lugar distinto de aquél en que habitualmente lleva a cabo la prestación de servicios o radica el centro de trabajo, con el fin de compensarle los mayores gastos, incomodidades y sacrificios que tal desplazamiento le produce, caracterizándose tanto por su transitoriedad o corta duración como por su cuantificación predeterminada u objetivamente fijada, definición, se repite, que no concuerda con la uniformidad de la percepción efectuada por el demandado.

Con arreglo a lo anterior, no cabe sino confirmar la fijación de la retribución que percibe el demandado a los efectos de la fijación de las medidas económicas que han de regir la situación patrimonial de los litigantes tras su divorcio.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Para el cálculo de la pensión compensatoria debe excluirse el sistema del porcentaje que solicita la esposa —nada menos que el 50% de los ingresos brutos del esposo— por la estricta injusticia de un cálculo de la pensión sobre los ingresos brutos en el que se parifican dos figuras —actor y demandada— que ni pueden serlo en lo profesional ni tampoco lo son en una perspectiva estrictamente societaria.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.^a, SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Acín Garos

Dice la recurrente que el señalamiento de la pensión en un 50% de los ingresos brutos de su ex marido es la cuantificación mas justa y adecuada en un caso en el que la convivencia se ha mantenido durante 36 años de cuidado de la familia y trabajo en la actividad profesional y empresarial del Sr. Indalecio.

El sistema del porcentaje debe, sin embargo, excluirse, además de por la estricta injusticia de un calculo de la pensión sobre los ingresos brutos —50%— en el que se parifican dos figuras —actor y demandada— que ni pueden serlo en lo profesional ni tampoco lo son en una perspectiva estrictamente societaria, porque obligaría a una permanente supervisión de los ingresos del Sr. Indalecio en la determinación de la base sobre la que aplica el porcentaje, lo que, como es del todo previsible, seria una fuente continua de conflictividad, que es conveniente obviar si existe otro sistema que la elimina, como sucede con el señalamiento de una cuantía fija.

Ya en el trance de esta cuantificación, señalar que el matrimonio ha durado 34 años; que en él nacieron dos hijos actualmente mayores de edad e independizados económicamente; que don Indale-

cio, de 61 años de edad, es medico de la Seguridad Social, con ingresos que en 2006 ascendieron a 53010,22 euros netos, es decir, 4417,51 euros mensuales; que además de sus ingresos como medico, el Sr. Indalecio, como también la Sra. Elsa, percibe 24.000 euros en concepto de alquileres de los locales en que esta instalada la «Clínica Ginecológica Zaragoza S.L.», sociedad constituida en 1995 y participada por el Sr. Indalecio —70%—, la Sra. Elsa —20%— e hijos —5% cada uno—, cantidades ambas directamente destinadas al pago del préstamo hipotecario que grava los locales —en el momento de interponerse la demanda quedaban por pagar 810,581,74 euros—, con una cuota mensual de 6096,94 euros—, al igual que los 15.000 euros que el Sr. Indalecio percibe por su trabajo en la clínica como médico.

Por su parte, doña Elsa, de 60 años, no consta tenga una especial cualificación profesional y desempeña funciones administrativas en la Clínica, como lo hizo como colaboradora en las consultas que la antecedieron, compaginando este papel con la atención a la familia. En la Clínica tiene un sueldo de 1.200 euros mensuales —no cobrado desde hace dos años—, no habiendo cotizado hasta su creación. Dispone de capital mobiliario y disfruta de las ren-

tas que proporcionan las tierras familiares. Habiendo iniciado su cotización en el año 2005, no podrá cotizar los 15 años exigidos por el artículo 161 de la Ley General de la Seguridad Social a fin de poder disfrutar en el futuro de una pensión de jubilación.

El Sr. Indalecio es propietario de una casa en Movera, cuyo uso ha sido atribuido a la demandada hasta la liquidación del consorcio, y de un piso de 120 m² en Fernando el Católico, de Zaragoza, en el que reside. Son cotitulares de una vivienda en Asturias –su hipoteca ascendía en el momento de la demanda a 44.525,77 euros–, de un apartamento en Menorca –totalmente pagado– y de los citados locales de Zaragoza, donde se ubica la clínica. Existe también un importante patrimonio rústico –Murillo el Cuende, Cervera de la Cañada, Aniñón– en parte ganancial y en parte privativo (docs. 32 al 71). Y entre otras propiedades, privativas o consorciales, el Sr. Indalecio lo era de unas acciones en la entidad «Industrias Químicas del Ebro SA», se dice que procedentes de sus padres, pero escrituradas en parte como gananciales, que vendió por importe de 1.863.131,14 euros, con parte de las cuales pagó diversas deudas de la clínica, conservando a su nombre 1.000.000 euros en una cuenta corriente. La Sra. Elsa, por su parte, vendió unas acciones BBVA –dice la recurrente que procedentes de la herencia de su madre, que se las dejó a los hijos de los litigantes– por precio de 320.918 euros. Ha admitido que percibe sus intereses. Dispone de capital mobiliario y disfruta de las rentas que proporcionan las tierras familiares.

La sentencia dispone que las deudas y la hipoteca que pesa sobre los locales se pagarán con los alquileres, en la parte que queden cubiertas, y el

resto por el Sr. Elsa, sin perjuicio de sus derechos en la liquidación. El préstamo del inmueble de Asturias y los gastos de este último y del de Menorca al 50% por ambas partes.

La Clínica ha atravesado unas dificultades financieras que con el esfuerzo e inyecciones económicas recibidas, parece que mayoritariamente del Sr. Indalecio, hay que entender que van camino de superarse y se superarán. Pero la disponibilidad económica del actor es innegable, tanto como las cargas que pesan sobre él, pero por encima de ellas, y también innegable el desequilibrio económico que la ruptura matrimonial representó para la recurrente, cuya colaboración al éxito y proyección profesional de su ex marido no puede ser ignorada, bien que reducida a sus justos límites –gestión material y administrativa de las sucesivas consultas que precedieron la Clínica–, ni tampoco su contribución al cuidado del hogar, marido e hijos, por más que su labor en ese campo haya sido la propia de una persona acomodada, con ayuda de terceras personas. Supuesto lo cual la Sra. Elsa debe recibir una compensación económica en cuya cuantificación, tenidos en cuenta los distintos factores del artículo 97 del CC, coincide la Sala con el Juzgado de instancia, que la señaló en 1.200 euros mensuales por tiempo indefinido, estimándose tal pensión adecuada al cumplimiento de la función reequilibradora que le es inherente, bien entendido, por otro lado, que a la cobertura de sus necesidades se sumarán las percepciones que la pensionista tiene derecho a exigir como empleada de la Clínica y sus beneficios como partícipe en la sociedad, además de los resultados de la liquidación del consorcio, previsiblemente sustanciosos.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Se ratifica en el procedimiento de divorcio la pensión compensatoria fijada en el convenio regulador de la separación con independencia de que el esposo haya venido dando a la apelante determinada cantidad al margen de la estipulada como pensión compensatoria, dado que dicha cantidad en exceso no puede tener otra consideración que la de mera liberalidad que no significa que en el procedimiento de divorcio la pensión compensatoria fijada en el de separación deba ser incrementada.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo

Circunscrito el objeto del recurso de apelación a la pensión compensatoria, que la apelante, como queda dicho en el precedente Fundamento de Derecho, pretende que se incremente en 150 euros al mes, en orden a su resolución debe tenerse en

cuenta la finalidad reequilibradora que con el establecimiento de la pensión compensatoria pretende el legislador, intentando paliar, en la medida de lo posible, las consecuencias adversas que para uno de los cónyuges puede comportar la ruptura del

nexo conyugal y que, como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de abril de 2000, «tiene su núcleo en la debilitación económica que puede sufrir uno de los cónyuges a consecuencia de la disolución matrimonial respecto a la situación o estatus que mantenía constante el vínculo», articulándose así como un mecanismo corrector de la desigualdad que puede representar para el cónyuge a cuyo favor se prevé respecto a la situación que gozaba durante la vigencia de la convivencia conyugal, pero sin que dicho mecanismo corrector pueda representar, a su vez, un empobrecimiento del cónyuge a cuyo cargo se establece la misma.

Y así, también con la jurisprudencia, ha dicho la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de marzo de 2002 que «los términos comparativos que generan el derecho a pensión son, pues, dos: la situación de la que se gozaba durante el matrimonio y la situación previsible después de la crisis, atendida la posición personal y profesional del beneficiario de la pensión ... Nos encontramos, pues, ante una actuación legal que no se produce nunca de forma automática, sí siempre atemperada a las circunstancias de todo orden concurrentes: *status* o posición social y económica del matrimonio, duración del período convivencial, dedicación primordial o exclusiva de uno de los cónyuges al sostenimiento del consorcio y de los hijos comunes, situación de los consortes después de la crisis matrimonial, preparación personal y profesional ante el mercado laboral, etc.», razón por la que el legislador, junto a otros parámetros para su determinación (como, en su caso, la compensación económica regulada en el artículo 41), prevé en el artículo 84.2 del Código de Familia que habrá de tenerse en cuenta la situación económica resultan-

te para los cónyuges, la duración de la convivencia conyugal, la edad y la salud de ambos cónyuges y cualquier otra circunstancia relevante.

En el caso de autos, se observa que los ahora litigantes, conocedores de su situación personal y de que ruptura de su convivencia matrimonial entrañaba un perjuicio económico para la Sra. Bárbara, pactaron en el convenio regulador de los efectos de su separación, de fecha 27 de noviembre de 2003, aprobado por Sentencia de fecha 4 de junio de 2004, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mollet del Vallés, en la estipulación quinta del mismo, una pensión compensatoria a favor de la esposa por importe de 270,45 euros, y no obstante poder ser objeto de modificación en el proceso de divorcio las medidas acordadas en el anterior proceso de separación, conforme a lo previsto en el artículo 80.1 del Código de Familia, sin embargo, dicho texto legal por lo que hace a la pensión compensatoria no prevé la posibilidad del aumento de su cuantía sino, en su caso, la de su disminución o extinción si concurren las causas que se contienen en el artículo 84.4 del mismo texto legal de darse el hecho de que quien la percibe pasa a mejor fortuna o quien la paga pasa a peor fortuna, en cuyo caso «debe» ser disminuida, o las causas previstas en el artículo 86.1 para su extinción, por lo que, con independencia de que el Sr. Juan María haya venido dando a la apelante determinada cantidad al margen de la estipulada como pensión compensatoria, dicha cantidad en exceso no puede tener otra consideración que la de mera liberalidad que no significa que en el procedimiento de divorcio la pensión compensatoria fijada en el de separación deba ser incrementada y, en definitiva, procede la desestimación del recurso de apelación.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No se extingue la pensión compensatoria dado que el hecho de haber contraído nuevo matrimonio es una decisión voluntaria y libre que adoptó el ex esposo, en la que no podía dejar de ponderar las obligaciones contraídas con su anterior esposa, y no es improbable sino absolutamente previsible que si el matrimonio lo contrae con una mujer de 30 años de edad, vaya a tener hijos, por lo que el nacimiento de un hijo tampoco se considera causa para modificar la pensión.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Alcalá Navarro

Para que proceda la modificación de una medida adoptada en un proceso de nulidad, separación

o divorcio, conforme a reiterada jurisprudencia interpretativa del artículo 91 del Código Civil, es

preciso que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias en relación con las que se tuvieron en cuenta cuando la medida se adoptó, es decir, una alteración relevante y significativa, o lo que es lo mismo, que se trate de circunstancias sobrevenidas de notoria entidad, que sean imprevisitas, surgidas de acontecimientos ajenos a las partes y sin posibilidad de previsión anticipada, que no sean coyunturales sino estables y permanentes en el tiempo. El que el actor pase después de tres años de tener 64 años a tener 67, y de ser pensionista a ser jubilado, es algo tan previsible como inexorable al transcurso del tiempo y pudo y debió ser contemplado cuando los litigantes suscribieron el convenio regulador que fue aprobado por la sentencia de divorcio, y el hecho de haber contraído nuevo matrimonio es una decisión voluntaria y libre que adoptó el recurrente, en la que no podía dejar de ponderar las obligaciones contraídas con su anterior esposa, y no es improbable sino absolutamente previsible que si el matrimonio lo contrae con una mujer de 30 años de edad, vaya a tener hijos pues la edad no es inconveniente para la fertilidad del

varón, sobre todo cuando, como en este caso, no es excesivamente avanzada. En cuanto a la división de los bienes gananciales, no puede ser ésta una circunstancia a tener en cuenta, pues realizado el inventario y adjudicada la vivienda a ambos cónyuges, por constituir un bien indivisible, por mitad e iguales partes, sólo de él depende el ejercicio de la división de la cosa común pues el artículo 400 del Código Civil establece la prohibición de que alguien pueda ser obligado a permanecer en esta situación, pudiendo pedir en cualquier tiempo dicha división. Por último en cuanto a la prueba no practicada para averiguar si la demandada percibía algún subsidio o pensión, constituye un hecho nuevo pues no fue objeto de alegación en la demanda; en cualquier caso, si fue admitida como prueba y no practicada por causa ajena a la voluntad del proponente, eso sería motivo para haberla pedido en esta segunda instancia, conforme al artículo 460.2.2.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero nunca sería causa, por dicho motivo de poder ser subsanado, de nulidad de la sentencia recaída.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Se mantiene la pensión compensatoria dado que el trabajo que realiza la esposa es precario sin que el retraso en la reclamación del pago de las pensiones de cinco años constituya tampoco signo aparente de no necesitarlas.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

La pretensión principal y las de carácter subsidario, deducidas por el apelante en su recurso, han de ser plenamente desestimadas, con la consecuente confirmación de la sentencia de la primera instancia.

La valoración de las pruebas practicadas ponen de manifiesto la permanencia de una situación de desequilibrio económico, que afecta a la demandada, tal como ya sucedió en el anterior proceso de separación, que culminó por Sentencia de 6 de febrero de 1997, en la que, entre otros pronunciamientos complementarios a la declaración legal de la separación legal, estableció la constitución en favor de la esposa de una pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil de treinta mil pesetas mensuales, actualizables anualmente en base a las variaciones del índice de precios al consumo.

En la fundamentación jurídica de la sentencia de separación matrimonial, se consideró la concurrencia de una situación de desequilibrio económi-

co, frente al mejor estatus del esposo, sin explicitar, tras la valoración de las pruebas practicadas, cuál era la capacidad económica de cada uno de los cónyuges, en aras de basar o fundamentar la concesión de la pensión compensatoria.

En el presente proceso de divorcio se ha constatado que la demandada doña Aurora se encuentra en situación de demandante de empleo, tal como se deduce de la documental emitida por el Servei d'Ocupació del Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya, sin que se haya acreditado alta laboral en la Seguridad Social de la misma desde el dictado de sentencia de la separación.

Ha reconocido la demandada que realiza alguna actividad, relativa a trabajos de limpieza y cuidado de ancianos, con la obtención de ingresos del orden de ciento veinte euros mensuales, viviendo en compañía de su madre y recibiendo la ayuda de su hija, con entrega de cien a ciento cincuenta euros cada tres meses.

Frente a la difícil situación económica de la demandada, que con 51 años de edad tiene limitado el acceso al mercado laboral, mediante trabajo que le permita atender sus necesidades, el accionante tiene una amplia vida laboral de 10.999 días trabajados, según certificación de la Seguridad Social, haciéndolo en la actualidad en la entidad Deportivo Sant Joan y percibiendo una retribución salarial neta del orden de mil doscientos euros mensuales, con los que atiende el alquiler de la vivienda de cuatrocientos euros mensuales y una pensión de alimentos de una hija tenida de otra relación afectiva con tercera persona extraña al presente proceso.

Las circunstancias económicas descritas, y concurrentes ahora al tiempo del divorcio, permiten deducir unívocamente, la estabilidad laboral del demandante y la precariedad en el trabajo de la demandada, con una sustancial diferencia de sus respectivas capacidades de obtener percepciones salariales, lo que hace que sea necesario el mantenimiento de la pensión compensatoria de la separa-

ción matrimonial, con las actualizaciones derivadas de las variaciones del índice de precios al consumo desde entonces, sin limitación temporal ni reducción de su cuantía.

El mero transcurso del tiempo, acaecido desde la Sentencia de separación de 6 de febrero de 1997 no constituye causa legal para el cese de la pensión compensatoria, mientras perdure la situación de desequilibrio económico, y sin que la reclamación del pago de las pensiones por cinco años constituya tampoco signo aparente de no necesitarlas, pues ha deducido la acción ejecutiva antes de la prescripción de las mismas por el transcurso del plazo legal, no pudiendo favorecer al deudor moroso en el cumplimiento de la obligación la presunción que aduce de no necesitar la prestación de referencia, cuando la beneficiaria percibe una parca remuneración derivada del trabajo del cuidado de ancianos y limpieza doméstica, como forma de cubrir sus necesidades vitales, necesitando la ayuda económica de su hija.

CUESTIONES PROCESALES

El recurrente que fue declarado en rebeldía no puede oponerse a la sentencia del juzgado alegando que los datos de sus ingresos tenidos en cuenta para la fijación de la pensión alimenticia no son los que realmente obtiene, pues su rebeldía se ha debido únicamente a su decisión de no comparecer, y ha perdido voluntariamente la oportunidad de alegar en la contestación, y probar en el acto del juicio cuáles fueron sus verdaderos ingresos.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Alcalá Navarro

El demandado, al que fue notificada la demanda personalmente, emplazándole para que se personara en debida forma y contestase a la demanda, no compareció en el término de veinte días que se le concedió, por lo que fue declarado en rebeldía, no asistiendo al acto del juicio en el que se practicó la prueba, dictándose sentencia en la que se fija una pensión alimenticia con cargo al padre y a favor de la hija, que tiene actualmente ocho años de edad, por el mismo importe por el que se solicitó, 300 euros mensuales pagaderos por meses adelantados, pronunciamiento contra el que se alza el demandado alegando error en la valoración de la prueba, pues su rebeldía en primera instancia ha producido que los datos de sus ingresos, tenidos en cuenta para la fijación de la pensión alimenticia, no sean los que realmente corresponden al apelante, que únicamente percibe una pensión por incapacidad

permanente total por importe de 383,06 euros, por lo que ofrece el pago de 100 euros mensuales para la menor.

Como bien dice el Ministerio Fiscal en su escrito por el que se opone al recurso de apelación, el demandado fue emplazado personalmente entregándosele copia de la demanda en la que se hace constar hechos como los reducidos ingresos del otro progenitor, que ascienden a 168,70 euros, en tanto que el demandado, además de percibir una pensión, ha percibido una indemnización por accidente de tráfico por más de 60.000 euros, apercibiéndole al ser citado para el juicio, conforme al artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su regla 3.ª, que la incomparecencia del litigante, sin causa justificada, podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones

sobre medidas definitivas de carácter patrimonial, por lo que así debe entenderse, sin que ahora en el escrito de recurso pueda alegar que los datos de sus ingresos tenidos en cuenta para la fijación de la pensión alimenticia no son los que realmente obtiene el recurrente, pues su rebeldía se ha debido únicamente a su decisión de no comparecer, y ha perdido voluntariamente la oportunidad de alegar en la contestación, y probar en el acto del juicio, cuáles fueren sus verdaderos ingresos, que en cual-

quier caso no pueden ser exclusivamente los que obtiene por la pensión, pues entonces sería él quien habría solicitado alimentos, habiendo perdido la oportunidad de someter a un debate contradictorio otros posibles medios de vida, frutos o rentas que constituyen su fortuna, de la que aparentemente tiene suficiencia para vivir, siendo la pensión fijada para su hija prácticamente de subsistencia, atendiendo los muy limitados recursos económicos de la madre, en cuya custodia ha sido confiada.

CUESTIONES PROCESALES

No es causa de nulidad de actuaciones que no se llevase a efecto la exploración judicial de un menor que tiene más de doce años dado que ésta se practicó en la pieza separada de medidas provisionales cuatro meses antes no siendo necesario reiterarla al no apreciarse la concurrencia de circunstancias sobrevenidas de incidencia en tal materia litigiosa.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

La sentencia del proceso contencioso de divorcio del primer orden jurisdiccional, ha sido objeto de apelación por el demandado don José Daniel.

En la formulación de su recurso el recurrente aduce, *prima facie*, la nulidad de las actuaciones, en base a las prescripciones del artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al haberse conculcado las normas esenciales del procedimiento, con causación de evidente indefensión, al no llevarse a cabo la exploración del hijo del matrimonio José Daniel, ya mayor de doce años, y de Juan Enrique, que si bien tenía ocho años de edad gozaba de suficiente juicio para ser oído, en atención de las prescripciones del artículo 770.4.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La pretensión así deducida ha de ser plenamente desestimada, dado que la exploración de ambos menores se llevó a cabo en sede de las medidas provisionales coetáneas al proceso principal de divorcio, en fecha 25 de septiembre de 2007, es decir tan sólo cuatro meses antes de la celebración del acto procesal de la vista en la causa de divorcio, lo que motivó que se considerase innecesaria la práctica de nueva exploración, cuando no se apreciaron la concurrencia de circunstancias sobrevenidas de incidencia en tal materia litigiosa.

Este Tribunal de apelación es partícipe de la decisión jurisdiccional adoptada, sin que observe conculcación de las normas del procedimiento, al haberse practicado la exploración de los menores en la pieza separada de las medidas provisionales.

CUESTIONES PROCESALES

El hecho del que derivó la orden de alejamiento ya adquirió cosa juzgada, sin que actualmente conste la existencia de ningún proceso penal contra el ex esposo, por lo que es obvio que el Juzgado de Violencia carece de competencia para tramitar el procedimiento de modificación de las medidas que se acordaron en un procedimiento civil.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, AUTO DE 30 DE ENERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Agustín Vigo Morancho

El Juzgado de Instrucción núm. 7 de Gavà, con competencias exclusivas en materia de Violencia

sobre la Mujer, plantea cuestión de competencia negativa por medio del Auto de 21 de julio de 2008,

dictado en el procedimiento de Modificación de medidas definitiva 38/2008, al no aceptar la inhibición suscitada por el Auto de 5 de junio de 2008 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Gavà. En este último Auto el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Gavà entendía que como en fecha de 4 de junio de 2004 por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Gavà se había dictado Auto acordando una orden de alejamiento de José Enrique respecto de Isabel, procedía inhibirse de dicho asunto, conforme el artículo 49 bis.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, a favor del Juzgado núm. 7 de Gavà, ya que entendía que había perdido su competencia exclusiva al concurrir los requisitos señalados en el artículo 87 ter.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A prima facie debe indicarse que no se aprecian razones para considerar que la competencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Gavà hubiera perdido su competencia objetiva por el hecho de que en fecha de 4 de junio de 2004 el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Gavà hubiera dictado una orden de alejamiento respecto de unos hechos por los que se incoaron diligencias previas, que, transformadas en un procedimiento abreviado, concluyeron con la Sentencia de 4 de junio de 2004, por la que se condenaba a José Enrique a la pena de diez meses de prisión, que fue sustituida por veinte meses de multa. La referida Sentencia penal devino firme el mismo día 4 de junio de 2004. De ello se desprende que el hecho del que deriva la orden de alejamiento ya adquirió cosa juzgada, sin que actualmente conste la existencia de ningún proceso penal contra José Enrique en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 7 de Gavà, con competencia exclusiva en materia de Violencia sobre la Mujer, por lo que es obvio que dicho Juzgado carece de competencia sobre el procedimiento de Modificación de las Medidas acordadas en la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Gavà sobre Guarda, Custodia y Alimentos. Al respecto debe indicarse que el artículo 49 bis.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece: «Cuando un Juez, que esté conociendo en primera instancia de un procedimiento civil, tuviese noticia de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, tras verificar la concurrencia de los

requisitos previstos en el apartado 3 del artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase de juicio oral». Por su parte, el artículo 49 bis.3 del mismo Texto Legal dispone que «cuando un Juez de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo de una causa penal por violencia de género tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil, y verifique la concurrencia de los requisitos del párrafo tercero del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, requerirá de inhibición al Tribunal Civil, el cual deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos al órgano competente». De la comparación de ambos preceptos, en relación con el artículo 87 ter de la LOPJ, se deduce que los Juzgados con competencia en materia de Violencia sobre la Mujer conocerán de los asuntos civiles cuando exista un proceso penal pendiente y tramitándose en dicho órgano jurisdiccional, pues tales circunstancias son las que producen la *vis atractiva* de los asuntos civiles a la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Ahora bien, cuando nos encontremos ante un proceso penal ya juzgado en otro órgano jurisdiccional, en el que recayó sentencia firme y sin que conste la vigencia de la orden de alejamiento en su día decretada como medida cautelar, la competencia debe corresponder al Juzgado que tenga competencia objetiva conforme lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Enjuiciamiento Civil y las normas de reparto correspondientes, que designan los criterios de la competencia objetiva en cada partido judicial, máxime cuando la causa penal previa dimana de otro Juzgado de Primera Instancia e Instrucción diferente y se trata de un asunto anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. En el caso objeto de cuestión de competencia negativa, el Juzgado que en su día dictó la Sentencia sobre Guarda, Custodia y Alimentos era el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Gavà, donde radica el proceso principal, por lo que, salvo que las normas de reparto establecieran otro sistema, la competencia para conocer del proceso de modificación de medidas instado por don José Enrique, corresponde al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Gavà.

CUESTIONES PROCESALES

Se desestima la excepción de prejudicialidad penal dado que la existencia de una causa penal por un delito contra la libertad sexual ni vincula, ni puede condicionar la estimación, en su caso, de la causa de divorcio, ni la adopción de otras medidas o efectos complementarios, como el uso del domicilio familiar, la pensión de alimentos y otras cuestiones que no se refieran a las relaciones de visitas o comunicación del padre con la hija.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, AUTO DE 28 DE ENERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Agustín Vigo Morancho

El recurso de apelación, interpuesto por don Luis Antonio, se funda en que se revoque el Auto de 23 de noviembre de 2007, dictado por el Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Hospitalet de Llobregat, por el cual se acordaba la suspensión del procedimiento al amparo de prejudicialidad penal. Previamente a la resolución de la cuestión, nos referiremos a la finalidad y alcance de la Ley para la apreciación de la prejudicialidad penal como causa de suspensión del proceso civil.

El artículo 10.2 de la LOPJ, establece que «... la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca». La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1992, establece que «La Ley Procesal Civil consagra la prejudicialidad penal para el supuesto de que la sentencia civil haya de fundarse exclusivamente en la existencia de un delito; de ahí su interpretación, restrictiva refiriéndose no a la suspensión del proceso en sí, sino más bien al término de dictar sentencia». La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1986, señala que «En la prejudicialidad penal, el principio fundamental no es otro que el de evitar la simultaneidad de dos procedimientos en los cuales pudieran recaer sentencias disconformes y aun contradictorias, subordinando la jurisdicción civil a la penal, por lo que aquéllos preceptúan la suspensión del pleito mientras continúe el procedimiento criminal. Terminada la causa penal, la jurisdicción civil puede estimar libremente la trascendencia de la resolución dictada con relación a los fundamentos de la acción ejercitada, pero han de respetarse los hechos.» Es constante la doctrina mantenida en todas las jurisdicciones, que conforme al artículo 114 de la LECrim, como señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1987 y 31 de marzo de 1992, no podrá seguirse pleito

alguno hasta que recaiga resolución en el procedimiento criminal promovido en averiguación de un delito o falta, con lo que se veda a la jurisdicción civil entrar a enjuiciar hechos o actos, que como en el caso presente, condicionan sustancialmente la pertinencia de la reclamación...». Sin embargo, la cuestión prejudicial penal no debe ser entendida de un modo absoluto, sino relativo, al entender que el pleito civil puede continuar cuando se ha dictado en el proceso penal auto de sobreseimiento, como así refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1989, al señalar que «Conforme al principio de la prejudicialidad penal la preferencia de ésta sobre la civil (*Le penal tient le civil en état*) no puede nunca ser tan absoluta que en determinadas crisis procesales permitan el dirimir alguna de las facetas en el proceso civil. Tal ocurre con aquellas situaciones en que la jurisdicción penal no puede seguir el curso de las actuaciones ante la concurrencia de determinados eventos, como ocurre con los autos de sobreseimiento libre o provisional». Por otro lado, la prejudicialidad penal sólo viene referida a aquellos extremos de un juicio que estén directa o íntimamente relacionados con el proceso penal, de tal modo que el hecho investigado en el proceso penal produce un efecto reflejo en el proceso civil, vinculando a éste a emitir un pronunciamiento en uno u otro sentido. Sin embargo, el hecho instruido o conocido por la jurisdicción penal como posible infracción criminal no puede afectar a aquellos extremos que no resultarían vinculados por la decisión del proceso penal. En el presente caso, el apelante alega que, independientemente de lo que pudiera acordarse en un futuro sobre la patria potestad o el régimen de visitas, no todo el objeto del proceso queda afectado, ya que puede resolver el divorcio y la adopción de las medidas o efectos correspondientes.

Respecto a las alegaciones de la parte apelante, debe indicarse que es un hecho cierto que en los Juzgados de Instrucción núm. 3 de Hospitalet y núm. 5 de Arenys de Mar se instruyeron sen-

das causas por un posible delito contra la libertad sexual. Sin embargo, el proceso penal no puede condicionar que se resuelva la demanda de divorcio y otros efectos o medidas derivados del mismo, como la determinación del uso del domicilio familiar, la fijación de una pensión alimenticia, la atribución de la guarda y custodia, etc. Es obvio que la resolución definitiva que se dicte en la causa penal puede afectar al mantenimiento de la patria potestad, a su limitación o a su extinción, como también puede afectar a la fijación de un régimen de visitas amplio, restringido, su suspensión o su limitación, ya que si efectivamente el padre hubiera cometido algún hecho tipificado como delito contra la libertad sexual, cuyo sujeto pasivo fuera la hija de él, se adoptarían medidas que afectarían a la patria potestad y al régimen de visitas, ya que existe acuerdo en que la guarda y custodia de la menor se confiera a la madre. No obstante, la existencia de una causa penal por una infracción criminal de esa naturaleza ni vincula, ni puede condicionar la estimación, en su caso, de la causa de divorcio, ni la adopción de otras medidas o efectos complementarios, como el uso del domicilio familiar, la pensión de alimentos y otras cuestiones que no se refieran a las relacio-

nes de visitas o comunicación del padre con la hija. En conclusión, la apreciación de la prejudicialidad penal como causa de suspensión del proceso civil, al amparo del artículo 40 de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, no es correcta, ya que cualquiera que sea la resolución definitiva que se dicte en el proceso penal (sentencia condenatoria, absolutoria, sobreseimiento provisional o sobreseimiento libre), sus pronunciamientos no pueden afectar a la procedencia o no de la causa de divorcio y de otras medidas o efectos coetáneos al mismo, pues claramente el artículo 40.2 exige para la apreciación de la misma que «la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se proceda en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil», requisito que no concurre por las razones expuestas. En conclusión, debe estimarse el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 23 de noviembre de 2007, dictado por el Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Hospitalet de Llobregat, revocando en la misma a fin de que dicte Sentencia resolviendo la demanda de divorcio y, en su caso, las medidas complementarias, salvo las que pudieran verse afectadas por el proceso penal.

CUESTIONES PROCESALES

Fijación de pensión compensatoria en el procedimiento de divorcio aunque no se formulase reconversión expresa, toda vez que en el suplico de la demanda se solicitó la no fijación de dicha pensión y en el suplico de la contestación a la demanda se solicitó la fijación por cuantía de 300 euros mensuales.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña María de la Soledad Jurado Rodríguez

Establece el artículo 770 de la LEC que sólo se admitirá la reconversión en los procesos matrimoniales en cuatro casos, siendo uno de ellos 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. De acuerdo a este precepto está claro que fuera de ese caso, y de los otros tres, en los procesos matrimoniales y de menores no se admite la reconversión, y en base a esta norma y a la consideración de que el artículo 406 de la misma Ley no admite la reconversión implícita, la sentencia de instancia deniega acordar pensión compensatoria a favor de la esposa, conclusión con la que esta Sala no puede estar de acuerdo por las siguientes

razones: a) si bien resulta correcto interpretar que según el artículo 770 es necesario reconversión para solicitar pensión compensatoria, ha de tenerse en cuenta que el legislador no lo articula en el sentido de prohibir solicitar pensión compensatoria sin reconversión sino de sólo admitir reconversión en ese caso, con lo cual queda atenuada tal exigencia, b) si bien también es correcto interpretar que el artículo 406 prohíbe la reconversión tácita al exigir que la misma cumpla todos los requisitos exigidos para la demanda (artículo 399), no obstante, dicho precepto establece que la reconversión habrá de expresarse con claridad la concreta tutela judicial que se pretende obtener respecto del actor y, que en ningún caso se considerará formulada reconven-

ción en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal, c) en el presente caso, en la demanda de divorcio presentada por don Emiliano frente a doña Lorenza, ya se dice por el demandante que no cabe establecer pensión compensatoria a favor de la esposa, y en la contestación a la demanda, la demandada concreta las peticiones frente al demandante, siendo una de ellas la fijación de pensión compensatoria en cuantía de 300 euros mensuales, no finalizando con la petición de absolución sino, por el contrario, con la de que se acuerden dichas medidas, d) en el acto del juicio no sólo no se suscitó la cuestión procesal que analizamos sino que, por el contrario, se fijó como única cuestión controvertida la procedencia o no de fijar pensión compensatoria y su cuantía, proponiéndose, admitiéndose y practicándose pruebas estrictamente en relación a esa cuestión, y, e) establece el artículo 231 de la LEC que el Tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley. Dadas las anteriores razones, como de la contestación a la demanda resultaba claramente la pretensión de la demandada, si el Juzgador en-

tendía que no se cumplían los requisitos procesales para que tuviera cabida en el procedimiento como tal pretensión, debió hacer uso del artículo 231 de la LEC, o, en su caso, advertir de tal defecto procesal en el acto del juicio y de las consecuencias que pudiera acarrear, pero lo que no cabe, por causar indefensión a la parte, es tramitar el procedimiento con normalidad para resolverse en sentencia que ese defecto procesal impide analizar la pretensión de pensión compensatoria, sobre todo porque es el Juzgador de oficio el que así lo estima pues, como ya se ha indicado, la parte actora en todo momento admitió la pretensión que contra ella se articuló en la contestación, siendo de aplicación la doctrina del Tribunal Constitucional al decir que al margen de la corrección o no en el plano de la legalidad ordinaria, no se puede calificar de proporcionada la consecuencia que otorgó el órgano judicial al error procesal que imputaba a la parte, pues, en suma se trata de no convertir los requisitos procesales en obstáculos que en sí mismos constituyan impedimentos para que la tutela judicial sea efectiva, sino que su exigencia responda a la verdadera finalidad de los mismos, esto es: la ordenación del proceso en garantía de los derechos de las partes (SSTC 157/1989 y 122/1997), procediendo por ello la estimación del recurso formulado en este extremo.

CUESTIONES PROCESALES

No existe indefensión por no haberse documentado el acto de exploración de los menores, en virtud del cual se ha adoptado la decisión de establecer el régimen de guarda y custodia compartida.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José María Morillo-Velarde Pérez

El primer motivo del recurso se basa en el artículo 24 de la Constitución que la parte esgrime para denunciar la supuesta indefensión que se le habría causado por no llevarse a cabo la documentación del acto de exploración de los menores, en virtud del cual se ha adoptado la decisión de establecer aquel régimen de guarda y custodia.

El motivo ha de decaer por la simple y llana circunstancia de que al folio 131 y con fecha 24 de septiembre de 2008, existe una mal llamada diligencia de constancia, porque, en realidad, cumple

la funciones de acta aun cuando incurra en la irregularidad de no recoger la firma de la Juez y de la representante del Ministerio Fiscal, en la que se dice bajo la fe de la Secretaria Judicial que se ha verificado la exploración de los menores y que éstos han manifestado «de manera contundente su deseo expreso de estar con ambos progenitores, alternando la convivencia con uno y otro por iguales períodos de tiempo, pareciéndoles bien que la alternancia fuera por cursos escolares (*sic*), quedando ellos siempre en el domicilio familiar».

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Nulidad de actuaciones al no haberse dado traslado de la oposición a la ejecución al Ministerio Fiscal.

AP PONTEVEDRA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Celso Joaquín Montenegro Vieitez

El artículo 124 de la Constitución establece las líneas generales de la actuación del Ministerio Fiscal, atribuyéndole la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. Directrices que son acogidas por el vigente Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 diciembre. La promoción de la acción de la justicia, la defensa de la legalidad, el interés público tutelado por la Ley, la defensa de los derechos fundamentales, la satisfacción del interés social y de las libertades públicas, actuando con objetividad e independencia, según el principio de imparcialidad, son las directrices de la actuación del Ministerio Fiscal válidas para cualquier sector del ordenamiento jurídico. Pero además, con carácter más específico, el Estatuto dispone la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos relativos al estado civil (artículo 3.6: «Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la Ley»), y que intervin-drá «en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación» (artículo 3.7).

El Derecho de familia es la parte del Derecho privado en donde la libertad individual, que es el fundamento de las relaciones jurídico privadas, soporta más limitaciones, porque en ella hay una significativa incidencia de los intereses públicos y sociales. La sociedad y el Estado no pueden ser ajenos al desarrollo de la vida familiar, razón por la que el Ministerio Fiscal es llamado a intervenir en los procesos en los que entran en juego derechos familiares o relaciones jurídicas de este carácter, en las que, como es sabido, predomina el deber sobre el derecho.

En consecuencia, el Ministerio Fiscal es parte o actúa como parte en todos los procesos sobre incapacidad, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación, aun-

que no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes (artículo 749.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En la misma línea, el apartado segundo del mismo precepto legal dispone que «en los demás procesos a que se refiere este Título –relativo a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores– será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal».

Cuando por disposición de la Ley el Ministerio Fiscal debe intervenir en el proceso o en una relación jurídica determinada, su falta de intervención determinará un vicio de nulidad que si la omisión se produce en el proceso podrá denunciarse en cualquier estado del procedimiento antes de dictarse sentencia. Por ello, siempre que el Ministerio Fiscal deba intervenir en el proceso por disposición de la Ley, sea en calidad de parte o como informante o dictaminador deberá ser emplazado o se le comunicarán las actuaciones para que pueda cumplir su misión, debiendo velar en tales casos el órgano jurisdiccional por que tales comunicaciones, citaciones y emplazamientos sean efectivamente realizados en la persona del Ministerio Público.

Respecto a cuáles son los efectos de la no intervención del Ministerio Fiscal en los asuntos a los que es llamado por la Ley, el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que: «Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 3.º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión». Del mismo modo, el artículo 225 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 3.º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión».

En el supuesto sometido a consideración de la Sala se instó procedimiento de ejecución de la sentencia de fecha 26 de mayo de 2000, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Marín en el marco de los autos de Divorcio de Mutuo Acuerdo 30/2000, interesando el esposo don Calixto el

cumplimiento del régimen de visitas respecto de la hija común del matrimonio acordado por él y la que por aquel entonces era su esposa, doña Marí Luz, en el convenio regulador homologado por la meritada resolución. Despachada ejecución y acordándose requerir a la Sra. Marí Luz para cumplir en sus propios términos el régimen de visitas en su día convenido, por ésta se formuló oposición a la ejecución por escrito presentado el día 11 de diciembre de 2007, dándose traslado de la misma a la parte ejecutante a los efectos de impugnar la oposición por vía de providencia de 23 de enero de 2008. Sin embargo, de tal oposición a la ejecución, que afectaba a una menor, en ningún momento se dio traslado al Ministerio Fiscal, continuando

así el decurso de las actuaciones, resolviéndose la oposición en sentido desestimatorio por Auto de 31 de julio de 2008 e interponiéndose recurso de apelación por parte de la ejecutada, siempre sin la intervención de aquél.

Por todo ello y en virtud de lo establecido en los artículos 238.3 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procede declarar la nulidad de actuaciones desde el momento en que debió ser notificada al Ministerio Fiscal la oposición a la ejecución y sólo a los efectos de efectuar este acto de comunicación y traslado de aquélla para, en su caso, impugnar la oposición, dejando subsistentes las demás actuaciones procesales a excepción de la resolución de la oposición y postreras actuaciones.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Es admisible oponerse a la ejecución por impago de pensiones alegando que los hijos mayores de edad perciben ingresos por su actividad laboral.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Fuentes Candelas

En el recurso se alega que únicamente se reclamaron las pensiones del hijo menor, que contaba con 21 años, habiendo tenido sólo dos empleos de formación temporales, estando inscrito en el paro, dependiendo de la madre, y dejando el padre de pagar unilateralmente sin solicitar modificación de medidas. El ejecutado-apelado se opone alegando incluso la posterior sentencia de divorcio que declaró extinguida las medidas.

Sobre la admisibilidad de oponerse eficazmente a la ejecución por motivos como el aceptado en el auto apelado, esta Sec. 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña se ha pronunciado en varios precedentes. En el caso del Auto de 18/10/2006, había quedado plenamente demostrado que el padre obligado al pago de los alimentos había contratado a los hijos en la empresa percibiendo el doble de su asignación alimenticia, situación igualmente reconocida en la sentencia de divorcio paralela a la ejecución de las mensualidades impagadas, acordando la extinción de los alimentos por dicho motivo, concurriendo «con evidencia, la causa de extinción de la obligación de alimentos (...), supuestos, diáfananamente constatados, no dudosos o contingentes». También por resultar acreditado, se estimó la oposición en los casos de los Autos de 15 de abril de 2007 (niña que convivía con el padre

de forma continuada y permanente más de un año durante el período reclamado), y de 23 de octubre de 2007 (hijo que pasó a convivir con el padre y a ser mantenido por éste durante casi dos años con el consentimiento de la madre ejecutante), con base en el pago o cumplimiento y evitación de enriquecimiento injusto. Se trataba de hechos admitidos o bien probados e indiscutibles, y el obligado cumplió con creces por equivalencia. Pero, por no darse esa situación, se rechazó la oposición en el caso del Auto de 7 de junio de 2006 (trabajo eventual iniciado un mes antes de la mensualidad cuestionada); y lo mismo en el 8 de noviembre de 2007 en que era dudosa la independencia del hijo (seguía conviviendo con la madre a pesar de contraer matrimonio, teniendo un trabajo temporal de apenas un mes, posterior al período reclamado). Posiblemente quepa admitir otras situaciones (la ejecutante en el presente caso ya no reclamó las pensiones correspondientes a su primogénito por trabajar de forma regular), pero no discutir cualquier mensualidad ni fomentar conductas unilaterales de impago de obligaciones alimenticias impuestas en la sentencia matrimonial sin plantear el proceso adecuado para valorar judicialmente si procede la modificación de las medidas por cambio sustancial de circunstancias, todo ello en relación con los principios básicos

en la materia en orden a ejecutar las sentencias en sus propios términos y la limitación e interpretación restrictiva de los motivos de oposición a una ejecución basada en título judicial.

En el presente caso, el período reclamado va de junio de 2007 a marzo de 2008; el hijo tenía 21 años, seguía conviviendo con la madre, y sólo había tenido dos trabajos de formación o aprendizaje, escasamente retribuidos, unos meses; pero la sentencia de divorcio, posterior a la fecha de las pensiones reclamadas ejecutivamente, estimó íntegramente la

demanda del ex marido y decretó la extinción de las medidas alimenticias; debiendo de considerarse comprendidas en ella las mensualidades del año 2008 reclamadas y posteriores, no así las anteriores. La conclusión debe ser entonces parcialmente revocatoria de la resolución judicial recurrida en el sentido de estimar la oposición sólo respecto a las pensiones de enero a marzo de 2008 y posteriores, siguiendo la ejecución despachada en lo restante en la cuantía que diremos, todo ello sin mención de las costas del incidente de oposición ni las de apelación (artículos 561 y 398 de la LEC).

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Esta Sala también ha apreciado el abuso de derecho como motivo que se puede articular en la ejecución procesal contra la ejecución de títulos judiciales, circunstancia que se da en el presente supuesto dado que el hijo mayor de edad se encuentra trabajando desde hace algún tiempo debiendo por tanto desestimarse la reclamación de pensiones alimenticias realizada por la madre.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 26 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Agustín Vigo Morancho

En cuanto a la mayoría de edad e independencia económica del hijo Carlos Daniel, esta Sala ha pronunciado respecto de que a este tipo de reclamaciones no puede ser ventilada en vía ejecutiva, pues la LEC (artículos 775 y 771) establece el cauce específico para ventilar los procesos en que se discuta una modificación de circunstancias. Además, aunque los alimentos de los hijos menores derivan de la patria potestad y los de los hijos mayores constituyen una obligación derivada de la deuda alimenticia entre parientes, regulada en los artículos 259 a 272 del Codi de Família, el artículo 76.2 de este Texto Legal claramente establece la obligación de fijar alimentos a favor de los hijos mayores de edad que convivan con uno de los progenitores y que no tengan ingresos propios, lo cual ha sido interpretado por la jurisprudencia del TSJC y por esta propia Sección en el sentido de que en los procesos de nulidad, separación o divorcio, en los cuales los hijos alcancen la mayoría de edad, continúa vigente la obligación de prestar alimentos a favor de ellos, mientras no se acredite que tengan una vida económica independiente, pues ni el simple hecho de la mayoría de edad, ni el ejercicio de trabajos periódicos o en determinadas estaciones del año, constituyen base suficiente para extinguir la pensión de alimentos. En todo

caso, la modificación de las pensiones alimenticias por cambio de circunstancias debe tramitarse en sede del procedimiento regulado en el artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, por remisión expresa del artículo 775.2 del mismo Texto Legal, no como motivo de oposición frente al título ejecutivo judicial. No obstante, esta Sala también ha apreciado el abuso de derecho como motivo que se puede articular en la ejecución procesal contra la ejecución de títulos judiciales, y en el presente caso la parte ejecutada aportó la hoja de Vida Laboral de Carlos Daniel, quien consta que trabajó desde febrero de 2000 a agosto de 2002 en la empresa RECAVENT CONFORT, SL, desde 26 de noviembre de 2002 a mayo de 2003 en la empresa HERMANOS GAF INSTALACIONES VENDRELL, desde mayo de 2003 a junio de 2003 obtuvo retribución por vacaciones retribuidas y no disfrutadas, continuando trabajando en dicha empresa, según se deduce del certificado de 14 de agosto de 2007. De ello se deduce que la actora no tiene derecho a percibir las pensiones alimenticias desde el año 2001, que son las únicas no prescritas ni caducadas, pero cuya reclamación constituyen un claro abuso de derecho, ya que habiendo alcanzado el hijo la independencia económica, el derecho de la madre al devengo de los alimentos a favor

de su hijo se habría extinguido. En consecuencia, debe desestimarse también este motivo del recurso de apelación y, por ende, debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de

6 de febrero de 2008, dictado por la Ilma. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Barcelona, confirmándose íntegramente la resolución recurrida.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Es competente para el conocimiento de la demanda de ejecución de sentencia el Juzgado de Instrucción que dictó la sentencia de divorcio, no modificando dicha competencia la posterior creación de un juzgado específico de Violencia sobre la Mujer.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, AUTO DE 26 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Agustín Vigo Morancho

El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Mataró inadmitió la demanda ejecutiva interpuesta por don Juan, representado por la Procuradora doña María del Carmen Domenech Fontanet, por la que se solicitaba la ejecución de la Sentencia de 4 de diciembre de 2006, relativa al procedimiento de divorcio 19/2006, pidiendo la ejecución de la división de la vivienda y la atribución del ajuar. Frente a esta resolución el demandante ejecutante interpone recurso de apelación, ya que considera que la competencia para conocer de la ejecución instada corresponde al órgano jurisdiccional que dictó la Sentencia.

La cuestión objeto de recurso se circunscribe a la competencia en materia de ejecución de procedimientos civiles, ya que la juzgadora de instancia no admitió a trámite la demanda ejecutiva por entender que carecía de competencia en virtud de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. No obstante, debe indicarse que esta disposición no puede ser aplicable a las ejecuciones de Sentencias dictadas por un Juzgado de Primera Instancia o de Primera Instancia o Instrucción, ya que no es lo mismo la adopción de medidas civiles relativas a los supuestos en que se siga un caso de violencia sobre la mujer, que la ejecución de sentencias dictadas por un determinado órgano jurisdiccional, ya que la competencia de la ejecución de una sentencia en materia civil es exclusiva y excluyente del Juzgado de Primera Instancia que la hubiera dictado, salvo que la Ley expresamente establezca lo contrario. En el presente caso se trata de ejecutar una Sentencia de Divorcio sobre los extremos relativos a la división de la vivienda familiar y de la atribución del ajuar. La referida Sentencia fue dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Mataró en fecha de 4 de diciembre de 2006, el cual en aquella época tenía

conocimiento de los asuntos de Violencia de Género. Posteriormente, en fecha de 28 de diciembre de 2007 el citado Juzgado perdió la competencia en materia de Violencia de Género, ya que se creó un Juzgado específico de Violencia sobre la Mujer en el partido judicial de Mataró, quien asumió la competencia anteriormente residenciada en el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Mataró. Sin embargo, la atribución de las citadas competencias al nuevo órgano jurisdiccional no puede entenderse como la asunción de asuntos en materia de ejecución de sentencias dictadas por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Mataró, ya que dicha pretendida *vis atractiva* no la autoriza la Ley. Clara e inequívocamente el artículo 545.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 establece que «será competente para la ejecución de resoluciones judiciales o de transacciones y acuerdos judicialmente homologados o aprobados el tribunal que conoció del asunto en primera instancia o el que homologó o aprobó la transacción o acuerdo». Al respecto esta Sala ya se ha pronunciado en varias ocasiones respecto a la competencia de los Juzgados que dictaron la Sentencia para conocer de su ejecución, declarando el Auto de 15 de septiembre de 2008 (Rollo 590/208): «La cuestión litigiosa es de fácil solución en esta materia que versa sobre la competencia funcional para la ejecución de un título judicial, siendo preciso acudir al contenido de lo preceptuado en el artículo 545.1 de la LEC, en la que se establece el principio de que es competente para la ejecución de las resoluciones judiciales el Tribunal que conoció del asunto en primera instancia. Nos encontramos ante una norma de competencia funcional, tal y como se señala expresamente en el artículo 61 de la LEC, que debe considerarse prevalente frente a la regla de la atribución de la competencia *ratione materiae* que pudiera resultar de la creación

ex novo de unos juzgados específicamente competentes para el conocimiento de estos asuntos, ya que en ningún caso la *vis atractiva* de estos órganos jurisdiccionales pueda extenderse a asuntos conocidos con anterioridad al momento de su creación, pues sabido es que las normas procesales no tienen carácter retroactivo, sino dispusieren otra cosa, siguiendo con ello la pauta general establecida en el artículo 2.1 y 3 del Título Preliminar del Código Civil. De esta suerte, en la tesitura de tener que optar por la regla que resulta de las normas propias de la competencia funcional y las dimanantes de la competencia objetiva, por las razones expuesta ha de ser preferido el primero de los criterios, lo que

nos lleva a una estimación del recurso entablado, con revocación del Auto recurrido, lo que habrá de pronunciarse sin verificar una expresa imposición de las costas procesales de esta alzada, dada la inanidad de tal pronunciamiento». En consecuencia, atendiendo a las consideraciones expuestas, debe estimarse el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 9 de junio de 2008, dictado por la Ilma. Magistrada Juez del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Mataró, revocando la resolución del mismo y acordando que el citado órgano jurisdiccional es competente para conocer de la ejecución de la Sentencia de 4 de diciembre de 2006 (Rollo 19/20006), instada por don Juan.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

En fase de ejecución no cabe admitir reconvencción por parte del ejecutado, ni tampoco puede compensarse el pago de la hipoteca que debería haber realizado la madre con la pensión alimenticia a cargo del padre.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 26 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Agustín Vigo Morancho

El proceso civil tiene tres clases de funciones: a) la declarativa; b) la ejecutiva, y c) la cautelar, de ahí que doctrinalmente se distingan el proceso declarativo, el proceso de ejecución y el proceso cautelar. El proceso de ejecución es aquel que precisa de un documento o título judicial o extrajudicial para que pueda exigirse su satisfacción por la vía procesal. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, a diferencia de la anterior, unifica la ejecución procesal, regulando un único sistema de ejecución, en el que existe oposición del ejecutado, si bien dentro de la misma habrá de distinguirse con relación al título ejecutivo. Las diferencias de mayor importancia entre los títulos judiciales y los no judiciales radican en: 1.º) Los títulos judiciales y asimilados pueden documentar todas las obligaciones que se resuelven en prestaciones de hacer, de no hacer y de dar, mientras que los títulos no judiciales sólo pueden documentar obligaciones dinerarias o que sean computables en dinero. 2.º) La oposición a la ejecución que formula el ejecutado es la misma, tratándose de títulos judiciales y de no judiciales, en lo que se refiere a los defectos procesales y a las infracciones legales en el curso de la ejecución, y es distinta en lo que atiene al fondo, pues no puede ser igual oponerse a un título que tiene eficacia de cosa juzgada material que a otro que carece de esa eficacia. Ahora bien, una vez presentada la de-

manda ejecutiva y admitida a trámite por el Juez, ordenando despachar ejecución, el ejecutado sólo puede oponerse a ella por defectos procesales o por motivos de fondo. Respecto los defectos procesales, el ejecutado puede alegar los siguientes: 1) Carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda; 2) Falta de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que demanda; 3) Defecto en el modo de proponer la demanda ejecutiva, por falta de concreción de la solicitud inicial de actos ejecutivos o inadecuación de los solicitados al contenido del título. 4) Nulidad radical del despacho de ejecución por no contener la sentencia o laudo arbitral pronunciamiento de condena. 5.º) No ser el documento presentado con la demanda título ejecutivo; y 6.º) Infracción al despacharse la ejecución, de lo dispuesto en el artículo 520 de la LEC. En cuanto a los motivos de fondo, debe distinguirse la oposición a títulos judiciales y asimilados, de la oposición a títulos no judiciales. Cuando se trate de título judiciales, es decir, de una sentencia o una resolución judicial o arbitral de condena o auto que apruebe la transacción o acuerdo entre las partes en el proceso de declaración, la oposición del ejecutado, que habrá de formularse por escrito y dentro de los diez días siguiente de la notificación del auto en que se despacha ejecución, puede referirse

a: 1) La caducidad de la acción; 2) Pago o cumplimiento, que deberá acreditarse documentalmente; y 3) Pactos y transacciones que se hubieran convenido para evitar la ejecución, siempre que consten en documento público (artículo 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Cuando se trate de los títulos no judiciales, a los que se refieren los números 4.º, 5.º, 6.º, 7.º y parte del 9.º del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el ejecutado podrá formular oposición dentro de los diez siguientes de la notificación del auto despachando la ejecución, amparándose en alguno de los siguientes motivos: 1) Pago, que debe acreditarse documentalmente. 2) Compensación de crédito líquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva. 3) Pluspetición o exceso en la computación a metálico de las deudas en especie. 4) Prescripción y caducidad. 5) Quita, espera o pacto o promesa de no pedir, que conste documentalmente; y 6) Transacción, siempre que conste en documento público. Fuera de los motivos citados en los artículos 556 (títulos judiciales o asimilados) y 557 (títulos no judiciales) de la Ley de Enjuiciamiento Civil no cabe formular otro motivo o excepción de oposición.

En el presente proceso, el ejecutado funda su recurso de apelación en dos motivos: 1) Se pide la revocación de los Autos de 28 de junio de 2007 porque no admitió a trámite la reconvencción en este procedimiento de ejecución y el Auto de 5 de noviembre de 2007, que decretó la nulidad de la providencia de 13 de septiembre de 2007. 2) Subsidiariamente, se apela el Auto de 4 de marzo de 2008 al amparo de los siguientes motivos: a) Nulidad radical de despacho de la ejecución por no contener la sentencia un pronunciamiento de condena: se ejecuta un saldo de obligaciones recíprocas que la ejecutante a su voluntad compensa, aparte de que no se requirió de pago al otro acreedor-deudor; b) Por el pago, pactado verbalmente, que el Auto recurrido ni siquiera cita, incurriendo en falta de motivación; c) Por la convivencia de los alimentistas con el deudor en el período reclamado, que comprende desde marzo de 2004 a septiembre de 2005; d) Que únicamente se adeuda la cantidad total de 177,60 euros, comprensiva de la deuda del año 2005 (40,32 euros) y la deuda del año 2006 (137,20 euros); y e) que no se le impongan las costas de primera instancia, tal como lo efectuó el juzgador de instancia, ya que no existió reclamación previa del saldo y ambas partes son recíprocamente acreedoras y deudoras.

El primer motivo del recurso, referido a la revocación del Auto de 28 de junio de 2007, que inadmitió la reconvencción, y del Auto de 5 de noviembre de 2007, que decretó la nulidad de la providencia de 13 de septiembre de 2007, debe ser desestimado *prima facie*, ya que de lo expuesto en

el apartado primero del fundamento jurídico primero de este recurso se desprende claramente que en el proceso de ejecución, que, cuando se trata de títulos judiciales, se exige una Sentencia o Auto firme, no cabe introducir una fase declarativa nueva, como sucedería si se admitiera ejercitar una reconvencción. Realmente la pretensión de la parte apelante de ejercitar una reconvencción es anómala y extraña a la finalidad del proceso de ejecución, así como a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, como también lo era en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. En el proceso de ejecución sólo cabe formular oposición por las causas o motivos de forma o de fondo antes enumerados, no siendo admisible introducir un nuevo proceso declarativo como una especie de incidente de la oposición, ejercitando una reconvencción. En consecuencia, debe desestimarse la solicitud de revocación del Auto de 28 de junio de 2007.

El apelante también recurre el Auto de 5 de noviembre de 2007, que declaró la nulidad de la providencia de 13 de septiembre de 2007, alegando que el citado Auto es improcedente porque el Juez de instancia declaró la nulidad de actuaciones, al amparo del artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que el Juez había dictado una resolución en fecha de 13 de septiembre de 2007 emplazando al recurrente para interponer recurso de apelación. El recurrente entiende que como la providencia de 13 de septiembre de 2007 tenía por preparado el recurso de apelación contra el Auto de 30 de julio de 2007, que desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra el Auto de 28 de junio de 2008, por el que se inadmitía la reconvencción interpuesta por el ejecutado., dicha resolución era definitiva y, por lo tanto, no podía ser anulada por el Juzgador al amparo del artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, el recurrente confunde el concepto de resolución firme y de resolución definitiva, pues, si bien en alguna ocasión el Tribunal Constitucional efectuó una equiparación similar, lo cierto es que el concepto de resolución o sentencia definitiva hoy en día goza de unanimidad y la propia Ley la define, diciendo «son resoluciones definitivas las que ponen fin a la primera instancia y las que decidan los recursos interpuestos contra ellas». Claramente la Ley se refiere a las Sentencias o Autos que pongan fin a un proceso en primera instancia y a las dictadas en recursos de apelación u otros recursos legalmente procedentes y no a una providencia por la que se admite un recurso de apelación, que era improcedente a tenor de lo dispuesto en el artículo 454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual «salvo los casos en que proceda el recurso de queja, contra el auto que resuelva el recurso de reposición no cabe recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la

cuestión objeto de la reposición, al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva». En conclusión, el Auto de 5 de noviembre de 2007, dictado por el Juez de instancia estaba perfectamente ajustado a derecho, razón por la que debe desestimarse también este motivo del recurso de apelación.

En cuanto al fondo del asunto, el apelante entiende que debe decretarse la nulidad radical del despacho de la ejecución, ya que la Sentencia, que es fundamento del título ejecutivo, no contiene un pronunciamiento de condena, ya que se ejecuta un saldo de obligaciones recíprocas que la ejecutante a su voluntad compensa, pues ni requirió de pago al otro acreedor-deudor. Ahora bien, tal alegación es una cuestión nueva —*quaestio nova*—, que ha sido introducida en esta alzada, ya que cuando el ejecutado formuló oposición, aparte de la pretendida reconvencción que se rechazó *a limine*, únicamente se opuso a la ejecución en base a tres motivos: a) período de computar el devengo de la pensión de alimentos; b) pensión de alimentos; y c) incumplimiento de la actora del pago de la hipoteca, razones por las que debe desestimarse este motivo del recurso de apelación. No obstante, debe añadirse que el título ejecutivo es la Sentencia de 27 de abril de 2004, que aprueba el Convenio regulador de la separación, por lo que obliga al ejecutado es lo pactado en dicho convenio, donde se regulan las cuestiones de la liquidación del régimen económico-matrimonial y la pensión de alimentos, por lo que la parte ejecutante podía efectivamente instar la ejecución en apoyo de dicho título ejecutivo, donde se prevé el pago de los alimentos y el abono de la cantidad de 1.800 euros, a la actora en con-

cepto de la mitad del préstamo que habían asumido ambas para la adquisición de un vehículo, lo cual se efectuó a cambio de que el ejecutado se adjudicara el vehículo.

Respecto a la alegación del pago pactado verbalmente, el apelante entiende que se había pactado entre los dos litigantes el pago de los alimentos, sin embargo seguidamente introduce una argumentación confusa y reiterativa sobre la compensación de la amortización de la hipoteca con el pago de los alimentos, cuando no debe olvidarse que por su naturaleza las pensiones alimenticias no pueden ser objeto de compensación (artículo 270.1 del Codi de Família) y que la compensación sólo puede alegarse como motivo de oposición respecto de los títulos ejecutivos no judiciales, no respecto los jurisdiccionales, como es la Sentencia de separación matrimonial. Si el apelante ostenta algunos derechos contra la ejecutante respecto la cuestión de la amortización de la hipoteca, que en su día se vendió, puede ejercitar la acción en un proceso declarativo, pero no pedir su compensación en vía ejecutiva. Por otro lado, no se ha probado documentalmente que las partes hubieran llegado a pactos o transacciones que hubieran convenido para evitar la ejecución, ya que las simples declaraciones de los testigos en el acto del juicio carecen a este respecto de virtualidad probatoria, pues el artículo 556.1, párrafo segundo, exige que los pactos y transacciones que hubieran acordado las partes para evitar la ejecución deben constar en documento público, por lo que no puede estimarse tampoco este motivo del recurso de apelación.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Las cuestiones que plantea la decisión de la madre de trasladarse a Bruselas no puede resolverse por vía de ejecución de sentencia.

AP A CORUÑA, SEC. 4.^a, SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Seoane Spiegelberg

El Tribunal comparte y hace suyos los argumentos esgrimidos en el auto impugnado. No nos hallamos propiamente ante un caso de ejecución forzosa de un pronunciamiento de una sentencia firme dictada en un procedimiento matrimonial, sino de una incidencia derivada de un hecho nuevo, cual es la comunicación de la madre de que se traslada, por razones laborales, a Bruselas. Tal hecho plantea, como muy bien razona la juzgadora *a quo*, una inci-

dencia relativa al ejercicio de la patria potestad, en cuanto afecta directamente a la menor, y a la extensión del régimen de custodia materna atribuida en la sentencia, cuyo cauce resolutorio no es el de una demanda ejecutiva, fundada en la realización forzosa de una decisión judicial incumplida. Otro cosa sería si en la sentencia, título ejecutivo (artículo 517.2.1 de la LEC), se hubiese acordado que la madre no podría trasladarse con su hija al extranjero

sin acuerdo entre las partes, o, en su caso, decisión judicial, mas no es éste el supuesto que nos ocupa, en el que la resolución que se pretende ejecutar nada dice al respecto. Nos encontramos, pues, ante un caso distinto, ante una incidencia derivada de un traslado al extranjero, cuyas consecuencias jurídicas: cambio de custodia al padre para que la menor no se traslade fuera del país, nueva fijación del ré-

gimen de visitas, ponderando el principio *favor filii*, no es la propia de una ejecución de sentencia en cuyo trámite no se discute ni se dirimen discrepancias, sino que se procede a la realización forzosa mediante la coerción estatal de una decisión dictada en una previa fase declarativa del proceso (*nulla executio sine titulo*), en la que las partes han podido alegar y probar lo que estimaron oportuno.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Se desestima la demanda de ejecución formulada por el padre solicitando que se requiera a la madre para que facilite información sobre «las cuestiones relativas a salud, conducta y formación del menor de la que aquél no tenga conocimiento por razón de la no convivencia con el menor», habida cuenta que el hijo está próximo a cumplir la mayoría de edad y el padre puede dirigirse directamente a aquél para conocer dicha información.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 30 DE ENERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo

Contra el Auto dictado en fecha 29 de febrero de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Barcelona en los autos registrados con el núm. 986/2007 sobre ejecución de título judicial seguidos a instancia de doña Celestina contra don Luis, cuya parte dispositiva ha quedado transcrita en el antecedente de hecho primero de esta resolución, interponen recurso de apelación la Sra. Celestina en solicitud de que se «dicte la oportuna resolución, por la que se declare haber lugar la despacho de la ejecución solicitada, con imposición de costas a la ejecutante, y para el supuesto de que con mejor criterio la Superioridad no estimara el recurso de apelación interpuesto por esta parte. (*sic*). Lo que por se de justicia respetuosamente pedimos en Barcelona, a diecisiete de abril de dos mil ocho», a cuyo recurso se oponen tanto el Sr. Luis como el Ministerio Fiscal.

En la demanda rectora del procedimiento ejecutivo del que este rollo trae causa, la parte actora interesó la ejecución Sentencia de divorcio de fecha 11 de octubre de 2006, que aprobó el convenio regulador de los efectos del mismo suscrito por los ahora litigantes en fecha 17 de julio de 2006, y solicitó del Juzgado que «acuerde requerir personalmente a don Luis al objeto de que cumpla estrictamente con las obligaciones derivadas del ejercicio de la guarda y custodia del menor Cristian, que tiene atribuida por Sentencia de fecha 11 de octubre de 2006, y en sus méritos informe al cónyuge no custodio de las cuestiones de impor-

tancia relativas a salud, conducta y formación del menor de la que aquél no tenga conocimiento por razón de la no convivencia con el menor», y habiéndose despachado ejecución por Auto de fecha 21 de noviembre de 2007 y opuesto la parte ejecutada, una vez formuladas alegaciones por la ejecutante a la oposición del ejecutado, concluye el procedimiento en la instancia con el referenciado Auto resolutorio, y contra el mismo se alzan ambos litigantes en solicitud de lo que queda dicho en el precedente Fundamento de Derecho.

Se trata, en el caso de autos, de la ejecución de una resolución judicial, en concreto de una Sentencia, por tanto, de un título que lleva aparejada ejecución en virtud de lo que prevé el artículo 517.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para lo que debe tenerse en cuenta la disposición legal contenida en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial conforme a la cual «las sentencias se ejecutarán en sus propios términos», con la que se trata de dar cumplimiento a la obligación de «cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales» que prevé el artículo 118 de la Constitución Española.

Sin embargo, la solicitud contenida en la demanda ejecutiva, que ha quedado transcrita, adolece de un vicio en su planteamiento, pues, asistiendo al progenitor no custodio el derecho a ser informado de todo cuanto de importancia acaezca en la vida del hijo sujeto a la guarda y custodia del otro progenitor, es lo cierto que, como se pone de

manifiesto en la resolución recurrida, por una parte, lo normal, en caso de relaciones al menos no conflictivas entre los padres, la información se produzca verbalmente, con la dificultad en dicho caso en lo relativo a la prueba, y, por otra parte, haya o no haya relaciones cordiales entre los progenitores, en supuestos como el contemplado de un hijo, Cristian, nacido en fecha 9 de mayo de 1991, por tanto próximo a cumplir la mayoría de edad y con dieciséis años cumplidos en la fecha de la interposi-

ción de la demanda ejecutiva, lo también normal es que la información recabada del progenitor custodio pudiera obtenerla directamente del propio hijo cuando tuviera contacto con él en cumplimiento del régimen de visitas que convinieron «atendida la edad de Cristian y la autonomía de la que ya dispone», como se hace constar en el referenciado convenio, por lo que, en definitiva y sin necesidad de mayor razonamiento, procede la desestimación del recurso de apelación.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Se condena a la ex esposa al abono de 8.500 euros por el incumplimiento del pacto del convenio regulador en el que se comprometía a abandonar la vivienda familiar en un fecha determinada, pactándose que por cada día de retraso abonaría 100 euros.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, AUTO DE 16 DE ENERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

La demanda de ejecución de la sentencia de divorcio de 12 de junio de 2006, instada por don Marcos, frente a doña Nuria, tenía por finalidad dar fiel cumplimiento a las estipulaciones del convenio regulador de medidas suscrito por los cónyuges y ratificado ante la presencia judicial.

Se postuló la condena a la ejecutada al abono de la suma de ocho mil quinientos euros, por consecuencia del retraso en el abandono del uso del domicilio familiar, que debía concluir antes del 30 de octubre de 2005, por la estipulación de una penalización de cien euros diarios en el supuesto del vencimiento del término paccionado.

La ejecutada doña Nuria se opuso al despacho de la vía ejecutiva, en momento procesal oportuno, al entender que había cumplimentado la estipulación del convenio regulador del divorcio, por abandono del uso de la vivienda familiar el día 30 de octubre de 2005, fecha límite señalada por pacto entre las partes. En suma la causa de oposición esgrimida, relativa al cumplimiento de lo ordenado en el convenio de divorcio, aprobado por la sentencia recaída en el proceso, tenía su encaje en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La documental presentada por la propia parte ejecutada, junto al escrito de formalización de la oposición al despacho de la vía ejecutiva, revela que la baja del suministro del agua en la vivienda, efectuada por la usuaria de la misma, fue en fecha

12 de diciembre de 2005, la del suministro del gas el 24 de noviembre de 2005, y de la electricidad el 7 de junio de 2006, es decir en fechas posteriores al 30 de octubre de 2005, límite pactado en el convenio regulador del divorcio, a partir del cual era de aplicación la cláusula de penalización estipulada por sus suscribientes.

El documento cuarto de la parte ejecutada tan sólo acredita la adquisición por la misma de una vivienda y plaza de aparcamiento en Sant Martí de Sarroca el 21 de octubre de 2005, sin que justifique haber dejado de utilizar la vivienda conyugal en la fecha límite del 30 de octubre de 2005, habiéndose producido el empadronamiento de la ejecutada en su nueva vivienda el 28 de diciembre de 2005.

La entrega de las llaves de la vivienda familiar se efectuó por la aquí parte ejecutada, en fecha 7 de febrero de 2006, según constancia documental que obra en las actuaciones, sin que quede acreditado la concurrencia de una situación fáctica que impidiese dar cumplimiento de lo estipulado en el convenio del divorcio.

La prueba documental relatada en el anterior fundamento jurídico de esta resolución judicial, pone de manifiesto que la ejecutada no abandonó la vivienda familiar en el término pactado en el convenio regulador del divorcio, produciéndose la entrega efectiva de las llaves de la misma, hecho objetivo y acreditativo del desalojo del inmueble, en

fecha posterior al término estipulado, y dándose de baja de los suministros del inmueble en fecha también posterior, siendo todo ello indicativo de la demora en el cumplimiento del convenio regulador, resultando en suma procedente la aplicación de la cláusula penal querida y estipulada por las partes.

El hecho de que las cuotas de la Comunidad de Propietarios del inmueble, de propiedad compartida entre los esposos, que eran satisfechas por las dos partes, desde noviembre de 2006, y no tan sólo por la usuaria de la vivienda como acontecía desde 2003, no presupone que la ejecutada abandonase el domicilio familiar antes del término pactado,

siendo consecuencia de la posición del ejecutante que era sabedor que, por pacto entre los cónyuges, debía abandonar la esposa el inmueble el 30 de octubre de 2005.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso de apelación, desestimándose la causa de oposición a la ejecución esgrimida por la ejecutada, debiendo proceder seguir adelante la vía ejecutiva, con expresa condena a la ejecutada a satisfacer las costas de la oposición a la ejecución, en base a las prescripciones del artículo 561.1.1.ª, en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Como medida de administración y hasta que tenga lugar las adjudicaciones, se acuerda que el esposo sea el que se haga cargo de los gastos del inmueble ganancial en atención a haberse acreditado ser quien dispone de su posesión y maneja, *de facto*, los fondos de la economía familiar.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, AUTO DE 24 DE MARZO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña María Elia Mata Albert

Recorre don Aureliano el apartado núm. 2 de la parte dispositiva del Auto dictado en la instancia el 17 de octubre de 2008, suplicando se revoque el mismo, y, en su lugar se decrete la administración conjunta de los litigantes, soportando ambos los gastos de la vivienda que fue domicilio familiar, y se establezca la administración conjunta de las sumas dinerarias, inversiones y productos financieros o valores, hasta la definitiva adjudicación del patrimonio inventariado a cada uno, alegando, sustancialmente, que vive en una residencia de ancianos, que ambos litigantes son poseedores del inmueble (vivienda), en cuestión, que renuncia a la administración del patrimonio conyugal que no le corresponda y que sólo percibe una pensión de jubilación de 800 euros mensuales, de la que satisface 400 euros al mes a la esposa en concepto de pensión compensatoria.

Los argumentos invocados por el recurrente para sostener la revocación del auto impugnado carecen de la suficiente virtualidad para alterar sus pronunciamientos.

El recurrente no compareció (fue citado en legal forma y no alegó causa justificativa alguna) a la

diligencia de formación de inventario señalada por el Juzgado y celebrada el 15 de octubre de 2008, en la que pudo mostrar la disconformidad que aquí esgrime.

Por otro lado, dicha disconformidad se centra, exclusivamente, en el establecimiento a su cargo de los gastos que genere la vivienda hasta que se proceda a su venta, respetando su contenido, y en la necesidad de actuar ambos litigantes de común acuerdo para cualquier actuación sobre valores mobiliarios, incluido el importe de 123.510,07 euros reinvertidos en Ibercaja, sobre el que deberá informar el recurrente a doña Adolfinia.

Tales medidas comportan el absoluto respeto a la legalidad vigente, dada la imposible disposición por uno de los litigantes, de forma unilateral de bienes comunes, y hasta que dicha comunidad cese.

Finalmente, y por lo que respecta a los gastos de la vivienda, se trata de una medida provisional, hasta el cese de la comunidad y en atención a haberse acreditado ser el recurrente el que dispone de su posesión y maneja, *de facto*, los fondos de la economía familiar.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Se incluye en el activo la participación indivisa que le corresponde a la sociedad de gananciales en la propiedad de la vivienda, correspondiente al porcentaje que sobre el precio de adquisición de dicho inmueble representa la suma pagada de dicho precio desde la celebración del matrimonio hasta la fecha en que cesó la convivencia.

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio María González Floriano

Centrado el Recurso en los términos que, de manera sucinta, han quedado expuestos en el Fundamento Jurídico anterior y, examinadas las alegaciones que lo conforman, el primero de los motivos en los que aquél se sustenta denuncia –como se acaba de anticipar– la infracción de precepto legal por indebida aplicación del artículo 1354 del Código Civil y, al mismo tiempo, por inaplicación del artículo 1397.3 del referido Texto Legal, estimando la parte apelante, en tal sentido, que no podía considerarse como ganancial la vivienda sita en el CALLEooo, número NÚMooo, NÚMoor, de Miajadas, que constituyó el hogar familiar, al haberse adquirido por el demandado, don Braulio, en estado de soltero.

Atendiendo al planteamiento del primer motivo de la Impugnación, debe significarse, con carácter previo, que dicho motivo carece de virtualidad sustantiva desde el momento en que, en el Fallo de la Sentencia recurrida, en ningún momento se califica la naturaleza de la vivienda sita en Miajadas, en la CALLEooo, número NÚMooo, NÚMoor, sino que únicamente se declara la inclusión en el Inventario de la sociedad de gananciales de «la participación indivisa que le corresponde a la sociedad de gananciales en la propiedad de la vivienda sita en Miajadas, CALLEooo, número NÚMooo, NÚMoor, correspondiente al porcentaje que sobre el precio de adquisición de dicho inmueble representa la suma pagada de dicho precio desde la celebración del matrimonio hasta la fecha en que cesó la convivencia, a determinar en ejecución de Sentencia», pronunciamiento que no ha sido impugnado y, por tanto, ha sido consentido y admitido por las partes litigantes, no siendo, pues, tal pronunciamiento objeto del presente Recurso de Apelación. Es cierto, no obstante, que, en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia recurrida, el Juzgado de instancia indicó que la expresada vivienda «tiene naturaleza mixta, en parte ganancial y en parte privativa, siendo ganancial la parte proporcional que sobre el total precio de adquisición de dicho inmueble representa la suma pagada de dicho precio desde la

celebración del matrimonio hasta la fecha en que cesó la convivencia»; mas este razonamiento ha de considerarse correcto por cuanto que, efectivamente, la vivienda sita en Miajadas, en la CALLEooo, número NÚMooo, NÚMoor, no puede considerarse, en la liquidación del régimen económico-matrimonial, como privativa del demandado en aplicación –como, de manera equivocada, pretende la parte apelante– de los artículos 1346.1 y 1397.3 del Código Civil, en la medida en que tal apreciación no se complace con la naturaleza que es dable predicar, en este concreto supuesto, de la vivienda que constituyó el domicilio familiar en aplicación, tanto del artículo 1354 del Código Civil (precepto al que se remite el segundo párrafo del artículo 1357 del mismo Texto Legal), como de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta, doctrina jurisprudencial de la que es exponente fundamental la Sentencia del Alto Tribunal de fecha 18 de diciembre de 2000. En este sentido, el artículo 1354 del Código Civil dispone que los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán en proindiviso a la Sociedad de Gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas, precepto aplicable –como ya se ha dicho– a la vivienda y ajuar familiares tal y como establece el segundo párrafo del artículo 1357 del Código Civil; de modo que, en aplicación de aquel precepto y tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de diciembre de 2000, habiéndose acreditado que la compraventa de la vivienda litigiosa se llevó a cabo por el demandado en estado de soltero con pago del precio a plazos, así como que, durante la vigencia del matrimonio se efectuó el pago de plazos del préstamo hipotecario y, constituyendo dicha vivienda la familiar del matrimonio (hecho este expresamente reconocido), debe calificarse la misma como perteneciente en proindiviso a la Sociedad de Gananciales de los cónyuges, doña Trinidad y don Braulio, y a éste en proporción al valor de las aportaciones de una y otro al pago del precio. De este modo, la Sentencia del Tribunal Supremo

de fecha 18 de diciembre de 2000 (en un supuesto idéntico y, por tanto, extrapolable al presente), ha establecido –y es cita literal– que «declarado probado por la sentencia recurrida que la compra de la vivienda litigiosa se llevó a cabo por la actora doña María del Carmen, en estado de soltera, con pago del precio a plazos, resultando probado que durante la vigencia del matrimonio integrado por la actora y don Jaime se efectúa el pago del referido inmueble, concretamente, algunos de los plazos del crédito hipotecario, no precisados cuántos, sí sus respectivos importes, sin que tales declaraciones fácticas hayan sido desvirtuadas en este recurso, y siendo indiscutido que la vivienda en cuestión era la familiar del matrimonio, es correcta la calificación que de ella hace la Sala de instancia como perteneciente proin-

diviso a la sociedad de gananciales de los cónyuges don Jaime y doña María del Carmen y a ésta en proporción al valor de las aportaciones de una y otra al pago del precio; no se han infringido por la Sentencia *a quo*, sino rectamente aplicables, los artículos 1357.2 y 1354 del Código Civil y el motivo ha de ser desestimado». Debe añadirse, finalmente, que este criterio es constante y reiterado en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, no debiendo confundirse con otros criterios interpretativos del artículo 1354 del Código Civil que se refieren a casos distintos del presente, dado que, o bien se trata de supuestos anteriores a la reforma del Código Civil operada por Ley de 13 de mayo de 1981, o bien a supuestos donde el bien inmueble discutido no era la vivienda familiar.

REGÍMENES ECONÓMICOS

La mención que pudiese hacerse en el auto de medidas provisionales a que la vivienda era privativa del esposo carece de efectos en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio María González Floriano

En la segunda vertiente del motivo (Alegación Segunda del Escrito de Interposición del Recurso), la parte apelante aduce que no podía considerarse como ganancial la tan repetida vivienda por haberse determinado su carácter privativo por Resolución Judicial anterior, y no haber discutido tal cuestión la parte contraria. Esta segunda vertiente del motivo tampoco puede ser admitida por cuanto que, si bien en el Auto de Medidas Provisionales de fecha 24 de mayo de 2007 (en concreto en su Fundamento de Derecho Tercero), el Juzgado de instancia indi-

có, textualmente, «que la propiedad de la vivienda controvertida corresponde al demandado», forzoso es reconocer que, en tal Proceso, como es natural, no sólo no se discutió el carácter privativo o ganancial de la vivienda familiar, sino que no se adoptó ningún pronunciamiento que pudiera afectar a la liquidación del régimen económico-matrimonial de la sociedad de gananciales, por lo que tal expresión ha de reputarse inocua e irrelevante a los efectos que se dirimen en el presente Proceso de Formación de Inventario de la sociedad de gananciales.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Se consideran privativos los muebles ya que no se trata de donaciones por razón de matrimonio, sino que aquéllos fueron adquiridos por los padres de la esposa antes del matrimonio, existiendo y aportándose facturas de su adquisición, con lugar de entrega en el domicilio de los padres, comprados expresamente para su hija y con las facturas emitidas a nombre de los padres, no del matrimonio.

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio María González Floriano

Como segundo motivo del Recurso, la parte demandada apelante esgrime la infracción de pre-

cepto legal por inaplicación del artículo 1336 del Código Civil, alegando la indicada parte, en este

sentido, que no podían considerarse como privativos los muebles del salón, cocina, dormitorio y terraza, al constituir los mismos donaciones por razón del matrimonio, debiendo tener tales bienes la consideración de gananciales. No sólo no puede compartirse el criterio de la parte apelante puesto de manifiesto en este segundo motivo, sino que ha de estimarse correcta la decisión adoptada por el Juzgado de Instancia en la Sentencia recurrida sobre la consideración como privativos de los bienes muebles ahora discutidos. No se trata ni de donaciones por razón del matrimonio, ni de regalos de boda (porque, evidentemente, su origen es distinto), y, en consecuencia, no es de aplicación el artículo 1336 del Código Civil, debiendo recordarse que, conforme a las normas generales que, sobre

la carga de la prueba, establece el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, correspondía a la parte demandada —que alega el hecho— haber demostrado la naturaleza de donaciones por razón del matrimonio de los muebles del salón, cocina, dormitorio y terraza, lo que no sólo no ha verificado, sino que, en este Juicio, se ha demostrado lo contrario (es decir su naturaleza privativa de la demandante), en la medida en que, como con acierto se significa en la Sentencia recurrida, los expresados bienes fueron adquiridos por sus padres antes del matrimonio, existiendo y aportándose facturas de su adquisición, con lugar de entrega en el domicilio de los padres, comprados expresamente para su hija y con las facturas emitidas a nombre de los padres, no del matrimonio.

REGÍMENES ECONÓMICOS

La adición o complemento a la liquidación de gananciales debe sustanciarse por los trámites del juicio ordinario y, por tanto, procede declarar la nulidad de lo actuado desde la admisión a trámite de la demanda habida cuenta que se siguió el procedimiento establecido en los artículos 806 y siguientes de la LEC.

AP CÓRDOBA, SEC.2.ª, SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Puebla Povedano

Se ejercita en estos autos, lo que la actora llama «acción de complemento de la formación de inventario y liquidación adicional de la sociedad de gananciales».

La cuestión que se suscita es la del cauce procesal por el que debe discurrir la mentada reclamación, tema que ya ofrece dudas al propio actor cuando en el apartado I.º del suplico de la demanda solicita a adición de un determinado bien al inventario de la disuelta y liquidada sociedad de gananciales, y subsidiariamente acude a los trámites del juicio ordinario o al cauce procesal que estime el juzgador.

Sin embargo, el juzgador de instancia acude al procedimiento de formación de inventario del artículo 809 de la LEC, habiendo incurrido en el error de creer que estamos ante un supuesto normal de liquidación de la sociedad de gananciales, cuyo primer supuesto es la formación de inventario que no es exactamente lo que pedía en el transcrito apartado del suplico de la demanda. Además en la sentencia recurrida, se persiste en el indicado error por cuanto en su parte dispositiva se aprueba la propuesta de inventario aportada por la actora. A la vista de todo ello, la parte apelada, tras poner

de relieve los anteriores dislates procesales, solicita la nulidad del procedimiento desde el momento en que se admitió a trámite la demanda.

Es evidente que tal petición debe prosperar puesto que, como queda subrayado, la propia actora reconoce que la sociedad de gananciales, estaba definitivamente disuelta y liquidada, lo que equivale a decir que ya se había llevado a cabo el inventario, por lo que no puede hablarse con propiedad de adición o complemento del mismo ya que estaba aprobado en forma por lo que huelga hablar de adición.

El complemento que nos ocupa debe llevarse a cabo por resolución aparte pues no es propiamente tal, es decir, un complemento, sino un crédito que tiene la actora frente a su ex marido para reclamarle la mitad de un bien que fue ganancial y que, por las razones que sean, no fue incluido en el inventario ni, por ende en la liquidación de la sociedad ganancial. Por todo ello procede declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia por la que se admitía a trámite la demanda, que deberá tramitarse por las normas del juicio declarativo que corresponda con arreglo a la cuantía, sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en ambas instancias.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Se estima la excepción de inadecuación del procedimiento seguido para la liquidación de gananciales ante la existencia de una previa liquidación convencional que impide acudir a la liquidación judicial o contenciosa.

AP PONTEVEDRA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Menéndez Estebanez

La sentencia ahora impugnada resuelve el incidente sobre formación de inventario en el procedimiento para la liquidación del régimen económico-matrimonial, estimando parcialmente las propuestas de inventario presentadas por ambos cónyuges.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por las dos partes por diferentes motivos, si bien se considera que, con carácter previo, debe examinarse en primer lugar el recurso interpuesto por la Sra. Eulalia por cuanto la misma vuelve a plantear en esta alzada la excepción de inadecuación de procedimiento, por infracción del artículo 806 de la LEC, al considerar que, el procedimiento contencioso tiene un carácter subsidiario y en defecto de acuerdo de los cónyuges, considerando que en el caso enjuiciado, existe tal acuerdo que se alcanzó dentro de un convenio regulador fechado el 3 de abril de 2006, aunque el mismo no fuera ratificado por el Sr. Pelayo dentro de un proceso de divorcio de mutuo acuerdo.

El Sr. Pelayo opone a tal acuerdo, en esencia, su falta de validez y eficacia al estar ésta condicionada a su ratificación a presencia judicial.

Esta cuestión ha sido resuelta tanto por la Jurisprudencia otorgando plena validez a lo estipulado en convenio regulador aun cuando con posterioridad no fuera ratificado por las partes ante el Juez, o no fuera homologado por éste. Un resumen de esta Jurisprudencia se lleva a cabo por la Sentencia de la AP de Asturias, de fecha 22 de junio de 2006 que pasa a transcribirse a continuación.

Expuestos así los términos del debate debe señalarse: 1.º) Respecto al carácter de la propuesta de convenio regulador firmado por ambos esposos, su naturaleza ha sido objeto de enjuiciamiento en diversas sentencias del TS y de las Audiencias Provinciales, y así nos encontramos con que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona –Sec. 11.ª– de 12 de julio de 2002, declara:

«La sentencia dictada en la primera instancia afirma, fundamento jurídico segundo “habida cuenta de la falta de ratificación y de que inmediatamente de firmado se incumplió lo convenido no puede darse virtualidad alguna ni como convenio regulador,

ni como negocio jurídico ... el negocio jurídico convenido entre las partes, es inexistente pues falta el requisito procesal de ratificación por los cónyuges y aprobación judicial”. Razonamientos que no pueden mantenerse pues están en contradicción con la doctrina expuesta por el Tribunal Supremo, entre otras en la Sentencia de 22 de abril de 1997, en la que con referencia al convenio regulador no aprobado judicialmente, señala que no hay obstáculo a su validez como negocio jurídico en el que concurren el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez y tampoco lo hay para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico. En el mismo sentido, la Sentencia de 26 de enero de 1993 afirma “la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregular sus intereses querido por las partes, se limita a homologarlo”. El convenio en base a lo expuesto, y fundamentalmente a lo que establecen los artículos 1254, 1255, 1256, 1258 y concordantes del Código Civil, obliga a quienes lo suscribieron. En el momento en que se firmó el convenio inicia su eficacia, y si posteriormente se incumple, se producirán las consecuencias que al efecto prevé el Código Civil, pero el incumplimiento del convenio no lo hace inexistente. En consecuencia, debe de partirse de un negocio válido y eficaz.»

Añadiendo más adelante:

«La obligación que impone el artículo 1279 del CC, derivada del convenio por el cual el Sr. A. transmitía a la Sra. M., la propiedad de las fincas descritas en el pacto quinto, debe llevar a la estimación del recurso. No consta que la esposa haya incumplido el convenio por lo que puede exigir el cumplimiento del mismo, lo que lleva a la estimación parcial de la demanda y la desestimación de la reconvención.»

Por su parte la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 5 de septiembre de 2005 dice:

«Pero, en segundo lugar, no habiendo sido ratificado judicialmente por el demandado el convenio

en su día alcanzado con la actora, ni en contestación a la demanda ni en ningún otro trámite de este juicio, además sólo previsto para el supuesto concreto de separación, no podrá ser acogido en esta Sentencia dictada en procedimiento de divorcio ni surtir los efectos propios de su homologación judicial, sin perjuicio que pueda producir aquellos otros que derivados de su naturaleza de pacto privado le son reconocidos en el artículo 1091 del Código Civil y demás concordantes.»

Por su parte la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de 7 de junio de 2006, declara:

«Dicho lo cual, y atendiendo a que la actora-apelante funda su recurso en la existencia de un acuerdo previo alcanzado por los cónyuges que no fue ratificado judicialmente, procede continuar el estudio de la cuestión sometida a debate en esta alzada destacando que el convenio regulador, en las situaciones de crisis matrimonial, contemplado y previsto en el artículo 90 del Código Civil, que no ha obtenido la homologación judicial, en principio debe ser considerado como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada, que precisa, para producir efectos dentro del procedimiento y ser objeto de ejecución, de su aprobación por el Tribunal Competente, después de la correspondiente ratificación judicial por cada uno de los otorgantes, (ver entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 22 de abril de 1997). No obstante, no se debe obviar que el convenio regulador no ratificado y por ende no aprobado judicialmente no deja de tener la eficacia que corresponde a todo negocio jurídico, sobre todo en lo referente a aquellas materias sobre las que las partes pueden disponer libremente, como lo son las que afectan a las relaciones patrimoniales de los cónyuges; si bien, en lo que se refiere a materias distintas de las anteriores, como lo son las relativas a la prestación de alimentos para los hijos menores, (caso que ahora nos ocupa), es de señalar que su eficacia como negocio jurídico se atenúa, dadas las peculiaridades legales por las que se ven afectadas y que derivan de la normativa reguladora de los derechos y deberes que incumben a los progenitores respecto a sus comunes descendientes, lo que implica que el Tribunal no tenga por qué ajustarse obligatoriamente a lo pedido por las partes, (ver entre otros el artículo 752 de la LEC).»

También en la misma línea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia del 15 de mayo de 2001 declara:

«En el presente caso nos encontramos que las partes suscribieron un convenio privado que acompañaron a una inicial demanda de separación, que finalmente se archivó porque el esposo no ratifi-

có el convenio a presencia judicial, pese a que sí lo ratificó la esposa. En dicho convenio se hacen precisiones sobre determinadas medidas que luego son acordadas en la separación, por lo que habrá de pronunciarse esta Sala sobre la trascendencia que tales acuerdos han de tener en las medidas complementarias que se han de fijar en la sentencia.

En esta materia hay que partir de cuál sea la naturaleza jurídica del comentado convenio privado. Como señala la Sentencia de 22 de abril de 1997 para un caso similar de convenio regulador no aprobado judicialmente “en principio, debe ser considerado como un negocio jurídico de Derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial, como *conditio iuris*, determinante de su eficacia jurídica. Deben, por ello, distinguirse tres supuestos: en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 CC. La Sentencia de 25 de junio de 1987 declara expresamente que se atribuye trascendencia normativa a los pactos de regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges, para los tiempos posteriores a la separación matrimonial; la Sentencia de 26 de enero de 1993 añade que la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes”.

Por lo tanto, como expresa la propia sentencia, ese acuerdo «es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, abogados en ejercicio. No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no han ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico”.

Ahora bien, tales acuerdos sólo pueden tener esa eficacia vinculante para las partes en cuanto se refieran a materias de su libre disposición, no aquéllas en las que el interés público determine la intervención tuitiva de los Tribunales.»

Finalmente, la Audiencia Provincial de Palencia en Sentencia de 26 de junio de 2001, declara:

«Esta Sala no desconoce el criterio sostenido por el Juzgador de instancia y mantenido por otras Audiencias Provinciales, en relación con la situación que se produce en los supuestos en los que, como en el presente, se ha firmado un Convenio Regulador por ambas partes, y que sin embargo después no es ratificado a presencia judicial por uno de ellos, en el sentido de que “la falta de ratificación del convenio no le priva a éste de eficacia, puesto que, si no se ha probado la concurrencia de algún vicio del consentimiento, debe entenderse el convenio suscrito *inter partes* como un negocio jurídico de Derecho de familia, con plena y total virtualidad, al ser expresión del principio de autonomía de la voluntad consagrado en los artículos 1255 y siguientes del Código Civil. Por tanto, el valor del convenio regulador de la separación, no aprobado judicialmente, es indudable, y así lo entiende también el Tribunal Supremo, al proclamar en sus Sentencias de 22 de abril de 1997 y 21 de junio de 1998, que: No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa, y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico”. En consecuencia, el convenio no homologado judicialmente, debe ser tomado en consideración como manifestación de voluntad de las partes, como negocio jurídico bilateral que obliga a los que a él se someten, siempre y cuando no vulnere lo dispuesto en el referido artículo 125.5 del Código Civil y no sea contrario a los intereses de los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges».

En sentido contrario la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 15 de junio de 1998, declara:

«Es un hecho constatado y asumido por los litigantes que dicho convenio fue redactado y firmado, e incluso presentado en el Juzgado para su aprobación judicial, dando lugar al procedimiento 18/1997, pero estando igualmente de acuerdo en que la parte actora (hoy recurrente) no lo ratificó, en ese momento la propuesta que en el mismo se contenía ya no fue susceptible de producir efecto jurídico alguno, que sólo pueden producirse a través de la aprobación judicial. La llamada «separación de mutuo acuerdo» presupone la existencia de un convenio regulador, y cuando no ha existido la posibilidad de someterle a su aprobación, por la falta de requisito previo de la ratificación por uno de sus otorgantes, se origina una discordancia que transforma la separación en común o contenciosa, y por tanto sometida a las causas de separación de los artículos 81 y 82 del Código Civil artículo

81 EDL 1889/1 artículo 82 EDL 1889/1, y aquel convenio regulador pierde su eficacia inicial, en cuanto generado el acuerdo de voluntades que en el mismo se plasma para obtener, como resultado, una separación judicial, cuando ésta se frustra por la disconformidad de los otorgantes del mismo, el proyecto de separación que contiene el convenio, que aún no ha producido efecto alguno, es incapaz de producirlos para el futuro, en cuanto ya no existe el consentimiento de uno de los otorgantes, por lo que incluso carece de eficacia como documento privado, pues lo en él acordado sólo podría haberse hecho valer tras su aprobación judicial, y si éste no se ha producido no hay convenio, ni acuerdo de voluntades, por lo que la eficacia del documento es absolutamente inexistente, y no puede ser declarado nulo lo que ni siquiera puede ser declarado acto jurídico susceptible de producir consecuencias de dicho orden, por lo que no puede ser anulado por vicios en el consentimiento (que no fue prestado), ni rescindido por lesión, por lo que la sociedad conyugal no está en trance de liquidación, lo que lleva a que se rechace la argumentación esgrimida en esta instancia».

En cuanto al Tribunal Supremo, en la Sentencia tantas veces citada de 22 de abril de 1997, declara:

«Unos cónyuges, ambos abogados en ejercicio, casados en régimen económico-matrimonial de separación de bienes, en el presente caso celebraron un convenio de separación matrimonial, en fecha 5 de junio de 1986, al que llamaron “contrato de separación conyugal” en el que se previó la separación, la atribución “en posesión y propiedad” de la vivienda conyugal, la guarda y custodia de las hijas menores de edad, el régimen de visitas, la contribución a los gastos familiares, la retirada por el marido de los bienes de uso personal, la renuncia a pensión y en el acuerdo séptimo, se efectúa la partición de bienes; es de destacar que en el convenio manifiestan que han redactado el convenio “con la mayor sencillez, apartándose en lo posible de términos jurídicos”.

Dicho convenio no fue presentado como tal convenio regulador en el proceso de separación que se siguió en el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 14 de Barcelona por los trámites de la Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/1981, de 7 de julio (se dictó Sentencia con fecha 25 de enero 1989 en la que se hace referencia al mencionado convenio y se expresa literalmente que “estando conformes ambos cónyuges en solicitar la separación, se estará a lo dispuesto en dicho núm. 1 del artículo 81 del Código Civil sustituyendo el convenio por los acuerdos que establezca el Juzgado”. En la parte dispositiva de la sentencia se prevén las medidas llamadas definitivas y no se hace referencia alguna

a la «partición de bienes», llamada así y contenida en el acuerdo séptimo del mencionado convenio.

Posteriormente, la esposa formuló demanda interesando el cumplimiento de dicho acuerdo séptimo. El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Barcelona dictó Sentencia en fecha 19 de marzo de 1991 estimando la demanda y desestimando la reconvencción que había formulado el esposo demandado. Apelada por éste, la Audiencia de Barcelona, Sec. 12.ª, dictó Sentencia en fecha 18 de enero de 1993 revocando la anterior declarando la ineficacia del convenio. Contra ésta se ha formulado el presente recurso de casación.

Hay que partir de ciertos extremos que conviene destacar. El convenio de 5 de junio de 1986 no es el convenio regulador que contempla el artículo 90 del Código Civil y al que se refieren los artículos 81 y 86: le falta la aprobación judicial, *conditio iuris* en su eficacia. Es un negocio jurídico de derecho de familia. No está inmerso en el proceso de separación conyugal, que se tramitó como contencioso, aunque en éste se alude al mismo.

El acuerdo séptimo del convenio, al que llaman las partes «partición de bienes», no es tal partición sino la adjudicación de bienes de régimen económico-matrimonial de separación de bienes. Este acuerdo no forma parte necesariamente del convenio regulador del artículo 90 del Código Civil ni fue recogido en la parte dispositiva de la sentencia de separación conyugal.

Este acuerdo séptimo es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, abogados en ejercicio. No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal pero no lo pierde como negocio jurídico.»

Y en la Sentencia de 26 de enero de 1993:

«La aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes; se limita a homologarlo después de que se comprueba que no es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos [ap. E) del artículo 90 del Código Civil], pero de ninguna manera examina la corrección contable y valorativa de las operaciones liquidatorias ni mucho menos la ausencia de vicios de la voluntad en el consentimiento prestado a las mismas por los cónyuges.»

En suma, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 4 de octubre de 2003:

«El recurrente pretende que no se otorgue validez alguna a tal liquidación al no haber sido ratificado judicialmente. Y es que tal documento que se acompañó a otro proceso matrimonial (separación de mutuo acuerdo seguido ante el mismo Juzgado bajo el núm. 37/2001) no fue ratificado en el mismo pronunciándose auto de archivo, tal y como resulta del testimonio aportado en el acto del juicio en la primera instancia.

Ciertamente tal acuerdo no es un convenio regulador en los términos dispuestos en el artículo 90 del Código Civil, pero no por ello carece de eficacia como negocio jurídico bilateral aceptado y reconocido por las partes tal y como ha puesto de relieve la STS de 22 de abril de 1997 (núm. 325/1997) por lo que, en tanto no se declare su falta de validez en proceso adecuado, que no es el presente, ha de tenerse por válido y por ello entenderse que efectivamente la sociedad legal de gananciales ha sido liquidada como así resolvió la sentencia apelada. Y es que en tanto, se insiste, no se declare la ineficacia del acuerdo en proceso ordinario se impide en virtud de lo establecido en el artículo 806 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la iniciación de procedimiento para la liquidación, al señalar dicho precepto que la liquidación del régimen se llevará a cabo con arreglo a lo dispuesto en el capítulo II del Título II del Libro IV de la LEC «en defecto de acuerdo entre los cónyuges». En suma, habida la existencia del acuerdo liquidatorio todas las cuestiones relativas a su validez, eficacia y cumplimiento quedan extrañas al presente procedimiento de separación».

La aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso que nos ocupa conlleva la apreciación de la inadecuación de procedimiento dado el carácter subsidiario del procedimiento contencioso regulado en los artículos 806 y ss. LEC respecto de un acuerdo entre los cónyuges sobre la liquidación, en este caso, de la sociedad de gananciales, haciendo primar la Ley la liquidación privada o de mutuo acuerdo sobre la liquidación contenciosa en vía judicial, sin perjuicio de que, de considerar con posterioridad al acuerdo sobre liquidación que la misma puede no ser acorde al ordenamiento jurídico, pueda ser impugnada la liquidación convencional instando ya su nulidad ya su rescisión por lesión.

Lo expuesto conlleva la estimación del recurso de apelación interpuesto por la Sra. Eulalia, y la consiguiente desestimación del recurso interpuesto por el Sr. Pelayo, sin especial imposición de costas en ninguna de las instancias dadas las dudas de derecho que razonablemente se plantean.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se ratifica la declaración de desamparo dado que, constatada la situación, por parte de la madre se mostró escasa colaboración con el equipo técnico, no admitiendo las visitas domiciliarias. Consta acreditado que se recibió denuncia en el teléfono del menor en el que se exponía la situación de maltrato y de abandono de los niños, llegándose a una explotación laboral de éstos pues trabajaban en la granja que regentaba la madre y su actual compañero en horarios y condiciones inapropiadas para su edad.

AP OURENSE, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando Alañón Olmedo

La parte demandante se alza contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de Ourense, de fecha 17 de enero de 2008, en el procedimiento del que dimana el presente rollo, aduciendo como motivos del recurso merecedores de la revocación de la resolución impugnada el error en la valoración de la prueba practicada en la consideración de que la que se ha desarrollado a lo largo del juicio ha puesto de manifiesto que el trato de Ariadna con sus hijos siempre fue bueno y que si bien hubo dificultades de convivencia cuando en el núcleo familiar se encontraba el padre de los menores, hoy ello no sucede. Se niegan las manifestaciones de las menores en relación con los malos tratos de su madre hacia ellos. Se reconoce que el comportamiento de Ariadna hacia las trabajadoras sociales de la Xunta de Galicia no ha sido ejemplar pero ello hay que entenderlo en su contexto, en la situación de tensión sufrida por la madre cuando se vio separada de sus hijos. Se denuncia igualmente la dificultad que presenta la comunicación con sus hijos habida cuenta la distancia a la que se encuentra el centro en el que están internados.

Como señala la Sentencia de 4 de febrero de 2003 de la Audiencia Provincial de Cantabria, recogida en nuestra Sentencia de 14 de abril de 2005, el desamparo es una situación de hecho caracterizada por dos notas esenciales: una, por un resultado, la falta de asistencia moral o material del menor, de suerte que pueda afirmarse que no está siendo debidamente atendido en sus necesidades mínimas en esos órdenes conforme a niveles común y socialmente exigibles; otra, causal, que consiste en que esa situación sea consecuencia del incumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes de protección, regulados en los artículos 154 y 269 del Código Civil y que comprenden esencialmente los deberes de alimentar al menor, velar por él, tenerlo en su compañía, educarle y procurarle una formación integral. Cuando se da un incumplimiento o un

inadecuado cumplimiento de estos deberes, voluntario o no o incluso meramente negligente de estos deberes, provocado aquel resultado, esto es, que el menor quede privado de la necesaria asistencia moral o material, puede afirmarse que se da la situación de desamparo, estando entonces la entidad pública encargada de la protección de los menores no sólo autorizada sino legalmente obligada a declararlo así asumiendo la tutela automática del menor en aras a su debida protección.

La asunción de la tutela automática por parte de la Xunta de Galicia se tomó por medio de Resolución de 31 de julio de 2006. En esta resolución se hacía referencia a que José, el hermano mayor, nacido en 1992, fue tutelado por la entidad pública hasta 1996, que a partir de ese momento se realizó un seguimiento de la familia comprobándose deficiencias en área de salud, higiene; que existían relaciones convivenciales conflictivas con los progenitores e incluso graves deficiencias alimenticias; que el informe del colegio en el que estaban escolarizados los menores informaron del bajo rendimiento académico y del absentismo escolar de los hermanos Maximino. Iniciada la intervención social del equipo técnico, por parte de la madre, hoy recurrente, se mostró escasa colaboración, no admitiendo las visitas domiciliarias. El 24 de julio de 2006 se recibió denuncia en el teléfono del menor en el que se exponía la situación de maltrato y de abandono de los niños, llegándose a una explotación laboral de éstos pues trabajaban en la granja que regentaba la madre y su actual compañero en horarios y condiciones inapropiadas para su edad.

La propuesta de actuación de fecha 12 de julio de 2006 relata la situación de la familia, destacando las graves carencias tanto afectivas como materiales de los menores, lo que obliga a adoptar la medida que hoy se recurre (folios 152 a 154).

Obra a los folios 162 y 163 un informe del centro escolar de Seixalvo en el que se pone de manifiesto

las deficiencias observadas en las dos menores (rendimiento insatisfactorio, absentismo escolar injustificado, tareas escolares sin realizar, cansancio físico de las menores y falta de almuerzo en su domicilio), sin que a pesar de intentar un plan de rectificación de la cuestión con su madre se llegara a algún resultado positivo. Al folio 164 obra informe de la trabajadora social de atención primaria del Concello de San Cibrao en el que se relatan las deficiencias en la atención a los menores. Al folio 189 obra informe del servicio de teléfono del menor en el que se describe la situación de los niños a los que se obligaba a trabajar en la granja en ocasiones hasta las 4 de la mañana, que la alimentación no era adecuada y que eran objeto de malos tratos. A los folios 193 y 194 obra un informe de la trabajadora social de Monforte de Lemos haciendo referencia a las deficiencias que presentaba la familia en 1995, justo antes de su marcha a San Cibrao, donde tienen en la actualidad su domicilio.

La sentencia apelada ofrece unos argumentos que sobre la base de la documentación anterior así como por la exploración practicada sobre los propios menores son difícilmente rebatibles por los razonamientos contenidos en el recurso. Parece evidente a la vista del expediente administrativo la

corrección de la medida adoptada así como la necesidad de la tutela de los menores para procurarles una adecuada asistencia moral y material. Por la mera declaración de los vecinos de Ariadna no es posible cuestionar las graves deficiencias advertidas por los trabajadores sociales, tanto de la Xunta de Galicia como del Concello de San Ciprián y los propios educadores de Seixalvo. Las menores no han ofrecido cumplida justificación del cambio de la versión ofrecida en su momento referente a haber sido agredidas por su madre y al trabajo en la granja, debiendo significarse en relación con éste, la compatibilidad de la versión ofrecida en la denuncia por el teléfono del menor con el cansancio y sueño que presentaban las niñas en el centro escolar.

Con arreglo a lo indicado, no puede sostenerse la revocación de la medida acordada por la Administración Autonómica pues las deficiencias advertidas no se refieren tan sólo a la situación existente en Monforte de Lemos sino que han continuado en San Cibrao, cuando ya no estaba en el núcleo familiar el padre de los menores. Todo ello sin perjuicio de que una rectificación de la conducta de Ariadna pueda llevar a los servicios de protección del menor a reintegrar bajo su custodia a los menores, tal y como se establecía en la resolución recurrida.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

No se accede a la petición de revocación de la declaración de desamparo dado que durante el acogimiento residencial, la madre biológica incumplía el horario del régimen de visitas, llegaba tarde, lo que entristecía y desestabilizaba al menor. No le llamaba por teléfono durante la semana y en las Navidades del año 2004 se ausentó definitivamente a la ciudad de Oviedo, siendo a partir de ahí prácticamente inexistentes los contactos con el menor.

AP OURENSE, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña Ángela Irene Domínguez-Viguera Fernández

Poco cabe añadir a la exhaustiva fundamentación jurídica de la sentencia apelada, que se tiene por reproducida. El menor tutelado fue declarado en situación de desamparo mediante resolución administrativa de 15 de enero de 2004, acordándose su acogimiento residencial, medida de protección que fue conocida por la madre del menor, ahora apelante, como lo evidencia el hecho de acatar, aunque de modo irregular, el régimen de visitas establecido y suscribir un compromiso con la entidad pública tutelar en 3 de marzo de 2004, que a la postre resultó incumplido, sin que la hubiese recurrido, por lo que, su actual oposición a tal declaración de desamparo deviene extemporánea. Previamente, se habían iniciado, en 18 de octubre de 2002, medidas de

apoyo técnico tendentes a mejorar la situación de la madre biológica y el cumplimiento de determinadas pautas respecto de su hijo menor, sin que se hubiese logrado por la conducta desordenada de la madre, sin verdadero interés por desempeñar un trabajo, presentando el menor numerosas faltas escolares, continuos cambios de domicilio, sometiéndolo a horarios irregulares a su conveniencia, y dejándolo, en otras ocasiones, al cuidado de la abuela materna, con problemas de adicción al alcohol. Los informes psicosociales obrantes en el expediente son contundentes al declarar que el menor convivía en un medio sociofamiliar que perjudicaba gravemente su desarrollo integral, aportando abundantes datos incorporados como prueba documental, que no ha

sido impugnada. Durante el acogimiento residencial, la madre biológica incumplía el horario del régimen de visitas, llegaba tarde, lo que entristecía y desestabilizaba al menor. No le llamaba por teléfono durante la semana y en las Navidades del año 2004 se ausentó definitivamente a la ciudad de Oviedo, siendo a partir de ahí, prácticamente inexistentes los contactos con el menor, quien, según los informes obrantes en autos, inicialmente se hallaba muy triste, negándose incluso a comer, hasta el punto de solicitar la búsqueda de una familia adoptiva. Circunstancias que revelan bien a las claras el abandono, no sólo material, si no también afectivo en que colocó al menor la ahora apelante.

Por otra parte, el menor, se encuentra actualmente, perfectamente integrado en su familia adoptiva, con la que permanece en situación de acogimiento desde hace tres años (desde 21 de julio de 2005) que le proporcionan el entorno de estabilidad y afecto necesario para su adecuado desarrollo integral. Resultando del testimonio de la psicóloga y del informe psicosocial la evolución altamente positiva del menor y el deseo manifestado de permanecer en su actual situación, que debe ser tenido muy en cuenta al contar actualmente con la edad de quince años. Por otra parte, el informe emitido por los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Oviedo, actual lugar de Residencia de la recurrente, también desvirtúan su alegato en cuanto a que su situación laboral o personal se hubiese estabilizado, al hacer constar, que en el expediente familiar figura siempre como desempleada, solicitando las ayudas económicas pertinentes y el trabajo que dice desempeñar como empleada de hogar consta sólo por su

mera referencia. Actualmente, reside en el domicilio de la madre de su actual pareja, pensionista, con quien también convive, esta última, con expediente abierto desde el año 2001 por «problemática de consumo de drogas e ingresos en prisión de alguno de sus hijos». Su propia pareja estuvo ingresada en prisión en el año 1993, según se hace constar. Por lo que, la reanudación de la convivencia con la madre biológica se estima absolutamente perjudicial para el menor, pues además del trastorno que el traslado supondría, se vería de nuevo abocado a vivir en un ambiente marginal, lo que sería contrario a su primordial interés cuya protección viene impuesta por la Constitución Española (artículo 39.2 y 3 de la CE) y demás normativa nacional (artículo 154 de la CC) y supranacional. Así, la jurisprudencia ha reiterado (STS de 24 de abril de 2000, entre otras) que «la patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 3 de la Constitución; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección judicial del menor (artículo 2)».

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se acuerda el acogimiento preadoptivo ya que no pueden quedarse los menores en situación de acogimiento simple, dada la corta edad con que cuentan y el tiempo transcurrido bajo la dependencia administrativa, a expensas de que la progenitora materna, a quien se le han dado oportunidades de poder rehabilitarse desde hace años, inicie y concluya favorablemente el proceso en que se encuentra inmersa.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 14 DE ENERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Javier Díez Núñez

La resolución desestimatoria dictada en la primera instancia se combate en síntesis por la representación procesal de doña Celia argumentando en su contra el no haber procedido a analizar si la situación de desamparo que afectaba al menor era proporcional, por inadecuación de otras, a la medida de extracción de su núcleo familiar, y sobre la constata-

ción de que se había intentado y fracasado en la realización de actuaciones de promoción social que habría permitido eliminar la situación de riesgo manteniendo al menor en su familia de origen, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.b), 12 y 17 de la Ley Orgánica 1/1996, lo que le había producido indefensión, siendo desde el mismo mo-

mento de presentación de la demanda en que no sólo se opuso al acogimiento preadoptivo, sino que además se solicitó informe sobre la búsqueda realizada en el ámbito de la familia extensa, cuestiones las omitidas de esencial importancia, tal y como recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional afirmando que en estos procedimientos se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia, tanto los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, lo que obliga a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen, siendo lógico pues que dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostenten intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad, pues lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado, procediendo traerse a colación la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1990, al prever que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres, se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones (artículo 9.2), destacando nuestra doctrina cómo en los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de Familia, no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas, que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían *ex lege* las facultades del juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que se encuentra en una posición prevalente el interés superior del menor (STC de 4 de abril de 2005), entendiendo que, además, se producía error en la valoración de la prueba, pues se contaba con la documental que acreditaba la situación favorable de la recurrente como de su marido, siendo la intención de ambos progenitores la de cuidar de sus hijos, manifestaciones que realizaron en el acto del juicio oral, unido a la tenaz voluntad de ambos de salir de la situación en la que se encontraban y de recuperar a sus hijos, siendo prueba de ello los informes de catorce de diciembre de dos mil siete emitidos por el Centro de Drogodependencia de Cádiz sobre la evolución favorable que seguían, siendo así que la apelante ha sido propuesta para el cumplimiento del último tramo de su condena en una comunidad terapéutica lo que supondrá calificarla en tercer grado, acudiendo periódicamente a las citas establecidas en cumplimiento del programa de tratamiento con me-

tadona, siendo su evolución positiva, estando, a su vez, incluida en un programa para prevenir las recaídas en el consumo al que acude periódicamente, luchando así por salir de la difícil situación en que se encuentra, circunstancias estas que reflejadas en informes aportados no han sido valoradas en la sentencia, entendiendo con ello que debían ser agotados los intentos de reinserción de los menores en su propia familia conforme al artículo 172.4 del Código Civil, pretensión recurrente que debe obtener respuesta adversa del tribunal colegiado de alzada, pues olvida que lo esencial a los efectos resolutorios de la cuestión tratada no es el de que deba de prevalecer el interés de la interesada apelante sino, muy por el contrario, el de sus dos menores hijos Luis Antonio y Pedro Enrique, nacidos el tres de diciembre de dos mil cuatro y veintinueve de enero de dos mil seis, respectivamente, siendo, en su consecuencia, inadmisibles pretender amparar la oposición al acogimiento preadoptivo en base a la «dureza que tal situación supondría para mi representada», tal y como se expresara en el encabezamiento de los escritos de oposición presentados el diecisiete de julio de dos mil siete (folios 84 a 87 y 204 a 207); más al contrario, como con reiteración se viene diciendo por esta Sala de Apelación, lo esencial es tener en consideración que la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, parte en su articulado del principio de que en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen, se atenderá como consideración primordial al interés superior del niño—expresión esta que se repite reiteradamente a lo largo del texto—, y en lo que se refiere en concreto a las relaciones paterno-filiales, en el artículo 18 se reconoce el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes y responsabilidad primordial en lo que se refiere a la crianza y el desarrollo del niño desde la perspectiva de que «su preocupación fundamental será el interés superior del niño», declarando por su parte el artículo 9 que el niño no debe ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, «excepto cuando tal separación sea necesaria en el interés superior del niño», criterios estos que se consolidan y desarrollan en nuestro ordenamiento jurídico interno en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual previene expresamente que en su aplicación primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, siendo ésta la línea de actuación en todo momento que ha venido presidiendo por la actuación de la Administración Pública y en la decisión definitiva adoptada judicialmente que ahora se impugna en apelación, pues sin olvidar

que no estamos en presencia de procedimiento de oposición a la declaración de desamparo, acodada por la Comisión Provincial de Medidas de Protección en resolución de veintisiete de abril de dos mil seis, ratificada el dieciséis de marzo siguiente (folios 20 a 23), sino de oposición a acogimiento preadoptivo, es lo cierto que la denunciada indefensión que se dice haberse padecido no es tal, pues el juzgador de instancia en su resolución, a la vista del debate en que se enmarcaba la contienda litigiosa, procedió a contestar las cuestiones controvertidas que se suscitaban en el juicio, por lo que debe entenderse que, en manera alguna, la indicada resolución incurre en incongruencia omisiva o falta de motivación, pese a lo cual, a mayor abundamiento, las razones que apunta la apelante caen por su propio peso, ya que de la abundante documental obrante en las actuaciones se constata que la decisión adoptada dando lugar al acogimiento preadoptivo es por completo proporcional a la extracción de los menores del núcleo familiar del acogimiento simple y, de otro, que el intento y fracaso, de actuaciones de promoción social eliminando el riesgo con mantenimiento de los menores en la familia de origen, habida cuenta que se constata en autos la despreocupación total y absoluta de los progenitores biológicos por sus dos menores hijos a quienes no inscribió su nacimiento en el Registro Civil y lo que es más grave, al doce de mayo de dos mil seis presentaban estado de salud deteriorado con sensación de desnutrición sin haber recibido ninguna asistencia médica ni sanitaria, tan es así el abandono de los menores que desde su ingreso en el Centro Básico de Acogida no recibieron visita alguna de los padres, tan sólo la abuela materna, doña Nieves (folio 273), quien, ciertamente, en un primer momento se interesó por la posibilidad de que sus nietos quedaran bajo su cuidado pretendiendo el diez de abril del dos mil seis quedaran en aco-

gimiento constituido en su favor, si bien posteriormente, como así sucediera también con la abuela paterna, doña Virginia, se retractó de su decisión de acogimiento el veintitrés de mayo del mismo año, lo que evidencia la imposibilidad de que la familia extensa se haga cargo de los menores, muy posiblemente como consecuencia de que otros hijos de la ahora apelante ya están siendo atendidos por idénticas circunstancias a las que nos ocupa en esta resolución, no siendo de recibo pretender que prevalezca el interés de la progenitora materna sobre el de los menores bajo ningún concepto, pues aunque en su proceso terapéutico de deshabitación de drogadicción se encuentre en fase favorable, no puede obviarse que su historial personal se caracteriza por una evolución negativa desde el año mil novecientos noventa y siete, destacando cómo el Centro Comarcal de Drogodependencia de Marbella le citara en múltiples ocasiones para que compareciera haciendo caso omiso (folio 57), incumpléndose el proceso de rehabilitación iniciado, de ahí que su loable intención de que cuando fuera puesta en libertad llevaría una vida adecuada y alejada definitivamente del mundo de la droga y así, en concreto, parece estar incursa en proceso de rehabilitación (folio 321), no desvirtúa en absoluto las conclusiones judiciales pues el proceso de desamparo ya finalizó en su día con resolución administrativa firme, no pudiendo quedar los menores en situación de acogimiento simple, dada la corta edad con que cuentan y el tiempo transcurrido bajo la dependencia administrativa, a expensas de que la progenitora materna, a quien se le han dado oportunidades de poder rehabilitarse desde hace años, inicie y concluya favorablemente el proceso en que se encuentra inmersa, razones que apuntan, en atención al interés de los menores, a la confirmación de la resolución judicial en todos y cada uno de sus extremos.

UNIONES DE HECHO

No existe obstáculo alguno para que en procesos de parejas de hecho, la atribución del uso del domicilio familiar se extienda también al ajuar doméstico que comprende las ropas, el mobiliario y enseres, sin que se entiendan comprendidos en éste las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor, y ello, sin perjuicio de lo que pueda determinarse en el correspondiente procedimiento acerca de la titularidad de ese ajuar familiar.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña María de la Soledad Jurado Rodríguez

Partiendo, por lo tanto, de estos últimos principios, y como consecuencia de los mismos, en relación

con la atribución del uso de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia *more uxorio* y ante

la falta de una regulación legal de estas uniones, en la adopción de las medidas a tomar respecto de los hijos menores de edad, sean matrimoniales o no matrimoniales, es preponderante el interés de los hijos, cuya protección se encomienda al juzgador y así se establece en el artículo 158 del Código Civil al facultar al Juez para que, de oficio, adopte las medidas en él contempladas, e, igualmente, en el artículo 91 se impone al Juez la obligación de adoptar las medidas pertinentes, a falta de acuerdo entre los cónyuges, principio que es aplicable fuera de los procesos matrimoniales, por ello, al proveer el Juzgador a la necesidad de vivienda del menor y de la madre a cuya guarda y custodia se le confía, es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1 del Código Civil y matiza el apartado cuarto del mismo artículo (SSTS de 10 de marzo de 1998 y 7 de julio de 2004). Sentado lo anterior, la cuestión debatida en este concreto caso sólo puede resolverse desde el prisma establecido en el artículo 96 del Código Civil, según el cual: «el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden». A la vista de este precepto resultan erróneos los argumentos contenidos en la sentencia de instancia en base a los cuales no se hace pronunciamiento respecto de la atribución del uso de los bienes propiedad del demandante que quedaron en el domicilio familiar, en primer lugar porque del tenor literal de la norma la atribución del ajuar doméstico no precisa de un previo pronunciamiento sobre la atribución de la vivienda al quedar perfectamente delimitado en la misma por una parte, el uso de la vivienda familiar, y por otra, el uso de los objetos de uso or-

dinario de la vivienda familiar; y en segundo lugar, aun cuando se diera por válida la interpretación contenida en la sentencia ha de tenerse en cuenta que no ha habido pronunciamiento expreso sobre la atribución del uso de la vivienda porque no existía discrepancia entre las partes sobre que tal derecho corresponde a la demandada reconviniendo, pero no en su condición de propietaria de la misma sino en su condición de progenitor custodio de la hija menor de tal forma que si la guarda y custodia de la menor se le hubiera atribuido al demandante a éste le se hubiera atribuido el uso de la vivienda a pesar de ser el inmueble propiedad privativa de la demandada. Partiendo de las anteriores consideraciones, procede pronunciarse sobre la atribución de los objetos de uso ordinario en el sentido de que los mismos deben continuar adscritos a la vivienda familiar, tal como establece el analizado precepto, teniendo tal condición los muebles y enseres que relacionan las partes pues si bien lógicamente, ante la amplia causística, el concepto de uso ordinario o ajuar familiar no puede venir determinado en una norma, según el artículo 1321 del mismo texto legal, el ajuar de la vivienda familiar lo constituye las ropas, el mobiliario y enseres, sin que se entiendan comprendidos en el mismo las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor, por ello, sin perjuicio de lo que pueda determinarse en el correspondiente procedimiento acerca de la titularidad de ese ajuar familiar, procede ahora atribuir su uso a la demandada como progenitor custodio de la hija común de los litigantes, quedando así sin fundamento el recurso formulado por la parte demandante donde se interesa la revocación de la sentencia a fin de que se impongan las costas causadas por la reconvención a la reconviniendo, que procede su desestimación.

UNIONES DE HECHO

Se desestima la demanda interpuesta por una conviviente de hecho reclamando una indemnización a una entidad aseguradora en base a la póliza de seguro de vida que tenía suscrita el conviviente, al no poder asimilarse aquella relación a la expresión «cónyuge» que aparece en primer lugar como beneficiario de la póliza. Por otro lado, existe una falta de litisconsorcio pasivo necesario al tener que haber sido parte los herederos del fallecido.

AP A CORUÑA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Rafael Jesús Fernández-Porto García

La cuestión litigiosa planteada puede resumirse en los siguientes términos:

1.º El 15 de julio de 2003 doña Silvia, separada judicialmente, y don Anselmo abrieron una libreta

de ahorro en una sucursal bancaria. Por diversas operaciones bancarias, dicha entidad obsequió a don Anselmo con un seguro de accidentes, con cobertura para el caso de fallecimiento, con un capi-

tal asegurado de 9.015,18 euros, siendo aseguradora «Mapfre Seguros Generales, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA».

2.º En la póliza se establecía expresamente que «BENEFICIARIOS.—A falta de designación expresa por parte del Asegurado (que éste podrá modificar en cualquier momento), se considerarán Beneficiarios del seguro, por riguroso orden de preferencia, los siguientes:

1.º Cónyuge.

2.º Hijos del Asegurado.

3.º Padres del Asegurado, por parte iguales, o al superviviente de los dos.

4.º Herederos legales del Asegurado.

En caso de invalidez indemnizable la suma asegurada se entregará al propio Asegurado».

3.º El 4 de mayo de 2004 don Anselmo falleció como resultado de un siniestro de circulación vial, cuando viajaba de ocupante en un turismo.

4.º Con posterioridad al siniestro, doña Silvia, alegando mantener una relación estable como pareja de hecho del difunto, solicitó de «Mapfre Seguros Generales, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA» el abono del capital pactado en la póliza, basándose en que debía ocupar la posición de beneficiario que correspondía al cónyuge; y aportaba copia de una sentencia dictada por un Juzgado asturiano, en la que se le reconocía esa cualidad de pareja de hecho estable, y por lo tanto se le indemnizaba como perjudicada por el siniestro de circulación vial. Pretensión a la que se opuso la aseguradora.

5.º El 18 de julio de 2007 doña Silvia dedujo demanda contra «Mapfre Seguros Generales, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA», en solicitud del abono del capital, por las razones mencionadas. Demanda a la que se opuso la aseguradora, por considerar que no era posible la asimilación, y que los beneficiarios del contrato de seguro estaban claramente determinados. Tras la tramitación correspondiente, el Juzgado de instancia consideró que las convivencias maritales deben asimilarse en todos los ámbitos al matrimonio, por lo que estimó la demanda, condenando a la aseguradora al pago del capital, con los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde la fecha de fallecimiento del asegurado, sin imposición de costas.

Como cuestión previa la Sala debe advertir que existe una situación litisconsorcial pasiva que no fue planteada, ni resuelta, en la audiencia previa.

Como es sabido, la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario concurre cuando se ha constituido viciosamente la relación procesal por no haberse llamado al litigio a quienes pueden

tener un interés legítimo en el derecho material puesto en controversia, o que resulten afectados por la decisión judicial que se pronuncie, evitando así la extensión subjetiva de la cosa juzgada, o que sean condenados sin haber sido oídos, e incluso la posible existencia de resoluciones contradictorias. En tal sentido se pronuncian, entre otras muchas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2005 (Ar. 382), 12 de julio de 2004 (Ar. 4669), 24 de marzo de 2003 (Ar. 2921) o la de 4 de noviembre de 2002 (Ar. 9630).

Excepción que es de creación jurisprudencial, pues no tenía regulación legal alguna, ni plasmación en ningún texto hasta, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1984 (Ar. 346), se hizo figurar en el artículo 24 de la Constitución. Pronunciamiento afianzado por el Tribunal Constitucional, que en su Sentencia 77/1986 hace constar que se está protegiendo el derecho constitucional a obtener el amparo judicial. Actualmente tiene una cierta regulación en los artículos 12 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

Con la particularidad de que esta excepción (a diferencia de lo que suele acontecer) puede y debe ser apreciada de oficio [SSTS de 9 de julio de 2004 (Ar. 5246), 17 de diciembre de 2003 (Ar. 194 de 2004) o la de 24 de abril de 2003 (Ar. 3530), entre otras muchas].

Si se parte de que los beneficiarios de la póliza, para el supuesto de fallecimiento del asegurado son, «por riguroso orden de preferencia»:

1.º Cónyuge.

2.º Hijos del Asegurado.

3.º Padres del Asegurado, por parte iguales, o al superviviente de los dos.

4.º Herederos legales del Asegurado.

El planteamiento de doña Silvia, argumentando ser pareja de hecho del asegurado fallecido, don Anselmo, es que tiene derecho a ocupar la posición primera, por asimilación a «cónyuge». Admitido que el difunto carecía de descendencia, y que sus progenitores le habían premuerto, deberá establecerse en primer lugar quiénes son los «herederos legales del asegurado». Y para ello tenía que haberse aportado la correspondiente certificación de la inscripción de la defunción en el Registro Civil, el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad, y en su caso copia auténtica del último testamento otorgado por el difunto.

Si no otorgó testamento, sí consta en las actuaciones que don Anselmo tenía hermanos, que en principio serían sus herederos (artículo 946 del Código Civil). Y tendría que haberseles llamado al juicio, por cuanto el pronunciamiento judicial de que doña Silvia tiene derecho a ser beneficiaria del

seguro, por asimilar su situación personal a la de «cónyuge» supone directamente negar el derecho de esos hermanos, como herederos legales *ab intestato*, a ser beneficiarios del seguro. Luego la sentencia que se dicte les afecta de forma directa.

Por otra parte, podría darse la paradoja de que los «herederos legales del asegurado» formularan demanda contra «Mapfre Seguros Generales, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA», solicitando el abono del capital asegurado, ante un Juzgado de su domicilio, y la aseguradora ser condenada a volver a pagar la indemnización, originándose sentencias contradictorias.

Es más, la opción que aparentemente facilitó «Mapfre Seguros Generales, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.», consistente en que doña Silvia aportase la renuncia de esos hermanos o de quienes fuesen herederos testamentarios, en realidad supondría un fraude fiscal. El heredero deberá abonar el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones por la indemnización como beneficiario del seguro; y si lo percibe finalmente doña Silvia, lo que hay es una donación de aquél a ésta, que tendría que volver a abonar el Impuesto.

Es decir, lo que procedería sería decretar la nulidad de las actuaciones, retro trayéndolas a la audiencia previa, para que se integrase subjetivamente la litis en forma adecuada. No obstante, y en aras a la economía procesal, no se adopta esta medida, procediendo entrar en el fondo del asunto.

Ya que se mencionó la cuestión fiscal, no es procedente que se ordene el pago de un seguro con cobertura para el supuesto de fallecimiento sin más. Conforme a lo establecido en el artículo 32.5 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, vigente en la Comunidad Autónoma Gallega, «Las entidades de seguros no podrán efectuar la liquidación y pago de los concertados sobre la vida de una persona a menos que se justifique haber presentado a liquidación la documentación correspondiente o, en su caso, el ingreso de la autoliquidación practicada», por lo que la condena al pago impuesta en la sentencia apelada en todo caso tendría que haberse condicionado a la presentación de la autoliquidación. Pero es más, el apartado 4 del mismo precepto dispone que «Los órganos judiciales, intermediarios financieros, asociaciones, fundaciones, sociedades, funcionarios, particulares y cualesquiera otras entidades públicas o privadas no acordarán entregas de bienes a personas distintas de su titular sin que se acredite previamente el pago del impuesto o su exención, a menos que la Administración lo autorice»; omisión que puede constituir motivo de sanción disciplinaria.

Tiene razón la recurrente cuando afirma que, en este litigio, no se probó que doña Silvia fuese

realmente pareja de hecho del finado don Anselmo. Ninguna prueba tendente a acreditar este extremo se ha practicado. Se ha dado por establecido, lo que no es acertado.

Ni puede fundamentarse exclusivamente en el contenido de una sentencia dictada por un Juzgado asturiano, a la hora de reconocerle el carácter de perjudicada a los efectos de ser indemnizada conforme a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, cuando no consta si esa resolución adquirió firmeza; y además no generaría el efecto de cosa juzgada a los efectos de este litigio. No hay la triple identidad que exige el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: personas, cosas y causa o razón de pedir. Igualdad que ha de examinarse estableciendo un juicio comparativo entre la sentencia anterior y las pretensiones del ulterior proceso, de tal forma que se produzca una semejanza real, que produzca contradicción evidente entre lo resuelto y lo pretendido, siempre que la sentencia antecedente haya resuelto sobre el fondo del asunto [SSTS de 21 de julio de 1988 (Ar. 5997) y 3 de abril de 1990 (Ar. 2693)]. Las personas no son las mismas; ni tampoco las cosas, pues no es igual la legislación del seguro obligatorio del automóvil y la aplicable al seguro de accidentes con cobertura para los supuestos de fallecimiento. Además, ha de advertirse que la Sala I.^a del Tribunal Supremo tiene declarado que la cosa juzgada es efecto de un pronunciamiento judicial, no de sus razonamientos, por lo que sólo el fallo la produce, debiendo ser igual la razón decisiva de ambas sentencias «sobre el mismo fondo» [SSTS de 17 de febrero de 2003 (Ar. 1166), 9 de diciembre de 1997 (Ar. 8733), 25 de mayo de 1995 (Ar. 4265)]. Por lo que el recurso tendría que ser estimado por este motivo.

Por otra parte, no puede compartirse que la relación de hecho sea «algo constitucionalmente equiparado al matrimonio en todos los ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico», como se afirma en la sentencia de instancia.

La realidad social de la convivencia de personas, sin haber contraído matrimonio, que se viene conociendo bajo denominaciones tales como «convivencia marital», «uniones de hecho», «convivencia en pareja», «pareja de hecho», «convivencia *more uxorio*», «uniones estables de parejas», e incluso «noviazgo» (desnaturalizando así la acepción original de la palabra) y expresiones similares, ha carecido hasta fechas relativamente recientes de toda consideración legislativa. Vacío legal que no implicaba que tales uniones fueran contrarias a la Ley. Y menos que la jurisprudencia se desentendiera de sus problemas jurídicos o las rechazase. Ésta destacaba su carácter alegal y ajurídico, que no ilegal o antijurídico. Pero reconociendo que producían,

o podían producir, una serie de consecuencias con trascendencia jurídica que no eran susceptibles de ser ignoradas. Y dada la carencia de legislación positiva, se resolvían con arreglo al sistema de fuentes del Derecho.

Actualmente no existe una Ley estatal que regule esta situación; sin perjuicio de reconocer que en el ámbito del derecho sustantivo sí existe alguna mención aislada que da relevancia a estas situaciones. Así la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, en la nueva redacción del artículo 101 introduce por vez primera, como causa de extinción de la pensión compensatoria que instaura el «vivir maritalmente con otra persona». Igualmente en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, de 11 noviembre, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción y otras formas de protección de menores, se establece que «Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal».

Sin embargo, diversas Comunidades Autónomas sí han regulado esta situación fáctica. Así, forma parte del Derecho positivo:

1.º La Ley de Catalunya 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Parejas.

2.º La Ley de Aragón 6/1999, de 26 de marzo, sobre Parejas Estables no Casadas.

3.º La Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables.

4.º La Ley de la Comunidad Valenciana 1/2000, de 6 de abril, por la que se regulan las Uniones de Hecho.

5.º La Ley de Les Illes Balears 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables.

6.º La Ley de la Comunidad de Madrid 11/2001 de 19 de diciembre, sobre Uniones de Hecho.

7.º La Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables.

8.º La Ley de la Comunidad de Andalucía 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho

9.º La Ley de la Comunidad de Canarias 5/2003, de 6 de marzo, de Parejas de Hecho.

10.º La Ley de la Comunidad de Extremadura 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho.

11.º La Ley de la Comunidad del País Vasco 2/2003, de 7 de mayo, de Parejas de Hecho.

12.º Y la Ley de la Comunidad de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho.

En Galicia no existe una ley específica reguladora de las uniones de hecho. La referencia legislativa en Galicia a «las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia», aplicable por fuero personal (vecindad civil gallega, conforme a lo establecido en el artículo 4.º de la Ley de Derecho Civil de Galicia 2/2006, a la que posteriormente nos referiremos, así como artículo 14 del Código Civil), se encuentra en la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Derecho Civil de Galicia 2/2006, de 14 de junio (que entró en vigor el 20 de julio de 2006), cuando establece que «Para os efectos de aplicación desta lei equipáranse ao matrimonio as relacións maritais mantidas con intención ou vocación de permanencia, co que se estenden, polo tanto, aos membros da parella os dereitos e as obrigas que esta lei lles recoñece aos cónxuxes.

Terá a consideración de relación marital análoga ao matrimonio a formada por dúas persoas que leven convivindo polo menos un ano, e tal circunstancia poderase acreditar por medio da inscrición no rexistro, por manifestación expresa mediante acta de notoriedade ou por calquera outro medio admisible en dereito. No caso de teren fillos en común abundará con acreditar a convivencia».

Disposición Adicional que tuvo parca vigencia, pues por la Ley 10/2007, de 28 de junio (que entró en vigor el 3 de julio siguiente), se dio una nueva redacción, que es la actualmente vigente, en los siguientes términos:

«Disposición Adicional Tercera

1. Para os efectos da aplicación desta lei, equipáranse ao matrimonio as relacións maritais mantidas con intención ou vocación de permanencia, co que se estenden aos membros da parella os dereitos e as obrigas que esta lei lles recoñece aos cónxuxes.

2. Terán a condición de parellas de feito as unións de dúas persoas maiores de idade, capaces, que convivan coa intención ou vocación de permanencia nunha relación de afectividade análoga á conyugal e que a inscriban no Rexistro de Parellas de Feito de Galicia, expresando a súa vontade de equiparar os seus efectos aos do matrimonio.

Non poden constituír parellas de feito:

a) Os parentes en liña recta por consanguinidade ou adopción.

b) Os colaterais por consanguinidade ou adopción ata o terceiro grao.

c) Os que estean ligados por matrimonio ou formen parella de feito debidamente formalizada con outra persoa.

3. Os membros da unión de feito poderán establecer validamente en escritura pública os pactos que consideren convenientes para rexer as súas relacións económicas durante a convivencia e para liquidalas tras a súa extinción, sempre que non sexan contrarios ás leis, limitativos da igualdade de dereitos que corresponden a cada convivente ou gravemente prexudiciais para cada un deles.

Serán nulos os pactos que contraveñan a anterior prohibición».

En Ley de Derecho Civil de Galicia existen referencias explícitas a este tipo de relaciones. Así en: a) la facultad de subrogarse en el arrendamiento rústico (artículo III), b) en la extinción sobrevenida del usufructo viudal (artículo 236), o c) en la constitución tácita de la compañía familiar gallega (artículo 160).

No obstante, la exigencia de requisitos que introduce la Ley gallega 10/2007 (que modifica sustancialmente los exigidos originalmente en la Ley 2/2006), conlleva que en realidad existan tres situaciones diferentes en Galicia:

1. Los matrimonios.

2. Las «relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia», que no incurran en ninguna de las prohibiciones del segundo párrafo del apartado 2, y además estén debidamente inscritas en el Registro de Parejas de Hecho (creado por Decreto 248/2007, de 20 de diciembre; y por Resolución do 11 de febrero de 2008, da Dirección Xeral de Xustiza, se aprobó el modelo o formulario de inscripción en ese registro).

Y 3. Las parejas de hecho propiamente dichas.

Con todo, el ámbito material de la equiparación al matrimonio de «las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia», son limitadas:

- a) Asentir en la adopción (artículo 36).
- b) Designación de tutor en la autotutela (artículo 43).
- c) Representación del ausente (artículo 48).
- d) Resolución del contrato de vitalicio (artículo 153).
- e) Otorgar testamento mancomunado (artículo 187).
- f) Posibilidad de ser comisario (artículo 197).
- g) La disposición testamentaria bajo condición de cuidar al conviviente del testador (artículo 204).
- h) El usufructo voluntario universal o parcial (artículo 228).
- i) La cualidad de legitimario en la sucesión testada (artículo 238).

j) Posibilidad de realizar la partición en vida de manera conjunta (artículo 278).

k) Designación de contador-partidor al que se le haya atribuido el usufructo viudal universal (artículo 284).

l) Y la presunción de regirse por el régimen de gananciales salvo que exista pacto expreso en contra (artículo 171).

Pero la Ley de Derecho Civil de Galicia actual no es aplicable al supuesto litigioso:

1.º Porque no tiene carácter retroactivo (artículo 2.3 del Código Civil, al que reenvía la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 2/2006), y la situación fáctica enjuiciada es anterior a su entrada en vigor.

2.º Porque la nueva regulación exige a «las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia» requisitos constitutivos tales como la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, lo que tampoco acontece.

3.º Porque la Ley de Derecho Civil de Galicia no regula la pretensión que se ejercita en la demanda.

4.º Como porque concurre el impedimento de vínculo, ya que doña Silvia tiene el estado civil de separada según consta en el poder otorgado a favor de Procuradores, por lo que el vínculo matrimonial persiste, y por lo tanto está «ligados por matrimonio ... con otra persona». Se da la paradoja de que la demandante está unida por vínculo matrimonial no disuelto con una tercera persona, y pretende que se declare su situación asimilada a cónyuge con el difunto; lo que supondría admitir la legalización de la bigamia por vía indirecta: tiene dos vínculos matrimoniales vigentes.

Séptimo.—Analizando la jurisprudencia del Tribunal Supremo [SSTS de 27 de marzo de 2008 (Cendoj STS 4306/2008), 8 de mayo de 2008 (Cendoj STS 2724/2008), 8 de mayo de 2008 (Cendoj STS 2187/2008), 19 de octubre de 2006 (Ar. 8976), 6 de octubre de 2006 (Ar. 6650), 22 de febrero de 2006 (Ar. 831), 26 de enero de 2006 (Ar. 417), 5 de diciembre de 2005 (Ar. 10185), 6 de octubre de 2005 (Ar. 6918), la muy importante del Pleno de 12 de septiembre de 2005 (Ar. 7148), 5 de febrero de 2004 (Ar. 213), 17 de junio de 2003 (Ar. 4605), 17 de enero de 2003 (Ar. 4), 5 de julio de 2001 (Ar. 4993), 27 de marzo de 2001 (Ar. 4770), 10 de marzo de 1998 (Ar. 1272), 29 de octubre de 1997 (Ar. 7341), 16 de diciembre de 1996 (Ar. 9020) entre otras muchas], pueden extraerse las siguientes conclusiones generales:

1.º Este tipo de convivencia es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio. No son situaciones equivalentes, sino realidades jurídica-

mente distintas, aunque una y otra se sitúen dentro del derecho de familia. En principio, su tratamiento jurídico diferenciado y la diversa atribución de derechos y obligaciones, no es contraria al derecho fundamental a la igualdad, que reconoce el artículo 14 de la Constitución Española (En la misma línea las Sentencias del Tribunal Constitucional números 180 de 2001, 155 de 1998, 222 de 1992 y 184 de 1990). Sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional haya dictado resoluciones que se pueden encajar en dos grupos:

a) Se reconocen derechos en materia de arrendamientos urbanos e indemnizatorios (Sentencias números 6/1993, 47/1993, 155/1998 y 180/2001).

Y b) Se rechaza la equiparación en materia de pensiones (Sentencias números 66/1994, 222/1994, 39/1998, 47/2001, 77/2004 y 174/2004).

2.º Actualmente, con la validez del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren voluntariamente contraer matrimonio, asumiendo las consecuencias de su decisión. Y por lo tanto, inicialmente debe presumirse que tampoco desean soportar los deberes que comporta, ni beneficiarse de los derechos.

En síntesis, no puede aceptarse, a la luz de la anterior doctrina, que si se hubiese acreditado que doña Silvia y don Anselmo formaban una pareja de hecho, que tuviese derecho a ocupar el lugar del cónyuge como beneficiario de la póliza de seguros; pues voluntariamente optaron por no contraer matrimonio, asumiendo todas las consecuencias de su decisión.

Tampoco puede aceptarse que se interprete la póliza conforme a lo dispuesto en el artículo 1281.2 del Código Civil, basándose en una supuesta con-

tradición entre el tenor literal de la póliza y el deseo del asegurado, para acabar concluyendo que lo que quería don Anselmo era que la beneficiaria fuese doña Silvia.

Estamos en presencia de un seguro de accidentes colectivo, regulado por los artículos 100 y siguientes de la Ley de Contrato de Seguro; en la que el tomador es la entidad bancaria, y el asegurado determinados clientes, y en este caso don Anselmo. Conforme a la regulación específica del seguro, por la remisión que hace dicho precepto a las normas reguladoras del seguro de vida, los beneficiarios no han de ser necesariamente unos herederos legales por orden estricto como parece plantearse. El asegurado tiene derecho a designar en todo momento quién o quiénes han de ser los beneficiarios, y en qué orden; pudiendo variarlo durante la vigencia de la póliza cuantas veces desee. Así se establece expresamente en la póliza de seguros, y en el artículo 87.1 de la Ley de Contrato de Seguro.

Si don Anselmo, pese a poder designar como beneficiario del seguro a cualquier persona, incluyendo a doña Silvia, no lo hizo, no se sabe de dónde se obtiene la conclusión de que su intención era ésa. Los actos coetáneos y posteriores del difunto no permiten interpretar que su intención fuese beneficiar a doña Silvia, cuando no lo hizo expresamente, pudiendo hacerlo.

En síntesis, la demanda nunca podría prosperar por cuanto existe una situación litisconsorcial no resuelta, no se cumplen las obligaciones tributarias, no está acreditado en este litigio que doña Silvia y don Anselmo fuese una «pareja de hecho», ni la situación de doña Silvia es asimilable al «cónyuge» a los efectos de ser la primera beneficiaria de la póliza de accidentes, ni don Anselmo la designó como beneficiaria pudiendo hacerlo.

UNIONES DE HECHO

Desestimación de la demanda interpuesta por una integrante de una pareja de hecho solicitando la nulidad de la declaración de herederos abintestato a favor de los padres de quien había sido su pareja de hecho durante un tiempo hasta su muerte, por habersele omitido, pidiendo en su lugar una declaración que, además de los derechos hereditarios, incluyese el usufructo vitalicio de la mitad del haber hereditario líquido.

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Fuentes Candelas

El ahora apelante demandó la nulidad de la declaración de herederos abintestato a favor de los padres de quien había sido su pareja de hecho

durante un tiempo hasta su muerte, por habersele omitido, pidiendo en su lugar una declaración que, además los derechos hereditarios aquéllos,

incluyese el usufructo vitalicio de la mitad del haber hereditario líquido reconocido en la Ley de Derecho Civil de Galicia de 29 de junio de 2006 al cónyuge viudo, todo ello con base en la equiparación al matrimonio de la relación mantenida entre el actor y la causante a todos los efectos, según lo preceptuado en su Disposición Adicional Tercera. Asimismo, pidió la nulidad de cualesquiera actos de aceptación de la herencia otorgados por los padres demandados respecto de los bienes dejados por su hija y la intervención del caudal hereditario, con imposición de las costas a la parte contraria. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Betanzos, tras partir como hechos incontrovertidos de la relación de pareja y convivencia mantenida por el demandante y la hija de los demandados desde octubre de 2005 hasta el día del fallecimiento de ésta el 13 de julio de 2007, primero en un piso alquilado y después en otro comprado por ambos por mitad e iguales partes proindivisas (escritura de compraventa de 7 de marzo de 2007), consideró tanto la redacción originaria de la citada Disposición Adicional a la luz de la aclaración expresada en la Exposición de Motivos de la Ley de reforma 10/2007, de 28 de junio, como la nueva redacción, que exigió expresamente la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, también previsto con carácter constitutivo a estos efectos en la Disposición Final de esta Ley y el Decreto regulador 248/2007, de 20 de diciembre, y llegó finalmente a la conclusión de que no obstante la falta de obligatoriedad de inscripción de la relación en un Registro creado después del fallecimiento de la mujer, con anterioridad a la modificación legal claramente sería exigible la constancia expresa, fehaciente y unívoca de ambos miembros de la pareja de su voluntad de equiparación al matrimonio.

En el recurso de apelación del demandante se alega infracción de la DA Tercera en su redacción originaria y aplicación indebida de la reformada por Ley 10/2007, considerando que la cuestión litigiosa es la determinación del valor jurídico de la convivencia de pareja de octubre de 2005 a 13 de julio de 2007, cuando aún no existía el Registro de Parejas de Hecho, y si era necesaria alguna otra manifestación de voluntad más explícita, alternativa esta que se aceptó en la sentencia y se rechaza en el recurso. También se alega infracción del artículo 394.1 de la LEC por cuanto no procedería la imposición de las costas en una cuestión de derecho de cierta complejidad y las dudas de derecho que suscita. La parte demandada-apelada se opuso al recurso y apoyó la sentencia.

La DA Tercera en su redacción originaria, vigente del 20 de julio de 2006 al 2 de julio de 2007, decía así: «A los efectos de aplicación de la presente ley se equiparan al matrimonio las relaciones

maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo cual se extienden, por tanto, a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que esta ley reconoce a los cónyuges. Tendrá la consideración de relación marital análoga al matrimonio la formada por dos personas que lleven conviviendo al menos un año, pudiéndose acreditar tal circunstancia por medio de la inscripción en el registro, manifestación expresa mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio admisible en derecho. En caso de tener hijos en común será suficiente con acreditar la convivencia». Antes de transcurrir un año de vigencia, fue modificada por la Ley 10/2007, en vigor desde el 3 de julio de 2007, que preceptuó: «1. A los efectos de la aplicación de la presente ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges. 2. Tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio». Además de otras especificaciones en materia de impedimentos legales y pactos sobre sus relaciones económicas. La Disposición Final de la misma Ley 10/2007 fijó un plazo para la creación y regulación del indicado Registro, «que tendrá carácter constitutivo y en el que se inscribirán necesariamente las declaraciones formales de constitución de parejas de hecho, las modificaciones y las extinciones, cualquiera que sea su causa». Ello se materializó a partir del Decreto de la Xunta 248/2007, de 20 de diciembre.

La Exposición de Motivos de la Ley 10/2007, en interpretación auténtica retrospectiva, explicó que la DA Tercera originaria se introdujo «en aras de eliminar en el ámbito de la ley la discriminación existente entre los matrimonios y las uniones análogas a la conyugal; sin embargo, no fue intención del legislador establecer la equiparación *ope legis* de quienes no desearan ser equiparados. Por ello, se quería preceptuar con claridad en el texto la concurrencia necesaria y acumulativa de dos requerimientos para que pudiera introducirse dicha equiparación: de un lado, que los miembros de la unión expresasen su voluntad de equiparación al matrimonio, y, de otro, que acreditasen un tiempo mínimo de convivencia estable. Como quiera que la redacción de la Disposición Adicional Tercera aprobada por el Parlamento de Galicia podría no reflejar la auténtica voluntad del legislador, se formula una proposición de ley de modificación de la

Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, apoyada en tres pilares básicos de nuestro ordenamiento: el libre desarrollo de la personalidad, el principio de igualdad ante la ley y la salvaguarda de la seguridad jurídica».

La Disposición Transitoria Tercera de la LDCG remite la resolución de los demás problemas de derecho intertemporal no expresamente previstos en la Ley a los principios informadores de las disposiciones transitorias del Código civil. Éste parte de la regla general de la irretroactividad de las leyes si no dispusieren lo contrario (artículo 2.3), máxime cuando perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior (DT, párrafo preliminar y DT Primera); en particular, su DT Primera especifica para este caso que «si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido, de igual origen».

Aunque la reformada no parece tratarse de una simple norma interpretativa posterior, a la vista de lo explicado no resulta irrazonable o errónea la interpretación sentenciada. Pero, al margen de distinciones entre voluntad del legislador y voluntad de la ley, deficiente técnica legislativa o sobre el alcance jurídico de la Exposición de Motivos, y hasta prescindiendo de la Ley 10/2007, desde la misma perspectiva del apelante la cuestión no es sólo de interpretación de la norma originaria sino, ante todo, de Derecho intertemporal, y en concreto, en qué medida es valorable a los efectos legales examinados la situación de pareja anterior a la entrada en vigor del novedoso régimen legal. Centrado así el problema, la solución deriva de la normativa reseñada en el anterior Fundamento de Derecho: irretroactividad de la DA Tercera de la LDCG/2006, teniendo en cuenta el principio general en la materia y el perjuicio que de no ser así se causaría no ya a los

derechos expectantes de sucesores designados en instrumento sucesorio o llamados por disposición legal (lo regulado en la DT Segunda de la LDCG, sobre partición de la herencia y demás derechos sucesorios, sería además una cuestión *a posteriori* y en todo caso distinta de la sentenciada), sino a los derechos actuales adquiridos por cada uno de los integrantes de la pareja, o al menos los del otro, más aún desde la óptica de la creación de un verdadero estado civil a consecuencia de la equiparación jurídica de la relación de hecho a la matrimonial, con posible trascendencia incluso para terceras personas, y tan siquiera sin una constancia formal clara del día inicial de producción de sus efectos. De no ser así, se llegaría al absurdo de que, desde el mismo instante de la entrada en vigor de la LDCG de 2006, quedarían vinculadas al nuevo régimen legal todas las parejas de hecho *more uxorio* que llevasen conviviendo desde un año antes, independientemente de su voluntad, exteriorización o clandestinidad o de cualesquiera otra circunstancia, de manera sorpresiva, con incidencia muy importante en sus relaciones jurídicas y económico-patrimoniales, y sin ofrecérseles otra opción o la oportunidad de impedir anticipadamente tal estado de cosas como no fuera la ruptura (aunque sin poder deshacer los derechos, obligaciones, cargas y responsabilidades que se produjesen desde la obligatoriedad de la Ley). La Ley 10/2007 se dictó precisamente por la inminencia del agotamiento del plazo del año a contar desde la vigencia de la DA Tercera originaria. Y sucede que, en el caso enjuiciado, si la relación de pareja de hecho comenzó en octubre de 2005 y no se computa a los fines pretendidos en cuestión sino desde el 20 de julio de 2006, fecha de entrada en vigor de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006, entonces no había aún transcurrido el plazo legal del año requerido por la DA Tercera al momento de la desgraciada muerte de la pareja del apelante (13 de julio de 2007).

UNIONES DE HECHO

Se desestima la petición de medida cautelar consistente en fijación de una pensión alimenticia para la integrante de una pareja de hecho al no ser de aplicación la Ley de Uniones Estables de Pareja, dado que aquélla no se encuentra aún divorciada de su anterior esposo.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, AUTO DE 11 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo

Contra el Auto dictado en fecha 15 de abril de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Sa-

badell en el procedimiento sobre medidas cautelares registrado con el núm. 361/2008, que estima

en parte la solicitud de modificación de la medida cautelar solicitada por el Procurador Sr. Cots en representación de doña Maite frente a don Juan Miguel, y señala pensión provisional de alimentos a favor de la demandante en la cantidad mensual de 250 euros, con efectos desde el mes de marzo de 2008, con la forma de pago y actualización que se señala, sin imposición de las costas, interpone recurso de apelación el Sr. Juan Miguel en solicitud de que se «dicte resolución definitiva por la que estimando el presente, con carácter principal, se revoque íntegramente el pronunciamiento estimando en parte la medida cautelar solicitada por la actora, dejando sin efecto el mismo y declarando no haber lugar al establecimiento de pensión de alimentos para doña Maite; y, subsidiariamente, la revocación suponga que la pensión provisional de alimentos a favor de la actora no exceda de la prudente y ponderada cuantía de cien euros mensuales (100 euros/mes)», a cuyo recurso de apelación se opone la Sra. Maite.

Basa la parte apelante su solicitud de revocación de la resolución recurrida, y de suyo de que se deje sin efecto la medida cautelar acordada, según aduce en esencia en su escrito formalizando el recurso de apelación, en la «falta de acción por inaplicabilidad de la Ley de Uniones Estables de pareja en el caso que nos ocupa. Inexistencia o posposición de cualesquiera obligación natural o deber moral de prestar alimentos atinente a mi principal, puesto que el vínculo matrimonial que todavía liga a la solicitante Sra. Maite con su cónyuge hace que este último tenga prevalente obligación legal de prestar alimentos en primer lugar *ex* artículo 261 del Codi de Família (en el mismo sentido, artículo 144 del Código Civil)».

Y en orden a su resolución basta tener en cuenta que la actora, ahora apelada, formula su solicitud de medida cautelar, consistente en pensión periódica a su favor y a cargo del demandado, ahora apelante, en base a la previsión legal contenida en el artículo 14 de la Ley 10/1998, de 15 de julio (Parlamento de Cataluña), de Uniones Estables de Pareja, para que, reconocido por la propia Sra. Maite, en la prueba de interrogatorio de parte practicada en la instancia, que está separada de su cónyuge, no divorciada, no pueda considerarse de aplicación dicha norma, como así se señala en el Fundamento de Derecho Segundo de la resolución recurrida para que proceda la estimación del recurso de apelación.

Y es que, sin perjuicio de que queda acreditada la convivencia de los ahora litigantes por un período de unos cinco años y que, como consecuencia de dicha convivencia, han tenido una hija en común, sin perjuicio de ello, se dice, es lo cierto que dicha convivencia no puede considerarse comprendida

dentro del ámbito de aplicación de la referenciada Ley ya que no podían contraer matrimonio entre sí por impedírselo el hecho de que uno de los miembros de la pareja, en este caso la Sra. Maite, aún estaba casada pues la separación no disuelve el vínculo matrimonial.

Como consecuencia de ello, y aun la situación en la que en la actualidad se encuentre la demandante, no era dable al juzgador *a quo* alterar la causa de pedir y reconocer a favor de la misma una pensión provisional de alimentos en base a preceptos legales no invocados, incurriendo en el vicio de incongruencia.

Y es que tiene dicho la jurisprudencia que «la doctrina de esta Sala, que viene declarando que los Tribunales deben atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes le hayan sometido, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones, que son los rectores del proceso. Así lo exigen los principios de rogación [Sentencias de 15 de diciembre de 1984 (RJ 1984\6116), 4 de julio de 1986 (RJ 1986\4410), 14 de mayo de 1987 (RJ 1987\3531), 18 de mayo y 20 de septiembre de 1996, 11 de junio de 1997], y de contradicción (Sentencias de 30 de enero de 1990 y 15 de abril de 1991), por lo que el fallo ha de adecuarse a las pretensiones y planteamientos de las partes, de conformidad con la regla *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium* [Sentencias de 19 de octubre de 1981 y 28 de abril de 1990 (RJ 1990\2805)], sin que quepa modificar los términos de la demanda (prohibición de la *mutatio libelli*, Sentencia de 26 de diciembre de 1997), ni cambiar el objeto del pleito en la segunda instancia (*pendente appellatione nihil innovetur*, Sentencias de 19 de julio de 1989, 21 de abril de 1992 y 9 de junio de 1997). La alteración de los términos objetivos del proceso genera una mutación de la *causa petendi*, y determina incongruencia *extra petita* (que en el caso absorbe la omisiva de falta de pronunciamiento sobre el tema realmente planteado), todo ello de conformidad con la doctrina jurisprudencial que veda, en aplicación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC 1881\1), resolver planteamientos no efectuados [Sentencias de 8 de junio de 1993, 26 de enero, 21 de mayo y 3 de diciembre de 1994, 9 de marzo de 1995, 2 de abril de 1996 (RJ 1996\2879), 19 de diciembre de 1997 y 21 de diciembre de 1998)], sin que quepa objetar la aplicación (aludida en la sentencia de la Audiencia) del principio *iura novit curia*, cuyos márgenes no permiten la mutación del objeto del proceso, o la extralimitación en la causa de pedir [Sentencias de 8 de junio de 1993, 7 de octubre de 1994, 24 de octubre de 1995 (RJ 1995\7715) y 3 de noviembre de 1998 (RJ 1998\8258)], ni en definitiva autoriza, como dice la Sentencia 25 de mayo de 1995 (RJ 1995\4128), la resolución de pro-

blemas distintos de los propiamente controvertidos». (STS de 15 de junio de 2004, RJ 2004\3850), si bien en la actualidad el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que menciona la referida Sentencia debe entenderse referido al artículo 218 de la vigente Ley rrituaria.

Y en el mismo sentido la doctrina constitucional señala que «desde las Sentencias 20/1982, de 5 de mayo (RTC 1982\20) (ff. 1 a 3); 14/1984, de 3 de febrero (RTC 1984\14) (f. 2); 14/1985, de 1 de febrero (RTC 1985\14) (f. 3); 77/1986, de 12 de junio (RTC 1986\77) (f. 2); y 90/1988, de 13 de mayo (RTC 1988\90) (f. 2), una jurisprudencia constante de este Tribunal ha venido definiendo dicho vicio como un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso en los escritos esenciales del mismo. Al conceder más, menos o cosa distinta de lo pedido, el órgano judicial incurre, según hemos dicho de modo reiterado, en las formas de incongruencia conocidas como *ul-*

tra petita, *citra petita* o *extra petita partium* [por todas, SSTC 90/1988, de 13 de mayo, f. 2, y III/1997, de 3 de junio (RTC 1997\III), f. 2], cuyos contornos han decantado secularmente los Tribunales al depurar la aplicación de la legalidad procesal ordinaria» [RTC 2004\8, Sentencia Tribunal Constitucional núm. 8/2004 (Sala Primera), de 9 febrero].

Con lo que al haber otorgado la pensión alimenticia el juzgador *a quo* en base a «la existencia de obligación natural o deber moral» resolvió problemas distintos de los propiamente controvertidos y se extralimitó en la causa de pedir, habiendo podido, incluso, causar indefensión, vedada por el artículo 24 de la Constitución Española, a la parte demandada, ahora apelante, que, lógicamente, no tuvo oportunidad de formular las alegaciones pertinentes para combatir una pretensión no deducida en el procedimiento y, en su consecuencia, procede, como queda dicho, la estimación del recurso de apelación, lo que hace innecesario resolver sobre la petición subsidiariamente articulada.

UNIONES DE HECHO

Tratándose de una pareja de hecho sin descendencia, no se concede el uso de la vivienda a la conviviente, ya que el inmueble es propiedad exclusiva del conviviente, siendo indiferente que aquélla tenga un hijo de una relación anterior.

AP MÁLAGA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Arroyo Fiestas

Por la parte apelante se alegó que debía continuar en la vivienda dado que pese a que la convivencia fuese *more uxorio* eso significa que el actor ha disfrutado de la aportación de la demandada a la vida en común, siendo la demandada la más desfavorecida por la ruptura.

De lo actuado deduce que actor y demandada llevaban varios años de convivencia, teniendo ella un hijo de un anterior relación y habitando en una vivienda arrendada, y cuatro meses antes de la ruptura se trasladan al domicilio de actor que hoy centra el litigio y que había comprado, exclusivamente éste, en 1999, sucediendo la crisis en 2005 (folio 67).

De lo expuesto puede inferirse que la demandada puede tener derecho, a lo sumo, a una contraprestación económica basada en la teoría del enriquecimiento injusto (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2005), pero lo que es indudable es que ella vivía con anterioridad a la

convivencia sola con su hijo y en régimen de alquiler, careciendo de base este Tribunal para permitirle el uso de una vivienda que no es de su propiedad y que adquirió con exclusividad el actor y en la que apenas ha vivido cuatro meses antes de la crisis, por lo que de acuerdo con el artículo 250 de la LEC, procede declarar que la demandada carece de título que justifique su permanencia en la vivienda litigiosa en la que permanece en precario, sin pagar renta o merced a su propietario.

En este sentido declaró esta misma Sección Cuarta de la Audiencia Provincial:

En el presente caso estamos ante una situación fáctica conformada por dos circunstancias: a) una convivencia de hecho entre dos personas, residenciada dicha vida en común en la vivienda propiedad de uno de los convivientes; y b) ruptura de dicha convivencia, abandonando la vivienda su propietario y permaneciendo en la misma el otro conviviente. Es claro que los mencionados hechos

no configuran la modalidad contractual del comodato, al no mediar la entrega de la vivienda por parte de su propietario a la demandada para que se sirva de ella por un tiempo y para un uso determinado. No se trata aquí de la atribución del uso de la vivienda por parte del propietario, sino del uso compartido del inmueble, concedido de forma graciosa y gratuita por su exclusivo propietario, con la finalidad de servir de soporte físico

de una relación *more uxorio*, y con mantenimiento de la ocupación de la vivienda por el no propietario una vez agotada la finalidad que sirvió de causa a la misma, tras producirse la ruptura de la unión de hecho, y contra la expresa voluntad del propietario. Situación que legitima al propietario para poner fin a una ocupación de la vivienda mantenida en contra de su voluntad y sin soporte jurídico alguno.

CUESTIONES PENALES

Se condena al padre a siete meses y medio de prisión por un delito de lesiones causadas al hijo de 13 años que en ningún caso pueden estar amparadas por el derecho de corrección que tienen los padres.

AP BARCELONA, SEC. 20.ª, SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña María del Carmen Domínguez Naranjo

La sentencia dictada en el procedimiento de referencia ha sido objeto de impugnación por parte del acusado en las presentes actuaciones.

Alega en esencia el recurrente: «Infracción del artículo 153 del CP en su indebida aplicación», en su escrito sostiene, que la actividad probatoria practicada en el proceso ha resultado insuficiente para acreditar la comisión por su patrocinado del delito de maltrato, además de esgrimir causas de justificación de la conducta declarada probada, solicitando por ello la revocación de la resolución impugnada a fin de que en su lugar se dicte otra por la que, estimándose sus pretensiones, sea absuelto aquél de las referidas infracciones con todos los pronunciamientos favorables.

El recurso debe desestimarse por las razones jurídicas que a continuación se explicitan.

La defensa del acusado, legítima aunque erróneamente, considera que no hay prueba de cargo suficiente, que lleve a dar como probado la existencia de la infracción penal de la que venía acusado, además esgrime la jurisprudencia menor por la que se degrada la conducta a falta, añadiendo que su acción responde al «derecho de corrección» antes contemplado en el artículo 154 del CC (pese a que rige el 134 del CF). En suma, niega la relevancia penal de la conducta, pese a reconocer los hechos probados.

El recurrente, trata de justificar en un mal interpretado «derecho de corrección» el haber golpeado a su hijo de tan sólo 13 años con un cinturón

por todo el cuerpo, causándole lesiones que tardaron nada menos que diez días en curar.

Este Tribunal, ha tenido ocasión de destacar de forma reiterada el especial respeto que merece la valoración directa por parte del Juzgador de las diferentes declaraciones prestadas en el acto de la vista oral, gracias a la intermediación de que ha gozado en dicho acto debiendo prevalecer su criterio, imparcial y objetivo, sobre el lógico y legítimamente interesado de la parte recurrente.

El motivo invocado viene a suponer combatir el fallo por entender que los hechos o no están probados o están justificados, es decir que el relato fáctico es atípico.

En contra de lo alegado por el apelante, y tras un visionado completo por este Tribunal del CD de grabación del acto de juicio, el Juzgador dispuso de válida y eficaz prueba susceptible de sustentar el cargo, tal como exterioriza en su sentencia con argumentos que vienen dotados de toda razonabilidad, como es la testifical de su compañera sentimental, el reconocimiento del propio acusado y la testifical del pequeño, además lógicamente de la documental facultativa objetivando las lesiones.

El anterior reconocimiento de los hechos, lo fue, como se ha dicho de manera sesgada y con diferentes causas de justificación que, unilateralmente considera legítimas, pero que en modo alguno pueden hallar acogida en esta alzada.

Aunado a lo anterior, resulta también determinante, como se ha dicho, el parte objetivo de lesiones, que lejos de una «supuesta» exageración del

menor (que incluso trata de excusarlo en juicio), rebasó con creces el reiterado «derecho de corrección» que, por otro lado ha sido restringido más si cabe tras su última modificación.

En definitiva, existiendo prueba de cargo –y no precisamente mínima–. No viniendo la parte recurrente sino a discutir la correcta calificación de los hechos probados, efectuada por el Juzgador *a quo*, el motivo ha de ser desestimado.

La parte apelante, también invoca la Jurisprudencia menor que ha venido degradando el delito a falta, para ello cita sentencias dictadas que nada tienen que ver con el supuesto examinado y que además de haber sido superada y matizada, por esta Sección especializada, son anteriores a la entrada en vigor de la actual Ley de Violencia Doméstica. En cualquier caso, tenemos reiterado que los únicos supuestos en los que se podría degradar la conducta a falta son, además de excepcionales, en los que se declare probado que entre ambos miembros, se produce una pelea, en condiciones de igualdad y ambos se provocan lesiones de igual o similar entidad.

Este Tribunal si bien confirma la valoración y calificación, debe revocar parcialmente la consecuencia punitiva impuesta por lo que se explicita a continuación y en aplicación del principio estricto de legalidad.

La Juzgadora, condena al acusado a Trabajos en Beneficio de la Comunidad, sin embargo, tal como viene reiterando esta Sala especializada en violencia doméstica, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad solamente puede ser impuesta para el caso de haber sido oído el acusado sobre tal posibilidad y además haber prestado aquél su expreso consentimiento del penado.

Esta omisión vulneraría lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Constitución cuando dice que: «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados», así como el artículo 49 del CP que establece que: «los trabajos en beneficio de la comunidad no podrán imponerse sin el consentimiento del penado».

Puesto que, en el presente caso, la referida audiencia no ha tenido lugar, no puede tenerse por legal la pena de trabajos en beneficio de la comunidad que debe revocarse.

Partiendo de lo anterior y atendidas las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por el Juez de lo penal para individualizar la condena, procede imponer una pena de siete meses y medio de prisión (mínima prevista por el legislador) todo ello sin perjuicio de que se sustituya la pena de prisión anterior por la de 56 días de trabajos en beneficio de la comunidad, previa petición, audiencia y «consentimiento expreso» del penado en trámite de ejecutoria.

La pena accesoria de prohibición de acercamiento, deviene de manera imperativa (artículo 57 del CP) en una extensión de un año superior a la pena de prisión impuesta por ello corresponde la de «un año, siete meses y quince días». La pena accesoria de alejamiento, no es dispositiva para el Tribunal, por ello, para acordarla no se requiere una valoración de su necesidad, ni de la peligrosidad del autor del delito, ni hay que atender a la petición de la víctima, puesto que conforme a lo dispuesto en el artículo 57.2 del CP (redacción dada por LO 15/2003) que utiliza la expresión «se acordará, en todo caso» con remisión al artículo 48.2 del CP, y su imposición es preceptiva cuando se trata de delitos de lesiones cometidos en el ámbito familiar, por lo que la misma es ajustada a derecho y debe confirmarse en alzada.

Salvando lo anterior, este Tribunal no puede desconocer una problemática relativamente frecuente, que se da cuando, pese a ser condenado las partes no desean tal alejamiento, como es el caso.

La solución legal a la situación que se produce cuando la víctima no desea la protección legal debido a que quiere vivir con el condenado, no puede consistir en la omisión de la pena accesoria en la sentencia, teniendo en cuenta el carácter preceptivo del artículo 57.2 del CP, el principio de legalidad al que estamos sometidos los jueces y la indisponibilidad de la pena por la voluntad de la víctima.

En consecuencia, el único cauce legal para paliar el conflicto familiar que pudiera conllevar la pena de prohibición de acercamiento impuesta a uno de sus miembros respecto del otro, está en la solicitud de indulto parcial en relación a la pena de prohibición de aproximación, con la consiguiente solicitud simultánea al Tribunal que tramita la ejecutoria de la suspensión de la ejecución de la referida pena accesoria, al amparo del artículo 4.4 del CP en tanto el Gobierno no se pronunciara al respecto.

JURISPRUDENCIA · JUZGADOS DE 1.ª INSTANCIA

GUARDA Y CUSTODIA

A pesar de que la madre intentó suicidarse, se considera que se trató de una situación puntual de desbordamiento de la tensión e inestabilidad emocional acumulada, y por ello no se ve obstáculo en que pueda atribuírsele la custodia de los tres hijos que provisionalmente se había encomendado al padre.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 7 DE SEVILLA, SENTENCIA DE 15 DE MAYO DE 2009

Magistrado-Juez: Ilmo. Sr. don Francisco de Asís Serrano Castro

Tras la ruptura de la relación estable de pareja mantenida entre ambos progenitores litigantes, la principal cuestión que es objeto de controversia se circunscribe a determinar la idoneidad y mejor predisposición y capacidad de uno y otro para asumir la guarda y custodia de sus tres hijos menores: ..., de seis años de edad, ... de cinco y ... de tres.

Pues bien, partiendo de que la decisión judicial que se adopte al respecto (dado que ni el padre ni la madre han podido consensuar una medida de tan profundo calado) ha de priorizar el interés y bienestar de los tres menores (artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor) y sin partir de ninguna predeterminación o prejuicio sexista que otorgue privilegios a la hora de ser conferida la responsabilidad de atender y cuidar de los hijos con carácter habitual, se ha de contar con elementos de prueba objetivos que aconsejen y justifiquen esa decisión.

Ciertamente, en principio, en el presente asunto se apreció una situación de riesgo que incluso determinó que con carácter cautelar, tras la vista celebrada el 16 de febrero, se mantuviera la situación de custodia fáctica que ostentaba en ese momento el padre y un régimen restringido y supervisado de visitas y contacto con la madre. El desencadenante de esa situación de riesgo se fraguó a raíz del propio deterioro de la convivencia entre ambos litigantes que probó un paulatino incremento de la inestabilidad emocional acumulada por la Sra. ..., tensión que alcanzó su punto culminante cuando se produjo el desahucio de la que constituyera vivienda familiar situada en Mairena del Aljarafe. En ese momento, la Sra. ... se vio en un estado de máximo estrés con cuatro hijos (los tres nacidos de su relación con el demandado y su hija de trece años habida de una an-

terior), sin recursos económicos y sin apoyo material o financiero por parte del Sr. ...

Ante esa tensión y desbordamiento emocional y siempre analizando lo sucedido bajo esa perspectiva, se produjeron los hechos ocurridos el 18 de septiembre de 2008 en el Bar ... de Sevilla, en el que trabaja el demandado. La discusión originada, la conflictividad reinante, la renuncia irreflexiva y fruto de la desesperación por parte de la madre a la custodia de sus hijos, aun cuando siempre había sido ella la que se había responsabilizado de ellos, dio lugar a la intervención de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe, intervención justificada pues la verdad es que en esos instantes la Sra. ... había perdido el autocontrol y dominio de sí misma, sin reunir capacidad para atender y preocuparse de sus hijos. Ante esa situación los niños son conferidos al padre, lo que agrava la crisis de angustia de la madre quien al percatarse de ello, intenta suicidarse, lo que impide la Policía que acude al domicilio alertada por los Servicios Sociales.

Los hechos, por tanto, revisten gravedad y desde luego justificaron que ante la crisis de agitación y agresividad que presentaba la Sra. ..., que incluso propició su ingreso en la Unidad de Psiquiatría del Hospital San Lázaro, fuera el padre el que supliría la ausencia de la madre, haciéndose cargo de sus hijos.

Se han destacado esos incidentes puesto que en lo sucedido y las consecuencias que se interpretan se pudieran derivar de los mismos, fundamenta principalmente el padre su mejor idoneidad y capacidad para hacerse cargo de sus hijos, descartando a la madre por padecer graves trastornos de salud mental.

Sin embargo, al margen de otras consideraciones que se expondrán, en base a la prueba psicossocial practicada, se ha de rebatir esa interpretación puesta que:

– Se ha descartado que los incidentes y la crisis sufrida por la Sra. ... en el mes de septiembre de 2008, puedan tener continuidad. Consta que no tenía antecedentes psiquiátricos previos, salvo consultas puntuales (informe unidad psiquiatría Hospital San Lázaro de 19 de febrero de 2009). Se trató de una situación puntual, de desbordamiento de la tensión e inestabilidad emocional acumulada, situación característica de episodios postraumáticos circunstanciales a una traumática y altamente conflictiva crisis de pareja, y sin descartar que esa sintomatología pudiera estar asociada a la característica de una mujer que ha sufrido maltrato, cuestión que habrá de valorarse y enjuiciarse ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de Sevilla, ya que el Ministerio Fiscal ante los testimonios e indicios de haber podido existir ese maltrato, ha interpuesto la correspondiente denuncia ante la pasividad de la Sra. ... que aun habiendo afirmado que ha sido maltratada física y psicológicamente, no ha querido formular acusación contra el demandado.

– Consta que la Sra. ... actualmente se encuentra recuperada, lo que pudiera ser consustancial al hecho de haber superado el episodio de *shock* traumático sufrido, siendo atendida por Salud Mental de su zona y a donde acude a citas muy distancias dada la buena evolución de su estado emocional desde que cesó su relación de pareja.

Por tanto analizado ese episodio y habiendo obtenido la madre un perfil adecuado, desde la perspectiva psicológica, para atender el cuidado de los hijos, teniendo en cuenta las variables afectivas, cognitivas y sociales, se ha de poner de manifiesto lo siguiente:

– Que en el informe de la psicóloga del Equipo Psicossocial de fecha 26 de marzo de 2006, se concluye que «tras el estudio realizado y la información aportada por los distintos profesionales que han intervenido, se considera que el entorno familiar materno se ofrece como más propicio para un mayor bienestar psicológico de los menores. También se expone que sería aconsejable la reunificación de los hermanos.

– Que en el informe de la trabajadora Social adscrita al Equipo Psicossocial, de la misma fecha, se concluye: que tras el estudio de los autos, entrevistas realizadas, visitas domiciliarias a ambos núcleos familiares, así como gestiones telefónicas realizadas con distintos profesionales que han intervenido en el caso, se considera que se podría contemplar la posibilidad de que los menores regresen al actual núcleo familiar materno, ya que la madre lleva una

evolución favorable, cuenta con el apoyo y supervisión de la abuela materna y están interviniendo los Equipos de Tratamiento Familiar de Mairena del Aljarafe en dicho núcleo de convivencia. Asimismo se agruparían todos los hermanos ya que ..., la hermana mayor, reside en dicho núcleo de convivencia, y así los menores pasarían más tiempo con su progenitora y hermana mayor, ya que el padre, debido a los horarios de trabajo, no puede disponer de mucho tiempo para dedicar a sus hijos. Por otro lado, Paola, cambiaría en el próximo curso de colegio al comenzar la educación primaria, con lo cual, si dicho cambio de residencia se efectúa antes de la finalización del presente curso escolar, ésta entraría en el colegio donde van a acudir sus amigas y compañeras de clase de Mairena.

En definitiva desde una perspectiva psicológica y social y en interés de los menores, se aprecia que actualmente concurren en la madre mejores condiciones de idoneidad, capacidad y disponibilidad para asumir la custodia de sus hijos, resultando aconsejable que ambos progenitores se sometieran a un proceso de mediación familiar para reducir el conflicto familiar que provoca en los menores afectación e intranquilidad emocional, debiendo continuar la intervención de los Equipos de Tratamiento Familiar en ambos núcleos familiares y debiendo también, por último, informar desde Salud Mental de la evolución experimentada por la Sra. ...

Se obvia el posible consumo de cocaína por el Sr. ..., pues en todo caso no se acredita un consumo habitual y que pudiera afectar su capacidad de cuidado de los hijos.

Al asumir la guarda y custodia la madre, el padre asumiría el derecho y obligación de relacionarse, comunicar y permanecer con sus hijos conforme a un régimen de visitas amplio, en defecto del que puedan consensuar ambos progenitores, pudiendo participar en la recogida y entrega de los menores al domicilio materno o centro escolar donde cursen estudios, otros familiares de la confianza del padre y que le suplan cuando a él se lo impida su variable horario de trabajo como camarero. En la parte dispositiva de esta resolución se concretará ese régimen de visitas. Un régimen que descartaría una posible posibilidad de custodia compartida puesto que el padre nunca ha participado y compartido en la misma medida, del cuidado de sus hijos, sin que hoy en día goce de mejor posicionamiento para dedicarles un tiempo y atención que le impiden sus responsabilidades laborales. La distancia entre los domicilios de los progenitores sería un problema añadido, al margen de que ninguno de ellos se ha decantado por esa opción. La asunción por el padre de la custodia de sus hijos durante prácticamente el presente curso escolar, se insiste, obedeció a un

hecho puntual, aislado, un problema de salud de la madre que exigió el esfuerzo lógico, legítimo y justificado del padre y el entorno familiar paterno. Superada esa situación coyuntural, el interés de los niños aconseja que regresen a su entorno de cuidado habitual, junto a su madre, abuela que también ofrece un importante apoyo, y su hermana mayor.

Por último el padre habrá de contribuir en la proporción correspondiente a los alimentos de sus hijos (artículo 146 del Código Civil), por lo que siendo tres y los ingresos del padre apenas superar los 1.100 euros se considera que la pensión adecuada y mínima para atender a las necesidades de aquellos se establece en la cuantía de 400 euros mensuales.

GUARDA Y CUSTODIA

Se mantiene la custodia de la hija de doce años a favor de la madre y se obliga a todos los miembros de la familia a someterse a una terapia con carácter urgente, para superar el Síndrome de Alienación Parental severo ejercido por el padre frente a los hijos.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 7 DE SEVILLA, SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 2009

Magistrado-Juez: Ilmo. Sr. don Francisco de Asís Serrano Castro

En lo que concierne a las consecuencias y efectos derivados de dicho pronunciamiento de conformidad a lo dispuesto en el artículo 91 y siguientes del Código Civil, se ha de destacar que prácticamente el objeto litigioso se ha reducido a determinar la mayor idoneidad, capacidad y mejor disposición y predisposición por parte de ambos progenitores litigantes para asumir la custodia de su hija menor, de 12 años de edad, dado que en cuanto al mayor por su edad, 17 años no se discute su decisión de convivir junto a su padre. Dicha cuestión en un principio y cuando se produjo la separación, quedó resuelta a favor de la madre, por cuanto que se valoró que la Sra. ... reunía mejores características y condiciones para asumir esa responsabilidad, a la vista de la dedicación y atención prestada durante la convivencia matrimonial, a las necesidades de sus hijos. Sin embargo lo cierto es que esa resolución judicial adoptada en el año 2002, tanto en Primera como en Segunda Instancia, nunca fue aceptada por el padre quien siempre mantuvo y sigue manteniendo (incluso así lo reiteró en el acto de la vista) que su esposa no estaba centrada psicológicamente, que descuidaba a sus hijos saliendo con amigos y mientras que, en contra, en él se reunían todas las virtudes y requisitos positivos para ser considerado buen padre.

Lo malo es que ese convencimiento, en los años posteriores a la separación, no se vio reforzado y confirmado por hechos, pues consta que incluso la Sra. ... tuvo que interponer denuncias por incumplimientos del régimen de visitas, habiéndose aportado informe de la Directora del CEIP donde cursa estudios la hija menor en que se indica que

nunca solicitó ninguna cita para tener entrevista con su tutora con el fin de informarse e interesarse por la marcha de la niña en el colegio y presentarse a la misma.

Mas con todo, lo peor es que ese convencimiento, esa obsesión no se materializó por tanto, en un esfuerzo de mejorar su cualificación y recursos personales y para demostrar superación de sus aptitudes con relación a los que antes a su esposa la habían servido para obtener la custodia de sus dos hijos. Lejos de ello, a través de la extensa prueba pericial aportada, entre la que se otorga un especial valor probatorio al informe emitido por el Equipo Psicosocial, se deduce que todo el empeño del Sr. ... ha sido el de inculcar a sus hijos su elevada autoestima y el profundo desprecio que, desde la ruptura matrimonial, sentía hacía su esposa.

Naturalmente no cabe revisar el pronunciamiento absolutorio obtenido por el Sr. ... en el procedimiento penal en el que fue acusado de maltrato (Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Sevilla de 23 de octubre de 2008). Mas lo cierto es que determinados hechos o conductas que pueden no revestir relevancia penal, sí pueden tener especial significación a la hora de tomar decisiones que afectan a la custodia de unos menores.

No se trata de valorar si la situación postraumática que presentaba la Sra. ... al momento de su separación era consecuencia de la propia dinámica de la conflictividad familiar, o bien consecuencia, al menos, de una situación reiterada de vejación, humillación, desprecio y maltrato psicológico. Mas lo que es incuestionable era que doña ... presentaba un estado de depresión, gran inestabilidad emo-

cional, baja autoestima, sentimiento de culpa, alteraciones del sueño y sentimientos de indefensión (informe del Ayuntamiento de Sevilla, Delegación de Igualdad de 30 de noviembre de 2004). Es decir que presentaba el cuadro característico de una mujer que ha sufrido maltrato.

Ese estado, se insiste, sin embargo no se tuvo en cuenta en la jurisdicción penal, principalmente a consecuencia de que la presunción de inocencia de la que gozaba el acusado se vio refrendada por el testimonio del hijo que negó la existencia de cualquier tipo de maltrato.

Es en ese punto en el que se considera que lo enjuiciado ante el Juzgado de lo Penal no puede en absoluto suponer un referente y una predeterminación de lo que se resuelva en este procedimiento, dado, que, como se expone y razonará, se estima que esa conducta del hijo, adoptada totalmente a espaldas de la madre, fue consecuencia de la actitud manipuladora a la que era sometido por su padre. Tanto ... como ... desde la separación y desde que su madre asumió su custodia, han estado influidos, aleccionados, presionados, instigados por el Sr. ... en contra de la Sra. ..., trasladándoles su desprecio y aversión hacia ella, en una estrategia mantenida de alienación parental. A la vista del informe provisional y de la psicóloga que ha tratado terapéuticamente a los menores, se deduce que se ha producido una situación de alienación parental invertida. La madre, lo cierto, es que no ha dado motivo para que sus hijos la desprecien y le falten el respeto como lo hacen. Ambos, pero especialmente el hijo mayor, ante los factores estresantes y los problemas emocionales de la madre reaccionaron mostrándose agresivos, desobedientes, adoptando una estrategia tiránica aleccionados y atizados por el desvalor que le trasladaba su padre de dicha figura materna, frágil y deteriorada frente al carácter autoritario, manipulador centrado y cargado de autoestima y falta de humildad de aquél. Esa debilidad, unido a la dependencia, cada vez más sentida hacia el padre, originó que la vinculación de apego con la madre (primero y de forma irreparable en la actualidad, en ..., y después trasladándose ese sentimiento a la hija menor, en menor medida), se fuera deteriorando, haciéndose cada vez más conflictiva la relación. El hijo mayor ha llegado incluso a agredir físicamente a la madre, siendo, no obstante, él mismo víctima de esa situación de alienación y conflicto de lealtad hacia el progenitor que, consciente o inconscientemente, le consta que nunca le perdonaría una situación de pacífico «maridaje o noviazgo» con su madre.

El Sr. ... se ha divorciado y ha querido divorciar a sus hijos de su madre, confundiendo y viciando con ello una sana relación materno-filial que ahora

pretende hacer ver que resulta lesiva y ha de desaparecer. La Sra. ... desde esa perspectiva es una pobre enferma mental, desquiciada, neurótica, negligente, consumidora habitual de alcohol (aun cuando no hay prueba alguna objetiva de esa apreciación subjetiva), y sus hijos por ello, han de apartarse de la misma. Se ha de tener en cuenta, por tanto, que no nos encontramos ante una mera modificación de custodia sino ante el último paso de la estrategia de alienación e interferencia parental iniciada hace años, con el propósito de conseguir la ruptura total de los hijos con su madre (así lo expresa en sus conclusiones el Equipo Psicosocial).

Por el contrario, también consta que la madre nunca ha impedido u obstaculizado la relación del padre con sus hijos, es más, todo lo contrario, incluso la ha favorecido. Mas ahora desde que el mayor se encuentra viviendo con el padre apenas habla con su madre no quiere ni verla y tampoco tiene contacto desde Nochevieja con el resto de la familia materna (tal y como se lo manifestó al Equipo Psicosocial). En cuanto a la pequeña expresó que efectivamente se quería ir a vivir con su padre y que no se establecieran visitas con su madre, a quien vería cuando ella quisiera. Evidentemente, dentro de poco, al igual que su hermano, nunca.

Ese dato es especialmente resaltado en la conclusión valorativa por parte del Equipo Psicosocial: «Hay que indicar que la madre no ha obstaculizado la relación del padre con los menores durante el tiempo que ha tenido la custodia, sin embargo desde que el padre tiene la custodia de su hijo, éste ha roto la relación con su madre y el resto de la familia materna. La buena disposición parental para mantener el contacto de los hijos con el otro progenitor es considerado por la literatura científica con un criterio de primer orden a la hora de determinar la custodia».

Llegados a este punto, y en lo que respecta, por consiguiente a ... (que acaba de cumplir 12 años de edad) se ha de resaltar que se ha visto inmersa en esa campaña de descalificación, desaprobación y desvalor hacia su madre, participando ahora en ese proceso el propio hermano. Ambos justifican en razones débiles su pretensión de ir a vivir con su padre («me llevo mal con mi madre»), sin experimentar sentimientos de culpa o pesar, no hay ambivalencia afectiva, ambos apoyan totalmente las actuaciones del padre y sólo la opinión y manifestaciones de éste influyen en ellos. En el caso de ..., ahora también la opinión y manifestaciones de su hermano en el que se aprecia una situación de Síndrome de Alienación Parental (SAP) severo. En su caso el convencimiento del padre se ha trasladado al hijo quien, por su edad, por un lado, no puede ser objeto de medidas que contraríen su

voluntad (de ahí que la madre haya renunciado a su custodia) y por otro también está influyendo en su hermana pequeña a fin de que también se juramente totalmente contra su madre.

En el caso de ..., por el contrario, se considera que se está a tiempo de evitar que pase a ser una niña huérfana y divorciada de su madre. El Equipo Psicosocial advierte sobre ello: «Si el padre tiene la custodia de los dos hijos, hay muchas probabilidades que la relación de los hijos con la madre se rompa totalmente tal y como ha sucedido con el hijo y por lo que ha manifestado la niña acerca de la relación que pretende tener con la madre».

El propio Equipo Técnico concluye (se entiende que con acierto), que realmente cualquier modalidad de custodia que se establezca no resolverá la problemática familiar, ya que si la custodia se mantiene como está actualmente (es decir una modalidad de custodia provisional compartida impuesta) o se establece como la acordada tras la separación (custodia de la madre) puede aumentar la conflictividad con la madre haciendo que la relación se vuelva insostenible.

Esa dificultad es cierta, se comprende y se asume pero se ha de partir de que la conducta del padre al alienar a los hijos en contra de la madre (convencimiento que debe resultar sorprendente para quienes niegan la existencia del llamado SAP y lo califican como un mero invento de los maltratadores para justificar la alienación por parte de madres supuestamente maltratadas) resulta reprochable y constitutiva de una forma de maltrato infantil, al privar a unos menores de su desarrollo integral y de su derecho a tener un padre y una madre, tal y como ha declarado en reiteradas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.

Al respecto se destaca que el diagnóstico de SAP viene expresamente reconocido en el informe de la psicóloga terapeuta que ha tratado a la madre y a los niños, no siendo literalmente reflejado en el informe del Equipo Psicosocial, mas lo cierto es que a dicho Equipo Técnico pericial no le compete determinar y concluir sobre ese diagnóstico (de hecho no se le interesó pronunciamiento sobre ello), ni le corresponde enjuiciar, sino aportar datos objetivos relacionados con la ciencia propia de la pericia, que le sirvan al juez para emitir su

enjuiciamiento. En tal sentido, como se ha mostrado, en ese informe se constatan elementos y síntomas característicos que indudablemente reflejan la existencia de esa alienación, que, lamentablemente, existe y ocasiona en los hijos la sintomatología apreciada, y ya sea el padre o la madre quien la utilice como estrategia para que los hijos terminen interiorizando ese rechazo injustificado hacia el progenitor alienado.

En definitiva, como mal menor, como mejor medida para ..., se considera conveniente que siga siendo la madre la que asuma su custodia, estableciendo un amplio régimen de contacto con el padre y su hermano mayor. Ese régimen se realizaría junto a un abordaje psicolegal urgente que contemplará una intervención terapéutica con los menores y una intervención familiar con todos los miembros del núcleo familiar, valorando la implicación de cada progenitor en el proceso.

Esa intervención se considera fundamental (siendo incluso recomendada por el Equipo Técnico), resultando no voluntaria sino imperativa para ambos progenitores, pues ante el pronóstico desfavorable de toda la unidad familiar, el daño psicológico y emocional que sufren ambos menores y las graves consecuencias del mantenimiento de esa situación de hostilidad en la relación interparental y de implicación de los hijos en el conflicto, se estima realmente precisa. Esa intervención habrá de ir dirigida a :

- Reducir esa hostilidad e implicación de los hijos en el conflicto.
- Restablecer el contacto, comunicación y relación de la madre con su hijo mayor.
- Normalizar la relación de la madre con su hija menor.

A tal efecto una vez que se ratifique la presente sentencia se convocará a las partes para abordar el inicio de esa intervención familiar y terapéutica. Una vez que transcurran 6 meses se les volverá a citar (incluidos los hijos) para valorar los avances y evolución, advirtiéndoles al padre de que de persistir en su actitud manipuladora y en contra de la figura materna, incluso se le podría privar, durante un tiempo, de las visitas con su hija.

PAREJAS DE HECHO-PENSIÓN DE VIUDEDAD

Se reconoce pensión de viudedad a la integrante de una pareja de hecho aun cuando no se formalizase la pareja mediante la inscripción en el correspondiente registro del ayuntamiento o mediante otorgamiento de documento público, dado que estos requisitos no se ajustan a la previsión normativa del artículo 174.3, inciso final, de la LGSS.

JUZGADO DE LO SOCIAL NÚM. 3 DE PAMPLONA, SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos González González

En la demanda iniciadora del presente juicio la parte demandante solicita el reconocimiento de la prestación de viudedad frente a la resolución denegatoria del Instituto Nacional de la Seguridad Social, manifestando la parte demandante que concurren los requisitos establecidos en el artículo 174.3 de la LGSS, en la redacción dada por la Ley 40/2007, como son la existencia de la pareja de hecho con una convivencia no inferior a 5 años, que se acredita con el correspondiente certificado de empadronamiento, y la propia situación de afectividad asimilada a la conyugal que se deriva del hecho público y notorio de que la demandante y la pareja fallecida convivían como tal pareja de hecho en Lesaca, y fruto de esa unión han tenido dos hijas.

La Entidad Gestora demandada se opone a la acción ejercitada, manifestando que conforme al artículo 174.3 de la LGSS, en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social, que entró en vigor el 1 de enero de 2008, tal y como establece su Disposición Final Sexta, es necesario que la demandante figurase inscrita como pareja de hecho, lo que no ocurre en este caso, tal y como certifica el Ayuntamiento de Lesaca el 17 de julio de 2008, de manera que no constituyó formalmente pareja de hecho con el causante al menos 2 años antes del fallecimiento, tal y como exige la norma para lucrar la prestación de viudedad.

Los hechos declarados probados resultan acreditados con el examen y valoración conjunta de la prueba practicada, debiendo destacarse que la existencia de la pareja de hecho de la demandante y del causante fallecido don Juan se ha acreditado de forma contundente con la declaración testifical de don Ignacio, testigo que presta servicios en la entidad Caja Laboral en Lesaca, y que conoce a la demandante y al Sr. Juan, y declaró con total rotundidad, sin incurrir en dudas ni contradicciones, que efectivamente en la localidad de Lesaca se tenía conocimiento de que el Sr. Juan y la demandante constituían y formaban una pareja de hecho,

y que habían tenido 2 hijas en común, y que desde que abrió la oficina en el año 1983 ya convivían como pareja de hecho, llegando a tener una cuenta de titularidad conjunta, y residiendo en el mismo domicilio.

Esto último también se acredita con el certificado de empadronamiento del Ayuntamiento de Lesaca, y en el que se indica que figuran la demandante, don Juan y las dos hijas en el Padrón Municipal de Habitantes desde el 1 de mayo de 1996, y con domicilio en la calle Z, núm. ..., 2.º D.

Por último, también consta un certificado del Ayuntamiento de Lesaca de que la demandante y su pareja no llegaron a inscribirse en el Registro de Parejas de Hecho que existe en dicho Ayuntamiento.

Para el caso de que se estime la demanda existe conformidad entre las partes litigantes en los aspectos fácticos referidos a la base reguladora de la prestación de viudedad, porcentaje y fecha de efectos económicos.

En la demanda iniciadora del presente juicio se solicita la prestación de viudedad, y a fin de resolver el debate procesal planteado entre las partes litigantes, conviene tener en consideración la distinta regulación que establecía la LGSS según existiera o no vínculo matrimonial, para así poder comprender el alcance de la reforma de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social, que ha venido a reconocer, en determinadas condiciones, el derecho a la pensión de viudedad al superviviente de las parejas de hecho.

El artículo 174 de la LGSS, con anterioridad a la reforma indicada, únicamente reconocía el derecho a la pensión de viudedad a quienes estaban en esa situación derivada de vínculo matrimonial, opción legislativa que excluía de la pensión de viudedad a quienes integraban parejas de hecho, y que fue declarada constitucional por reiterada doctrina del Tribunal Constitucional.

Al respecto debe indicarse que existía una doctrina reiterada, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, que establecía la imposibilidad de reconocer una pensión de viudedad en las situaciones de convivencia de hecho sin existencia del vínculo matrimonial, y ello por no ser equiparables, para el reconocimiento de la pensión de viudedad, dichas situaciones, ni siquiera en uso del criterio interpretativo sociológico que facilita el artículo 3.1 del Código Civil.

En este sentido el Tribunal Constitucional, con el precedente de la Sentencia del mismo órgano 27/1986, de 19 de febrero, en la Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, establece una doctrina, reiterada posteriormente, conforme a la cual no se considera discriminatoria la situación legislativa que permite denegar la pensión de viudedad al supérstite de una pareja de hecho, afirmando que el derecho a la pensión de viudedad no está estrictamente condicionado en el régimen contributivo a la existencia de una real situación de necesidad o dependencia del cónyuge superviviente, ni a que éste estuviera incapacitado para el trabajo y a cargo del fallecido, ya que en su configuración actual la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de dependencia económica, asegurando un mínimo de rentas, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos en los que participaba el cónyuge supérstite y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no estado de necesidad.

Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional afirma la constitucionalidad de la exclusión de las uniones estables de hecho de la protección de la pensión de viudedad, aun cuanto el supérstite se encuentre en estado de necesidad al fallecimiento del otro miembro de la unión, y las amplias atribuciones del legislador para configurar realmente el derecho a la pensión y establecer las condiciones que han de acreditarse para causar derecho a la misma, y entre ellas la del vínculo matrimonial legítimo, sin que suponga una vulneración de los preceptos constitucionales, puesto que la unión de hecho no es una realidad equivalente al matrimonio, y de realidades distintas puede el legislador extraer consecuencias distintas, reconociendo una superior protección a las uniones bajo vínculo matrimonial, dentro de su amplia libertad de decisión.

Con posterioridad, la doctrina constitucional ha mantenido la misma línea interpretativa sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, esto es, la constitucionalidad de la exi-

gencia de vínculo matrimonial para acceder a la pensión de viudedad, y así cabe citar, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 29/1991, 30/1991, 21/1991, 35/1991, 77/1991, y el Auto del Tribunal Constitucional 232/1996, o el reciente Auto del Tribunal Constitucional 174/2004, de 11 de mayo, así como la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1994, de 28 de febrero, en la que, en definitiva, se reitera que, aun admitiendo la subsunción de la libertad negativa a contraer matrimonio –artículo 32.1 de la Constitución Española– en el artículo 16.1 de la misma norma, es claro que el derecho a no contraer matrimonio como un eventual ejercicio de la libertad ideológica no incluye el derecho a un sistema estatal de previsión social que cubra el riesgo del fallecimiento de una de las partes de la unión de hecho, pues, en definitiva, aunque la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna, sino que alcanza también la expresión de las propias libertades a tener una actuación coherente con ello y a no sufrir sanción ni injerencia en los poderes públicos por su ejercicio, ello no puede llevar a condicionar los requisitos fijados para la concesión de una prestación, a la supresión, eliminación o exigencia de los mismos.

Conforme a la anterior regulación legal y la interpretación jurisprudencial que se deja citada, se condicionaba el acceso a la pensión de viudedad a que el beneficiario acredite la existencia de matrimonio legítimo con el sujeto causante, sin que las uniones no matrimoniales, hasta el momento, pudieran acceder a la protección, al no existir impedimento legal para convertir su unión en matrimonial, decía el Tribunal Constitucional, y dado que tampoco constituyen una institución jurídicamente garantizada, ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento, tal y como declara el Auto del Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 2004.

Dicho Auto también excluye el que pueda existir vulneración del principio prohibitivo de toda discriminación por razón de sexo o de cualquiera otra condición, y el mismo criterio se ha mantenido por el Tribunal Supremo en el Auto de 11 de noviembre de 2003, remitiéndose a la doctrina establecida por la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo, contenida en la Sentencia de 19 de noviembre de 1998 y las que en ella se citaban, que niegan el reconocimiento a la pensión de viudedad en casos de convivencia de hecho.

La misma doctrina se mantiene en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo del 3 de mayo de 2007, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina núm. 140/2006, citada oportunamente por la entidad gestora, en la que se ratifica que la exigencia del artículo 174 de la Ley General

de la Seguridad Social de previo matrimonio para causar la pensión de viudedad no atenta a la Constitución Española, y dicho artículo no autoriza a otorgar la pensión de viudedad a quien no está ligado matrimonialmente con el causante, y añade también que la cláusula 10.^a2 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, no alcanza a quienes convivieran con posterioridad a la nueva ley.

Y el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 69/2007, de 16 de abril, vuelve a reiterar que no implica discriminación limitar la prestación de viudedad a los supuestos de vínculo matrimonial legalmente reconocido, excluyendo otras uniones o formas de convivencia.

No obstante lo indicado, lo cierto es que el propio Tribunal Constitucional reconoció que el legislador podía extender a las uniones estables de hecho, al menos en determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad, extensión que en modo alguno está vedada por el artículo 14 de la Constitución Española, ni encontraría obstáculos en los artículos 32 y 39 de la Constitución (STC 184/1999).

Pues bien, el legislador, adaptando la normativa vigente a la realidad social de nuestro tiempo, ha venido a reconocer, concurriendo determinados requisitos, a las uniones de hecho el derecho a lucrar la pensión de viudedad, y para ello la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social, ha venido a establecer otra regulación en el artículo 174 del Texto Refundido de la LGSS, reforma que entró en vigor el 1 de enero de 2008, tal y como establece la Disposición Final Sexta.

La reforma en materia de Seguridad Social es fruto del Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social alcanzado por el Gobierno y los agentes sociales el 13 de julio de 2006, que con referencia a la pensión de viudedad indicaba que teniendo en cuenta la realidad social existente en nuestro país en la actualidad, con la finalidad de mejorar la situación de las familias que dependen de las rentas del fallecido y adecuar la acción protectora del sistema a las nuevas realidades sociales, se acuerda adoptar distintas medidas en el ámbito de la pensión de viudedad y, entre ellas, el reconocer la pensión de viudedad a las parejas de hecho.

En los supuestos de pareja de hecho, se indicaba en el Acuerdo, para acceder a la pensión de viudedad se precisará la constatación de convivencia mutua, y estable y notoria, durante un período amplio, a determinar en el desarrollo del Acuerdo.

En caso de existencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad, se precisará, además, dependencia económica del conviviente sobrevi-

viene, en más del 50% de sus ingresos, de los del causante.

Y en los supuestos de inexistencia de hijos comunes, se exigirá dependencia económica en más del 75% de los ingresos.

Debe también señalarse que aunque la Ley 40/2007 no aborda la reforma integral de la pensión de viudedad sino que, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo y el Acuerdo antes citado, encomienda al Gobierno elaborar un estudio que afronte dicho cometido (Disposición Adicional Vigésimoquinta), inicia dicha senda, entre otros extremos, mediante el reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho, tal y como se indica en el preámbulo, si bien, como también se precisa en el propio preámbulo de la Ley de Reforma, ante la ausencia de una regulación jurídica de carácter general respecto a dicha figura, es la propia ley la que, exclusivamente a los efectos de la acción protectora de la Seguridad Social, establece los perfiles identificativos de dicha institución, y por ello las parejas de hecho a las que se extiende la protección son sólo aquellas que cumplen los requisitos que establece la norma legal, que es la que nos viene a proporcionar sea directamente, o por vía remisión, el concepto de pareja de hecho y la propia situación protegida con la pensión.

El artículo 174.3 de la LGSS, tras la reforma de la Ley 40/2007, establece que cumplidos los requisitos de alta de cotización establecidos en el apartado 1 del artículo, tendrá así mismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzara el 50% de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período.

Dicho porcentaje será del 25% en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

Se añade que, no obstante, también se reconocerá el derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción.

El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente por cada hijo común, con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

A estos efectos se considerarán como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos que

son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones.

A continuación es cuando el legislador viene a definir cuál es la situación protegida y el propio concepto de pareja de hecho ya que indica que «a efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.

La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en que conste la constitución de dicha pareja.

Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante».

Se añade en el párrafo final del artículo 174.3 que «en las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica».

En el caso que se enjuicia no se han cuestionado los requisitos referidos al alta o situación asimilada del causante y período de cotización, ni tampoco los requisitos para lucrar la prestación de viudedad referidos a la situación económica de la demandante, planteándose exclusivamente entre los litigantes la cuestión jurídica referida a la acreditación de la existencia de la pareja de hecho, considerando la parte actora que debe aplicarse en su integridad la legislación foral sobre parejas de hecho, mientras que en la resolución administrativa la entidad gestora considera que es necesaria la formalización de la pareja de hecho mediante la inscripción en cualquiera de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos, lo que no ocurriría en el caso de la demandante.

En realidad el artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social viene a establecer a efectos de la pensión de viudedad un régimen general, y uno específico, sólo aplicable a aquellas comunidades autónomas que tengan Derecho Civil propio, ya que respecto de ellas, cumpliéndose el requisito de la convivencia, «la consolidación de pareja de

hecho y su acreditación» se llevará a cabo conforme a su legislación específica.

Requisitos comunes a ambos supuestos son los que se refieren a las exigencias de la convivencia con el causante, que tiene que ser una convivencia estable y notoria, de cinco años ininterrumpidos y acreditada además mediante certificado de empadronamiento.

Debe repararse en el hecho de que conforme a la normativa citada se viene a distinguir los requisitos referidos a la convivencia y los referidos a la existencia de acreditación de la pareja de hecho, exigiendo el legislador que los requisitos de la convivencia, estable y notoria y de cinco años ininterrumpidos, deben acreditarse en todo caso mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, exigencia que pretende evitar el fraude en el reconocimiento de estas pensiones.

Conforme al tenor literal de la norma citada, la única forma de acreditar la convivencia en las condiciones exigidas para lucrar la prestación es mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, que implica que el empadronamiento de los convivientes en una misma vivienda o domicilio deberá ser anterior en cinco o más años al fallecimiento.

Pero además se exige, como requisito distinto, el que se acredite la propia existencia de pareja de hecho, que implica que se trata de una análoga relación de afectividad a la conyugal, y que no existan impedimentos para contraer matrimonio, y que así se acredite, estableciendo como régimen general el legislador que la existencia de la pareja de hecho se debe acreditar mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o bien mediante documento público en el que conste la constitución de la pareja, y todo ello con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante.

Pero esta existencia y acreditación de la pareja de hecho mediante la certificación de la inscripción en un registro o mediante documento propio es exigencia propia de aquellas comunidades autónomas que no cuenten con un Derecho Civil propio, ya que para éstas, a efectos de la consideración de pareja de hecho y su acreditación, se remite el legislador de forma expresa a lo que establezca su legislación específica.

De la regulación expuesta se observa claramente que el legislador estatal ha optado por reconocer la prestación de viudedad no a toda pareja de hecho, sino exclusivamente a las parejas registradas, y en el caso concreto de las comunidades autónomas que no tienen Derecho Civil propio,

exige además que la acreditación de la existencia de la pareja de hecho se realice mediante una prueba *ad solemnitatem*, como es la inscripción en el registro correspondiente de parejas de hecho o bien el otorgamiento de un documento público formalizando la pareja de hecho.

Pero, en cambio, respecto de las comunidades con Derecho Civil propio el legislador se remite en bloque, una vez cumplido el requisito de convivencia quinquenal, acreditada mediante el certificado de empadronamiento, a lo que su específica legislación civil establezca en orden a la acreditación de las parejas de hecho, de manera que en estos supuestos, en virtud de dicho reenvío normativo, deberá estarse a la regulación que sobre el particular se realice en cada comunidad autónoma con Derecho Civil propio.

Debe tenerse en cuenta que en realidad, salvo error u omisión, actualmente todas las comunidades autónomas, salvo La Rioja y Murcia, y las ciudades autonómicas Ceuta y Melilla, cuentan con normas propias reguladoras de las parejas de hecho, pero del tenor literal del artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social se desprende que en orden a la acreditación de la pareja de hecho sólo se aplicará la normativa propia de aquellas comunidades que tienen Derecho Civil propio, es decir, Aragón, Cataluña, Galicia, Islas Baleares, Navarra y, en su caso, la Comunidad Valenciana.

En el caso que se enjuicia ya se ha indicado que la parte demandante ha acreditado la convivencia estable y notoria con el certificado de empadronamiento del Ayuntamiento de Lesaca, y lo que la entidad gestora únicamente cuestiona en la resolución denegatoria de la prestación es que no ha formalizado la pareja de hecho mediante suscripción en el registro correspondiente del ayuntamiento o mediante el otorgamiento de un documento público.

Esta exigencia de la entidad gestora, sin embargo, no se ajusta a la previsión normativa del artículo 174.3, inciso final, de la Ley General de la Seguridad Social, que se remite respecto de las comunidades autónomas con Derecho Civil propio a lo que establezca su legislación específica para la consideración de pareja de hecho y su acreditación, inciso final que, por cierto, no aparecía en el proyecto de ley y medidas en materia de Seguridad Social, sino que fue fruto de dos enmiendas del grupo parlamentario catalán y de Ezquerra Republicana de Catalunya, que venían a justificar la enmienda para adaptar el texto del proyecto de ley a la competencia exclusiva en Derecho Civil que tienen algunas comunidades autónomas.

Pues bien, en el caso de Navarra, la legislación específica sobre pareja de hecho o estable se contiene en la Ley Foral de Igualdad Jurídica de Parejas Estables de Navarra de 3 de julio de 2000, y a esa normativa obligatoriamente debe estarse a los efectos de la existencia de acreditación de la pareja de hecho.

La Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, establece en el artículo 2.1 que se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

En el apartado 2.º del mismo artículo se añade que se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público.

El artículo 3 de la Ley Foral, bajo la rúbrica acreditación, dispone que la existencia de pareja estable y el transcurso del año de convivencia podrán acreditarse a través de cualquier medio de prueba admitido en derecho.

En el caso que se enjuicia la demandante ha acreditado la existencia de la pareja de hecho con el causante al menos desde el año 1983, con la prueba testifical practicada en el acto del juicio, y además la convivencia estable y notoria quinquenal con el correspondiente certificado de empadronamiento del Ayuntamiento de Lesaca, y dado que en aplicación de la legislación foral navarra con estos elementos probatorios cabe tener por acreditada la existencia de la pareja estable, es evidente que la circunstancia de que no hubiera inscrito su unión con el causante en el registro de parejas de hecho del Ayuntamiento de Lesaca no puede constituir un requisito impeditivo para lucrar la prestación, por la propia remisión que el legislador de la reforma de la Ley 40/2007 realiza a la legislación específica de aquellos territorios o comunidades autónomas con Derecho Civil propio, como ocurre en el caso de la Comunidad Foral de Navarra, circunstancias todas que, en definitiva, no habiendo sido objeto de discusión los otros requisitos para lucrar la prestación, determinan necesariamente la estimación de la demanda y el reconocimiento a la demandante de la pensión de viudedad que reclama, dejando sin efecto las resoluciones administrativas impugnadas.

Revista de **Derecho de** **familia**

RESOLUCIONES DE LA DGRN

VIVIENDA FAMILIAR

Habiéndose adjudicado a la esposa la vivienda familiar en la liquidación de la sociedad de gananciales, aunque sobre ella pese la carga de atribución de uso acordada en el procedimiento de divorcio, no existe ningún obstáculo para que aquélla pueda enajenar la vivienda sin que resulte necesario recabar el consentimiento del ex cónyuge que ni es titular del dominio ni es titular del derecho de uso.

RESOLUCIÓN DE 14 DE MAYO DE 2009

Se debate en este recurso la inscribibilidad de una escritura de compraventa de una vivienda otorgada por la titular del pleno dominio, adquirido por título de adjudicación en la liquidación de sociedad de gananciales, constando inscrito en el Registro de la Propiedad el uso de la vivienda atribuido en el convenio regulador de la separación conyugal judicialmente homologado a la propia titular del dominio y a sus hijos menores, en los términos del artículo 96 del Código Civil. La Registradora suspende la inscripción por entender que dicha enajenación requiere el previo consentimiento del cónyuge no titular, el cual no se ha acreditado documentalmen- te.

Como ha dicho este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en el «vistos»), el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar. Tal carácter impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo, pues una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia) y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento. En consecuencia, no existe en puridad titularidad jurídica a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho.

Como se ha dicho, la posición jurídica de los hijos en relación con el uso de la vivienda familiar atribuido a uno de los cónyuges en casos de crisis matrimoniales no se desenvuelve en el ámbito de los derechos patrimoniales, sino en el de los familiares, siendo correlato de las obligaciones o deberes-función que para los progenitores titulares de la patria potestad resultan de la misma (cfr. artículo 154 del CC), que no decaen en las situaciones de ruptura matrimonial.

En este sentido, dada esta disociación entre titular y beneficiarios del derecho de uso, aunque no se pueda hablar con propiedad de confusión de derechos reales para referirse la situación que se produce cuando el cónyuge a quien se atribuye la guarda y custodia de los hijos es al tiempo propietario de la vivienda familiar y adjudicatario del derecho de uso, sí que debe entenderse que el haz de facultades que este último genera a favor de su titular, integrado básicamente por una facultad de ocupación provisional y temporal (STS de 4 de abril de 1997), y por el poder de limitar el ejercicio de las facultades dispositivas por parte del cónyuge (ex cónyuge) titular del dominio (RDGRN de 25 de octubre de 1999), quedan comprendidos o subsumidos en la propia titularidad dominical sobre la finca. De ahí que se haya podido afirmar que el derecho de uso queda extinguido si, como consecuencia de la liquidación de gananciales, la finca sobre la que recae es adjudicada en pleno dominio al cónyuge titular de ese derecho (Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 3 de mayo de 2004), y que carece de interés el reflejo registral del derecho de uso judicialmente atribuido a la esposa sobre la vivienda familiar cuando ésta es la titularidad dominical (RRDGRN de 6 de julio de 2007, 19 de septiembre de 2007 y 10 de octubre de 2008).

La protección en que consiste la limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario está delimitada por la definición de la tipología concreta que del supuesto de hecho hace la norma. Y la norma en este punto es clara. El último párrafo del artículo 96 del Código Civil prescribe que para disponer de la vivienda familiar cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial. No hay norma paralela para los casos, como el ahora examinado, en que el uso corresponde al cónyuge titular. Por tanto, a la vista de nuestro Derecho positivo en la materia se puede afirmar que el contenido del derecho de uso consiste, además de en el derecho ocupacional, en la exigencia que se impone al cónyuge titular del dominio de contar con el consentimiento del titular del uso para la enajenación de la vivienda. Consecuentemente, cuando el uso corresponde al mismo cónyuge que es titular exclusivo de dicha vivienda, es evidente que en ningún caso se producirá la enajenación sin su consentimiento, pues

en tales hipótesis el consentimiento para enajenar siempre procederá del titular del derecho de uso, sin que, por consiguiente, resulte necesario recabar el consentimiento del ex cónyuge que ni es titular del dominio ni es titular del derecho de uso (*vid.* STS de 22 de septiembre de 1988). En definitiva, la facultad de limitar la libre disposición de la vivienda forma parte del contenido del derecho de uso que sólo a su titular corresponde.

Por ello mismo, la Resolución de este Centro Directivo de 10 de octubre de 2008 (reiterando la doctrina de las anteriores de 6 de julio de 2007 y 19 de septiembre de 2007) confirmó la calificación del Registrador que había denegado la inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge titular de la propiedad, sobre la base del fundamento de que en tal caso el uso y disfrute de la vivienda le vienen atribuidos al cónyuge por el dominio pleno que sobre ella ostenta y, en consecuencia, carece de interés el reflejo registral del derecho de uso atribuido judicialmente.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

No es posible la inscripción de una escritura de compraventa en la que el vendedor procede a dar por liquidada unilateralmente la sociedad de gananciales por fallecimiento de su esposa y se adjudica en pago de su parte proporcional en los gananciales la mitad indivisa de la finca descrita en la escritura, adjudicando la otra mitad indivisa a la herencia de la finada esposa, procediendo a continuación a formalizar la venta a tercera persona de la mitad indivisa previamente a él adjudicada.

DGRN RESOLUCIÓN DE 2 DE JUNIO DE 2009

En el presente recurso se debate sobre si es posible la inscripción de una escritura de compraventa en la que el vendedor procede a dar por liquidada unilateralmente la sociedad de gananciales por fallecimiento de su esposa y se adjudica en pago de su parte proporcional en los gananciales la mitad indivisa de la finca descrita en la escritura, adjudicando la otra mitad indivisa a la herencia de la finada esposa, procediendo a continuación a formalizar la venta a tercera persona de la mitad indivisa previamente a él adjudicada. En el Registro consta inscrita dicha mitad indivisa con carácter ganancial. Se acompaña a la escritura Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Valladolid de 11 de octubre de 2005, recaído en procedimiento de división de herencia, por el que se aprueban las

operaciones divisorias de la herencia de la citada esposa del vendedor, en la que se inventaría como único bien la mitad indivisa de la vivienda objeto de la mencionada escritura y en el que se adjudica al viudo el usufructo del tercio de mejora.

El Registrador suspende la inscripción de la mitad indivisa de la finca por no figurar previamente inscrita a nombre del vendedor al no haber tenido acceso al Registro de la Propiedad la previa liquidación de la sociedad de gananciales entre dicho vendedor y los herederos de su esposa, sin que pueda admitirse la liquidación unilateral practicada sólo por uno de los titulares.

El recurrente no opone ningún argumento de contrario, limitándose a recurrir *ad cautelam* contra

la calificación para el caso de que fuera suspendida la inscripción del título de la liquidación de la sociedad de gananciales, que resulta ser la escritura de protocolización de resolución judicial de liquidación de gananciales y adjudicación de herencia otorgada en fecha de 27 de julio de 2006.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que disuelta pero aún no liquidada la sociedad de gananciales, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que pueden disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o de uno de ellos y los herederos del premuerto, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudique.

No puede accederse a la inscripción de un negocio realizado durante la pendencia de la liquidación de la masa ganancial disuelta, que tiene por objeto uno de los bienes que la integran, y que es otorgado unilateralmente por uno solo de los esposos, ya que la naturaleza de la sociedad ganancial disuelta pero no liquidada se concreta en la aparición en el período intermedio de una comunidad posmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen es el de cualquier cotitularidad ordinaria, en la que todo comunero ostenta una cuota sobre el *totum* ganancial que subsistirá hasta la liquidación, en la que se materializará sobre cada bien (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1997), por lo que la disposición de cualquier bien integrado en dicha masa patrimonial exige la unanimidad de los partícipes que agotan la plena titularidad del bien (ambos cónyuges o sus causahabientes) (cfr. artículos 392 y 397, 999 y 1410 del Código Civil, párrafos quinto, número 2, y último del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y artículo 209.1 del Reglamento Hipotecario, y las

Resoluciones de 30 de abril de 1908, 9 de enero de 1915, 10 de julio de 1975, 21 de enero de 1993, 10 de diciembre de 1998 y 25 de febrero y 11 de diciembre de 1999 y 28 de noviembre de 2000). Sin esta unanimidad, además, no cabe entender cumplida la exigencia que, derivada del principio del tracto sucesivo registral, resulta del párrafo primero del artículo 20 de la Ley Hipotecaria conforme al cual para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos.

No se duda de que hoy la legislación registral permite la constancia registral del derecho de cada cónyuge sobre el patrimonio ganancial en liquidación así como la de los actos dispositivos que tengan por objeto claramente la cuota global, en tanto que representativa de un valor económico incluido en el patrimonio privativo de cada esposo. Pero esto, no supone en modo alguno que quepa también el reflejo tabular de las disposiciones unilaterales sólo sobre bienes gananciales concretos.

La existencia en este caso de una escritura de protocolización de resolución judicial de liquidación de gananciales y adjudicación de herencia otorgada en fecha de 27 de julio de 2006, posterior a la de compraventa examinada en el presente recurso, no altera las conclusiones anteriores toda vez que, sin prejuzgar ahora sobre su validez y eficacia, se trata de un título que se ha presentado extemporáneamente junto con el escrito del recurso y que, por tanto, no puede ser objeto de consideración, toda vez que el artículo 326 de la Ley Hipotecaria limita el recurso exclusivamente a las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, debiendo rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del Registrador en los términos que resultan de los anteriores fundamentos.

Revista de **Derecho de** **familia**

SECCIÓN PRÁCTICA

¿Son válidos los acuerdos prematrimoniales fijando una pensión compensatoria o renunciando a ella?

Hace unos años fue titular de todos los medios de comunicación la noticia de que Michael Douglas y Catherine Zeta-Jones mantuvieron unas duras negociaciones meses antes de su boda hasta lograr firmar un contrato prenupcial que dejara claras las consecuencias de cualquier futura ruptura. Según informó la prensa, acordaron que, en caso de serle infiel el Sr. Douglas abonaría 5,7 millones de euros, y 3,6 millones por cada año de convivencia en caso de divorcio. ¿Esto sería posible en nuestro país?

Los acuerdos prematrimoniales carecen de autonomía conceptual en el Derecho español en el que, como en otros estados europeos, la autonomía de la voluntad de los futuros esposos ha encontrado su expresión a través de contratos conocidos como capitulaciones o capítulos matrimoniales que sólo parcialmente coinciden con la idea subyacente en los mencionados acuerdos.

Antes de contraer matrimonio los cónyuges pueden pactar sobre aspectos de la futura convivencia, lo cual es totalmente lícito, pero también debemos cuestionarnos si es posible pactar sobre las consecuencias de una futura crisis matrimonial, máxime teniendo en cuenta que la eliminación de las causas de separación y divorcio ha dejado la disolución del matrimonio en manos de los cónyuges.

La proliferación en América de los pactos destinados a anticipar normativamente

las consecuencias de la ruptura matrimonial ha dado lugar a una polémica doctrinal entre sus partidarios y sus detractores. Como señala M.^a Paz GARCÍA RUBIO, de un lado, se afirma su conveniencia, ya que a través de ellos las partes afrontan de manera realista su relación y pueden regularla de conformidad con sus mutuas aspiraciones, intereses y valores, los cuales pueden no coincidir con los establecidos con carácter general por el legislador en las normas sobre los efectos del divorcio o de la muerte de uno de los cónyuges. Se señala su especial interés en el caso de las familias reconstituidas en las que la existencia de hijos que no son comunes y de patrimonios de cierta entidad anteriores al matrimonio constituyen notables factores de singularización escasamente tenidos en cuenta, al menos hasta ahora, por el legislador. También se añade que, a través de este tipo de acuerdos previos, se reducen los costes financieros y emocionales de la ruptura conyugal, que se encuentra ya perfectamente regulada.

Otra parte de la doctrina considera que los pactos prematrimoniales minimizan los efectos nocivos de las crisis matrimoniales. En otras ocasiones son motivos extraconyugales los que aconsejan establecer estas previsiones. La conservación de una empresa o de una actividad profesional compartida exige a menudo ponerla fuera del alcance de los avatares matrimoniales y es por eso que en los protocolos familiares se sugiere o impone a quienes los suscriben hacer capí-

tulos acordes con aquella finalidad. Hay que pensar que muchas personas que contraen matrimonio ya han pasado por una anterior crisis matrimonial y por la mala experiencia previa quieren impedir que una nueva separación o divorcio suponga una repetición de aquella situación. Los pactos prematrimoniales permiten iniciar el matrimonio de una manera consciente y realista al anticipar las contingencias de la relación y reflexionar sobre sus consecuencias.

El abogado Ramón TAMBORERO se alinea con los que sostienen que, de acuerdo con la teoría de los actos propios y de la prevalencia de la autonomía de la voluntad, ello es perfectamente posible al no tratarse de aspectos de orden público sobre los que los cónyuges pueden disponer con absoluta libertad. El notario Ignacio PAZ-ARES indica que los acuerdos prematrimoniales facilitan el diseño de un marco matrimonial más singularizado y próximo a las aspiraciones de los futuros contrayentes permitiendo que se contraigan matrimonios que sin ellas acaso no se celebrarían, especialmente en el caso de matrimonios que se forman a partir de personas que ya experimentaron un fracaso matrimonial anterior y no están dispuestas a incurrir en nuevos errores de cálculo y quieren dejar de antemano previstos los resultados para evitar litigios y situaciones dolorosas que el enfrentamiento conlleva.

Señala el magistrado Juan Pablo GONZÁLEZ DEL POZO que estos pactos prematrimoniales poseen como características propias la de ser condicionales y preventivos. Condicionales, por quedar su eficacia supeditada a la efectiva celebración del matrimonio proyectado que quedan sin efecto en caso de no contraerse en el plazo de un año (artículo 1334 CC). Preventivos, porque son pactos prospectivos, proyectados para su aplicación futura en el supuesto de que se produzca la ruptura matrimonial, en los que se reglamenta la forma en que se ordenarán y resolverán las consecuencias y efectos derivados

de esa eventual crisis matrimonial futura, es decir, los pactos prenupciales son acuerdos o contratos previsores que, anticipándose a los problemas que puede suscitar una eventual crisis matrimonial en el futuro, dan una solución consensuada a los conflictos e intereses que pueden surgir entonces entre los cónyuges. Concluye el citado autor indicando que no cabe duda de que estos pactos suscritos en previsión de un posible ruptura del matrimonio han de reputarse en principio válidos y eficaces entre los cónyuges, quienes, haciendo uso de la autonomía de su voluntad (artículo 1255 del CC) y de la plena libertad de contratación entre cónyuges (artículo 1323 CC), de su libertad para adoptar cualesquiera disposiciones por razón de matrimonio (artículo 1325 del CC), pueden celebrar entre sí toda clase de negocios jurídicos, teniendo las obligaciones nacidas de éstos plena fuerza vinculante entre los cónyuges, de conformidad con el principio *pacta sunt servanda* establecido en el artículo 1091 del CC, siempre que concurren los requisitos esenciales necesarios para la existencia de todo negocio jurídico (consentimiento, objeto y causa, *ex* artículo 1261 del CC), se llenen los requisitos de forma *ad substantiam* exigidos por la ley (artículos 1279, 1280 y 1327 del CC) y respeten los límites legales establecidos con carácter general a la autonomía privada (artículo 1255 CC) y los específicos impuestos por normas especiales en las materias que sean objeto de pacto o estipulación (artículos 90.2, 1328 y 1814 del CC).

Como se trata de un debate abierto también encontramos opiniones en contra. Desde un punto estrictamente formal, no han faltado autores como LACRUZ BERDEJO que han entendido que las capitulaciones debían mirar al matrimonio y que por ello no podían introducir regulación alguna más allá de éste. Entre los inconvenientes de los acuerdos prematrimoniales se resalta la situación de desigualdad económica, e incluso psicológica, en la que suelen encontrarse las partes en el momento de su negociación,

ya que habitualmente una de ellas, en la mayor parte de los casos la mujer, tiene una posición negociadora mucho más débil que la otra. Desde este mismo sector se afirma que este tipo de acuerdos, lejos de reducir los costes de la separación, los incrementan de modo notable, al constatare numerosas discrepancias sobre su interpretación, una vez llegado el momento de su efectividad. Igualmente se resalta el posible abuso del cónyuge que ostente una posición económica más potente u holgada. También se ha dicho que estas medidas favorecen los abandonos promovidos por el cónyuge más fuerte en la esfera patrimonial, o que se impide, al más desfavorecido económicamente ejercitar su derecho a no continuar la relación familiar, dada la situación de desvalimiento económico que le subvendría. CABEZUELO ARENAS resalta que este tipo de acuerdos no constituyen una perspectiva muy halagüeña para el matrimonio que se contrae pensando en su ruptura, en la precisión «milimétrica» de sus consecuencias. En definitiva, se dice que tales pactos contribuyen a patrimonializar en exceso la relación familiar, erosionando la esencia de la relación que descansa en valores afectivos y orden personal.

Nosotros nos mostramos totalmente favorables a la validez y eficacia de dichos pactos, si bien, también debe admitirse la posibilidad de establecer ciertos condicionantes, así, por ejemplo, si se fija una pensión compensatoria por adelantado debería caber la posibilidad de condicionar dicho pacto a la concurrencia de ciertos requisitos —«si el matrimonio se prolonga más de tres años y el cónyuge beneficiario en el momento del cese de convivencia no percibe ingresos superiores al salario mínimo»—. En el caso contrario, la renuncia anticipada a la pensión compensatoria puede estar justificada ante una prematura crisis de la pareja, pero carece de sentido si el matrimonio se prolonga durante muchos años. Además, hay que tener presente que cuando se regula la pensión compensatoria señala el artículo 97 del CC que «A falta de acuerdo

de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe» y en el mismo sentido se pronuncia el artículo 1438 del CC: «El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación». Si, como vemos, el legislador deja a la voluntad de las partes fijar la procedencia y cuantía de estas indemnizaciones y se respetan por los tribunales las pensiones e indemnizaciones que se pactan en los convenios reguladores no homologados judicialmente, también deberían admitirse los pactos prematrimoniales con todos los condicionantes y previsiones que entendieran procedentes los cónyuges, pudiendo incluirse entre estas previsiones que los pactos prematrimoniales no sean radicalmente incompatibles con la nueva situación surgida de la nulidad, la separación o el divorcio, previsión que tiende a evitar situaciones de abuso de derecho. En palabras de M.^a Paz GARCÍA RUBIO «en el momento de su cumplimiento puede resultar inexigible por haberse producido un cambio en las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de su celebración de modo que su efectivo cumplimiento supondría, en los términos utilizados en el § 7.05 de los Principios ALI, que por su expresividad utilizo, una “sustancial injusticia”. A efectos de reconocer cuándo se produce tal situación de inexigibilidad es importante tomar en consideración el tiempo transcurrido entre la celebración y la reclamación de cumplimiento del pacto, así como la presencia o no de hijos o de otras personas dependientes de uno o ambos cónyuges, la aparición de enfermedades inesperadas y otras eventualidades similares».

¿Qué han dicho nuestros tribunales en relación con los pactos prematrimoniales? Realmente son muy pocas las ocasiones en las que los juzgados se han pronunciado sobre estos pactos y la razón de ello es que no existe en un nuestro país una tradición de pactar antes de contraer el matrimonio.

En relación con la fijación anticipada de una pensión compensatoria la SAP de Santa Cruz de Tenerife de fecha 7 de julio de 2008 fue respetuosa con el pacto alcanzado por los cónyuges antes de contraer matrimonio que tenía el siguiente tenor literal: «En caso de divorcio, sea cual fuere la parte contratante que lo solicite, doña Gema recibirá una suma de un millón de pesetas (6.010,12 euros) en compensación para cada año matrimonial transcurrido».

Sin embargo, cuando el pacto contenía una renuncia a la pensión compensatoria, no existe en nuestros tribunales un criterio unitario pudiendo destacarse tres tesis:

– Tesis que mantiene la ineficacia de la renuncia previa.

El argumento jurídico de los partidarios de esta tesis es que la renuncia a los derechos o beneficios otorgados o concedidos por las leyes, sólo cabe respecto de los que tienen por objeto algún concreto elemento de los que se hallen en el patrimonio jurídico del renunciante. En este sentido se cita la STS de 18 de noviembre de 1957, referida a un tema arrendaticio, conforme a la cual «la renuncia a los derechos o beneficios otorgados o concedidos por las leyes sólo cabe respecto de los que se hallen en el patrimonio jurídico del renunciante por haberlos adquirido ya éste en el momento de la renuncia, la cual como acto de enajenación de hacer ajeno lo propio o de desapoderarse de lo que en su poder tiene, constituye un acto voluntario de disposición que no puede producirse sino sobre aquello de que se puede disponer. (...) las leyes, y más todavía las no dictadas, son irrenunciables según reconocen los artículos 11 de la repetida ley arrendaticia y 40 del Código Civil, que no permiten la renuncia más que de los beneficios o derechos por ellas otorgados o concedidos, es decir, que sólo autorizan la renuncia de los que tienen por objeto algún concreto elemento de los que se hallen en el patrimonio jurídico del

renunciante por haberlos adquirido ya éste en el momento de la renuncia, la cual, como acto de enajenación, de hacer ajeno lo propio o de desapoderarse de lo que en su poder tiene, constituye un acto voluntario de disposición que no puede producirse sino sobre aquello de que se puede disponer, categoría en la que no encaja el beneficio o derecho que otorgue una ley posterior a la fecha de realización del acto, creadora de la facultad que se renuncia, y que, en consecuencia, en dicho momento no existía ni podía hallarse en el patrimonio del arrendador ni en el de ninguna persona».

Víctor MORENO encuentra dos puntos débiles a la anterior tesis: por un lado, que la renuncia a la pensión compensatoria no es en puridad una renuncia de derechos, sino una exclusión voluntaria de la ley aplicable (artículo 6.2.º del CC), que, como mantiene la STS de 7 de junio de 1983, es perfectamente posible siempre que no contrarie el orden público, ni perjudique a terceros. Además cuando el Código Civil se refiere a Ley aplicable no sólo hace referencia al bloque de normas que configura la norma, sino también a cada una de las reglas del bloque normativo. Y, por otro, que, según esta teoría, «tampoco cabría la renuncia en el Convenio Regulador de un procedimiento de mutuo acuerdo, que, necesariamente, siempre es previo a la propia sentencia que hace nacer el derecho a la pensión compensatoria. Hoy en día nadie se plantea la validez de la renuncia en el Convenio Regulador, hasta el punto de darse validez a la renuncia realizada en Convenio Regulador no ratificado judicialmente».

Precisamente para salvar estos obstáculos parte de la doctrina entiende que la validez de la renuncia está ligada al consentimiento, ya que si en un pacto prematrimonial se renuncia a la pensión compensatoria cuando se desconocen las circunstancias que pueden acaecer posteriormente siendo totalmente imprevisible la situación que existirá en el momento de la separación o el divorcio, la

emisión del consentimiento «pudiera no ser expresivo de una voluntad bien formada u otorgado conforme a bases erróneas».

La SAP de Asturias de 12 de diciembre de 2000 sigue esta tesis. El tema debatido en la SAP de Girona, Sec. 1.ª, de 1 de marzo de 2004 fue la validez de cláusula contenida en la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada antes de contraerse el matrimonio que tenía el siguiente tenor literal: «En caso de separación, divorcio o nulidad, quieren expresamente que no haya derecho a compensación alguna por razón del matrimonio o convivencia conyugal». La Sentencia llegó a la conclusión de que esa renuncia no podría considerarse válida. La SAP de Málaga, Sec. 6.ª, de 18 de febrero de 2008 también se alinea con la tesis de que no puede renunciarse a un derecho antes de que nazca y, aunque deniega la pensión compensatoria no es en base a la renuncia previa sino a no concurrir los requisitos del artículo 97 del CC.

Otro argumento que se viene utilizando para declarar la ineficacia de la renuncia a la pensión compensatoria como pacto prematrimonial es el componente alimenticio que tiene esta pensión y que chocaría con lo dispuesto en el artículo 151 del CC que recoge el carácter irrenunciable de los alimentos.

También se utiliza como argumento para negar validez a la renuncia previa que en las leyes autonómicas de parejas de hecho se viene a indicar que la libertad de pactos está limitada por los derechos mínimos que la propia ley reconoce a los miembros de la pareja y que son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles. En consecuencia, si se entendiera que la pensión por desequilibrio, que prevén algunas de estas leyes, es un derecho mínimo, esa pensión no sería renunciante hasta el momento en que se puede exigir; es decir, hasta que cesa la convivencia y se acredita la situación de desequilibrio (artículo 9 de la Ley 18/2001 de las Illes Balears; artículo 5 de la Ley 6/2000 de

Navarra; artículos 3, 13 y 14, así como 22 y 31 de la Ley 10/1998 de Cataluña. En términos similares se podría citar el artículo 4 de la Ley 1/2001 de Valencia y el artículo 8 de la Ley 1/2005 de Cantabria.

– Tesis a favor de la validez de la renuncia previa.

Los partidarios de esta tesis ponen de manifiesto que en nuestro ordenamiento jurídico existen supuestos en los que se permite la renuncia a derechos futuros, así, por ejemplo, con carácter general el artículo 1271 admite como objeto de los contratos las cosas o derechos futuros, el artículo 1108 del CC admite renunciar anticipadamente a la indemnización de daños y perjuicios por mora; los artículos 1475 y siguientes posibilitan renunciar a la acción de saneamiento y evicción en la compraventa; la LAU da vía libre a la renuncia anticipada del derecho de tanteo y retracto.

Por otro lado, también se parte de lo establecido en el artículo 6 del CC: «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros». Si, como antes hemos comentado, la pensión compensatoria es un derecho dispositivo de las partes, su renuncia no contraría el interés o el orden público. Además, hay que tener en cuenta que en el texto del artículo 6 del CC en ningún momento se hace referencia a la condición futura del derecho renunciado. Según señala la STS de 22 de octubre de 1999, «La STS de 22 de octubre de 1945 expresa que no se comparte que no sea posible renunciar a una expectativa de derecho, por cuanto es perfectamente posible que cualquier situación de futuro que incrementase el patrimonio de una persona pueda ésta, de antemano, dentro de su libertad contractual negociar sobre ese incremento». La STS de 5 de abril de 1946 dice que «... aparte de que cabe renunciar a un derecho eventual fu-

turo y que su renuncia fue clara, explícita, inequívoca, terminante y sin dudas sobre su significado (...) no hay contrato, ni negocio jurídico bilateral, sino unilateral, con voluntad abdicativa de un derecho, o, si se quiere, expectativa tutelada por la Ley».

Por lo que respecta al posible vicio del consentimiento cuando un futuro contrayente renuncia a la pensión compensatoria, contrarresta este sector doctrinal y jurisprudencial que el consentimiento que se otorga cuando se suscriben unas capitulaciones matrimoniales es informado merced a la intervención notarial evitando posiciones negociadoras desiguales. Obviamente la renuncia a derechos en las capitulaciones matrimoniales debe ser recíproca, ya que atentaría contra el principio de igualdad que aquella fuese unilateral, o que no afectase de igual modo a ambas partes.

Hay que pensar que cuando los cónyuges pactan el régimen de separación de bienes, y no el de gananciales, están renunciando a participar en los ingresos económicos que obtiene el otro cónyuge, y nadie cuestiona la validez de ello.

La SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.^a, de fecha 30 de noviembre de 2001 dio validez a la renuncia a la pensión compensatoria contenida en la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada antes de contraerse el matrimonio. La SAP de Madrid de 27 de noviembre de 2002 no fijó pensión compensatoria al constar la renuncia previa en capitulaciones matrimoniales, si bien hay que aclarar que, además, basó dicho pronunciamiento en la escasa duración del matrimonio. La SAP de Barcelona, Sec. 18.^a, de 19 de enero de 2006 no fijó pensión compensatoria al haberse renunciado a ella en las capitulaciones matrimoniales. La SAP de A Coruña de 4 de abril de 2006 es mucho más clara respecto a esta cuestión admitiendo abiertamente que la renuncia efectuada antes de contraerse matrimonio

es plenamente eficaz y debe producir todos sus efectos en el posterior procedimiento de separación o divorcio que se siga entre las partes. La Sec. 22.^a de la AP de Madrid dictó una interesante Sentencia el 27 de febrero de 2007 en la que analizó la renuncia a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad a celebrarse el matrimonio, si bien, aquella renuncia estaba basada en la entrega, en caso de crisis matrimonial, de determinados bienes.

– Tesis intermedia.

Los partidarios de esta tesis admiten la validez de la renuncia previa a la pensión compensatoria si bien entienden que a pesar de ello no debe excluirse un control judicial *a posteriori* que tendría lugar cuando se produce la crisis de la pareja y que estaría dirigida a evitar resultados gravemente perjudiciales para los derechos de uno de los cónyuges, evitando que tras la convivencia uno de ellos quede en una situación de no poder atender a sus propias necesidades. Si se tratase simplemente de una separación judicial quedaría la posibilidad de que el cónyuge perjudicado solicitase una pensión alimenticia tal y como expresamente reconoce la STS de 10 de octubre de 2008, pero ésta tendría un escaso período de vigencia si el otro cónyuge solicita rápidamente el divorcio.

Señala Manuel DE LA CÁMARA que sólo si la renuncia conlleva que uno de los cónyuges no pueda, dentro de los límites que marca un decoro mínimo, atender a su subsistencia, debe estimarse que el acuerdo es gravemente perjudicial y el juez debe negarse a darle eficacia. En el mismo sentido se pronunció Encarnación ROCA, al señalar que si el juez considera la renuncia gravemente perjudicial para el renunciante podría rescindirla en todo o en parte.

Como señala la doctrina, este control judicial tendría que analizar las bases ne-

gociables y examinar las alteraciones sobreenvenidas especialmente las imprevisibles. Piénsese en la quiebra del cónyuge empresario, en la pérdida de empleo, en una incapacitación por accidente, el nacimiento de hijos en el momento de la ruptura. Si concurren circunstancias imprevistas que acentúan gravemente el desequilibrio entre los cónyuges, habría que aplicar la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* de modo que el juez pudiera adoptar medidas para estabilizar la situación, aun privando de eficacia, total o parcial a la renuncia.

La SAP de Granada, Sec. 3.^a, de fecha 19 de mayo de 2001 se alineó con esta tesis. En el caso analizado los cónyuges otorgaron capitulaciones matrimoniales antes de celebrarse el matrimonio pactado que «la separación o disolución del futuro matrimonio, en ningún caso, llevará como consecuencia de ello la fijación de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, por no producir desequilibrio entre los cónyuges». Tras producirse la crisis de pareja, la esposa solicitó una pensión compensatoria que fue acogida por el Juzgado de instancia. Interpuesto el recurso de apelación por el esposo, la Sentencia de la Audiencia Provincial admite la validez del acuerdo prematrimonial señalando al respecto que «Esta cláusula contenida en las capitulaciones matrimoniales es claramente atípica, atendiendo a lo que entiende por capitulaciones matrimoniales el artículo 1325 del CC. Pero es válida, puesto que la pensión por desequilibrio es un derecho disponible, según ha podido declarar el TS en su importante Sentencia de 2 de diciembre de 1987, y, por tanto, es perfectamente renunciable. Así lo acordaron mutuamente los futuros contrayentes cuando firmaron la escritura pública en fecha de 27 de diciembre de 1991. Con la celebración del matrimonio el 7 de enero de 1992, los pactos capitulares adquirieron plena eficacia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1334 del CC, y, por ello, también la cláusula de renuncia recíproca a una futu-

ra pensión por desequilibrio económico. Se puede calificar como un pacto con vistas a una futura separación (el TS no rechaza, en principio, los acuerdos de separación no homologados por una resolución judicial –SS de 22 de abril de 1997, 19 de diciembre de 1997 y 21 de diciembre de 1998–). En el momento en que se redactó la cláusula, los futuros cónyuges tenían sus propios ingresos al estar ejerciendo cada uno su profesión». ¿Qué llevó a la sentencia de la Audiencia Provincial a confirmar la sentencia de instancia que fijó una pensión compensatoria? La respuesta a esta cuestión aparece claramente reflejada en el siguiente razonamiento jurídico: «Aun cuando este pacto vincula a ambos cónyuges, cuando la esposa presenta la demanda de separación solicita, no obstante, la pensión compensatoria, porque las circunstancias son, a su juicio, ahora muy distintas a las que sirvieron de base para pactar aquella cláusula. Es un hecho cierto, y además expresamente reconocido, que el marido trabaja para un empresa de laboratorios farmacéuticos como representante, por cuyo trabajo se veía obligado a desplazarse fuera de la capital, acompañándole su esposa. También es un hecho constatado, igualmente no negado por el marido, que la esposa, antes de casarse, trabajaba, dejando su trabajo al momento de casarse. Desde entonces, la esposa no ha realizado actividad profesional alguna, siguiendo a su marido en los distintos destinos laborales. Esta circunstancia ya es suficiente para sí sola para entender que las bases para la suscripción de aquel pacto han dejado de existir, pudiendo, por tanto, pedir la pensión compensatoria si se dan las circunstancias previstas en el artículo 97 del CC. Se puede traer aquí a colación la teoría de la base objetiva del negocio jurídico, tímidamente admitida en algunas resoluciones del TS (SS de 30 de junio de 1948, 30 de diciembre 1985 y 20 de abril de 1994), que puede tener lugar cuando la base o la causa que se tuvo en cuenta en el acuerdo negocial desaparece al no tener ya ningún sentido su mantenimiento. Entre las

circunstancias cabe señalar que, además de la dedicación de la esposa al marido durante seis años, incluso atendiendo durante algún tiempo a un hijo de éste, carece, a excepción de Lirios ahorros que no superan los tres millones de pesetas, de medios económicos suficientes para poder vivir independientemente, careciendo igualmente de vivienda propia, sin contar, en la actualidad, con un puesto de trabajo y tampoco con una proyección más o menos inmediata para incorporarse en el mundo laboral, aun cuando tiene los títulos de pedagogía, magisterio y de idiomas, teniendo en cuenta, por otra parte, su estado psíquico, admitido por el propio marido. Todas estas circunstancias le hacen acreedora a la esposa, de 41 años, de una pensión compensatoria *ex* artículo 97 del CC, que el Juzgador de instancia cifra en 70.000 pesetas mensuales en atención a los ingresos que percibe el marido».

La SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 5.^a, de 12 de noviembre de 2003 mantiene también el criterio recogido por la SAP de Granada que antes hemos reseñado: «no acogiéndose tampoco la alegación del ape-

lante respecto de la renuncia a la misma en capitulaciones matrimoniales pues, como ya resolviera la Audiencia Provincial de Granada, en sus Sentencias de 14 de mayo de 2001 y 19 de mayo de 2001, las circunstancias, al haber perdido la apelada su puesto de trabajo y sus fuentes de ingreso, son ahora muy distintas a las que sirvieron de base para pactar aquella cláusula, y así, textualmente, expone la primera de las resoluciones citadas, lo que sigue: “Esta circunstancia ya es suficiente por sí sola para entender que las bases para la suscripción de aquel pacto han dejado de existir, pudiendo, por tanto, pedir la pensión compensatoria si se dan las circunstancias previstas en el artículo 97 del CC. Se puede traer aquí a colación la teoría de la base objetiva del negocio jurídico, tímidamente admitida en algunas resoluciones del TS (SS de 30 de junio de 1948, 30 de diciembre 1985 y 20 de abril de 1994), que puede tener lugar cuando la base o la causa que se tuvo en cuenta en el acuerdo negocial desaparece al no tener ya ningún sentido su mantenimiento”, de lo que, en consecuencia, se deriva que este motivo haya de ser totalmente rechazado».

Casos prácticos

1 EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

La madre ha instado una demanda de ejecución de sentencia reclamando al padre el pago de una serie de pensiones alimenticias. Tras recibir la notificación del auto, el padre se ha opuesto a la petición y ha formulado demanda reconvenzional reclamando el pago de los vencimientos del préstamo hipotecario que gravan la vivienda familiar y que son a cargo de ambos cónyuges. ¿Tiene viabilidad dicha pretensión reconvenzional?

Esta petición reconvenzional es anómala y extraña a la finalidad del proceso de ejecución, ya que en éste sólo cabe formular oposición por las causas o motivos de forma o de fondo previstos, sin perjuicio de que, si el título judicial lo contempla, el padre inicie una demanda de ejecución por el impago de los vencimientos de la hipoteca contra la ex esposa.

2 CUESTIONES PROCESALES

En la ejecutoria de la separación se acordó como medida cautelar la retención del sueldo que percibía el padre para garantizar el cumplimiento de la obligación alimenticia. Con el paso del tiempo el padre ha instado el divorcio y en el suplico de la demanda solicita que quede sin efecto dicha retención. ¿Puede esta cuestión resolverse en el procedimiento de divorcio?

No es posible dar respuesta en el proceso de divorcio a la pretensión relativa a una medida cautelar, sobre retención de haberes y nómina, en tanto en cuanto que se trata de una cuestión a resolver en el procedimiento de ejecución correspondiente, cauce procesal en donde únicamente cabe decidir sobre la viabilidad o procedencia de mantener, actualmente, dicha medida, y previa petición al respecto, valorándose en ese momento las razones por las que se puede o no dejar sin efecto aquélla, en razón de los concretos avatares sustantivos y procesales concurrentes en dicha fase de ejecución de sentencia.

3 PENSIÓN COMPENSATORIA

En la sentencia de divorcio se estableció una pensión compensatoria a favor de la esposa por importe de 350 euros a percibir durante los próximos siete años. ¿Puede solicitarse la extinción de la pensión si antes del plazo fijado desaparece el desequilibrio económico entre los cónyuges?

Efectivamente. Aunque en la sentencia sólo se haya establecido un límite temporal para la extinción de la pensión ello no derogó lo establecido en el artículo 101 del CC y por lo tanto si cambian las circunstancias antes del plazo fijado puede solicitarse también la extinción de la pensión.

4 VIVIENDA FAMILIAR

Si la madre (quien finalmente fue adjudicataria de la custodia de los hijos) no solicitó en la demanda la atribución del uso de la vivienda familiar, ¿puede el juez de oficio atribuirle tal uso?

Es cierto que el artículo 96, párrafo primero, del Código Civil dispone que, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden; por lo que, ciertamente, al haberse adjudicado a la madre la guarda y custodia de los hijos del matrimonio, en principio debería habersele atribuido también el uso y disfrute de la vivienda familiar. Sin embargo tal adjudicación del uso y disfrute de la vivienda familiar no es procedente cuando no fue solicitada por la madre en su escrito de demanda ya que no estamos en puridad ante una medida de *ius cogens* o derecho necesario como es la pensión alimenticia de los hijos.

5 PENSIÓN COMPENSATORIA

A pesar de que en la sentencia de separación se fijó como pensión compensatoria la cantidad de 300 euros mensuales, en realidad el esposo ha entregado 500 euros todos los meses. Ahora, con ocasión de tramitarse el procedimiento de divorcio, la esposa ha solicitado el incremento de la pensión compensatoria para que la cantidad que entrega el esposo sea la que figure en la sentencia de divorcio. ¿Puede ser atendida esta petición?

El criterio mayoritario en la jurisprudencia es que la pensión compensatoria no puede incrementarse en el procedimiento de divorcio, y ello con independencia de que el ex esposo haya venido entregando a la ex esposa determinada cantidad al margen de la estipulada como pensión compensatoria; dicha cantidad en exceso no puede tener otra consideración que la de mera liberalidad que no significa que en el procedimiento de divorcio la pensión compensatoria fijada anteriormente deba ser incrementada.

6 PENSIÓN COMPENSATORIA

Teniendo en cuenta que la esposa no ha reclamado la pensión compensatoria que se fijó a su favor en el procedimiento de separación durante los últimos cuatro años, el ex esposo ha presentado una demanda de modificación de medidas solicitando la extinción de la pensión ya que la falta de reclamación demuestra que tiene medios suficientes para atender sus necesidades. ¿Podrá estimarse esta pretensión?

Entendemos que no, al menos por lo que se refiere a la causa alegada, dado que la jurisprudencia es constante en cuanto a que el mero transcurso del tiempo, acaecido desde la sentencia de separación no constituye causa legal para el cese de la pensión compensatoria, mientras perdure la situación de desequilibrio económico, y sin que la reclamación del pago de las pensiones durante cuatro años constituya tampoco signo aparente de no necesitarlas, pues podrá ejercitar la acción ejecutiva antes de que concurra la prescripción por el transcurso del plazo legal, no pudiendo favorecer al deudor moroso en el cumplimiento de la obligación la presunción que aduce de que la ex esposa no necesita la pensión.

7 FILIACIÓN

Tengo que impugnar un reconocimiento de complacencia, pero la verdad es que veo difícil que pueda acreditarse un vicio en el consentimiento puesto que el que figura como progenitor tenía perfecto conocimiento de que no era el padre biológico mucho antes de la comparecencia ante el Encargado del Registro Civil. ¿Existe alguna vía para impugnar esta filiación?

Hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 5 de diciembre de 2008, al resolver un recurso en interés casacional ha sentado el criterio de que la filiación no matrimonial determinada por virtud de reconocimiento, aun siendo de complacencia, puede ser impugnada por falta de correspondencia con la realidad biológica por la vía y con los presupuestos establecidos en el artículo 140 del Código Civil, y no únicamente por vicio de consentimiento, que afecta al acto del reconocimiento, y no a la filiación determinada por éste, según lo dispuesto en el artículo 141 del mismo cuerpo legal. Por consiguiente, aun cuando no pueda acreditarse vicio en el consentimiento cabe la posibilidad de impugnar la filiación por falta de correspondencia con la verdad biológica.

8 SUCESIONES

La viuda y sus hijos comparecieron ante Notario y otorgaron escritura de adjudicación y partición de la herencia. Cinco años después, la viuda alega que se hizo la partición de la herencia sin haberse liquidado previamente la sociedad de gananciales, por lo que dicha partición era nula y ha interpuesto una demanda de juicio

ordinario pidiendo la nulidad de aquella partición. ¿Puede prosperar esta acción?

Entendemos que no, dado que concurrieron todos los interesados a la partición de la herencia, se debe entender que la liquidación de gananciales estaba consentida por todos los legitimados en el momento de hacer las adjudicaciones. Otra cuestión distinta sería que la viuda ejercitase la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento, pero se trata de una acción que tiene un plazo de caducidad de cuatro años y que en el caso que analizamos ya había caducado.

9 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

¿Puede iniciar la madre una reclamación de alimentos de la hija mayor de edad que convive con ella cuando ésta ha reconocido que el padre le ha abonado todas las pensiones?

Desde un punto de vista procesal no cabe duda de que la madre tiene legitimación activa para iniciar un proceso de ejecución, si bien, hay que reconocer que las manifestaciones de la hija reconociendo el pago de las pensiones puede tener cierta influencia en el resultado final del proceso, máxime si va acompañada de un acreditamiento documental del pago. Aunque no existe un criterio pacífico entre las resoluciones de nuestros tribunales, un importante sector aplica la teoría del abuso de derecho para desestimar la demanda de ejecución.

10 CUESTIONES PROCESALES

Habiéndose fijado en la sentencia que los gastos extraordinarios de los hijos se abonarán al 50% por cada progenitor,

¿puede utilizarse el recurso de apelación para que se precise que los gastos de uniforme y material escolar tienen la consideración de extraordinarios?

Entendemos que el recurso de apelación no puede utilizarse para aclarar si son gastos ordinarios o extraordinarios los de uniforme y material escolar y, además, como señaló la Sentencia de la AP de Madrid, Sec. 24.^a, de 1 de marzo de 2007, esta cuestión ha sido ya resuelta por una amplia casuística judicial.

II PENSIÓN COMPENSATORIA

Habiéndose dilatado en exceso la tramitación del procedimiento de separación en el que no se adoptaron medidas provisionales, la esposa pretende que la pensión compensatoria que se ha fijado en sentencia tenga efectos retroactivos desde la presentación de la demanda, ¿puede admitirse esta tesis?

No. La pensión compensatoria no tiene carácter alimenticio y por ello no le es de aplicación lo establecido en el artículo 148 del CC.

I2 VIVIENDA FAMILIAR

Teniendo en cuenta que la vivienda familiar es una construcción de dos plantas perfectamente individualizables y que sobre ella pesa un importante préstamo hipotecario, el esposo entiende que la solución a la crisis familiar pasa por dividir material y registralmente la finca creando dos independientes. ¿Puede acogerse esta petición en el procedimiento de divorcio?

Salvo que los cónyuges lleguen a un acuerdo en este extremo con ocasión de tramitar el divorcio de mutuo acuerdo, no es factible incluir dentro del procedimiento contencioso de divorcio esta petición ya que desborda los límites del proceso y el juez carece de facultades para acordar la división material del inmueble.

I3 PENSIÓN ALIMENTICIA

En el anterior procedimiento de divorcio no se fijó pensión alimenticia para una hija mayor de edad que convivía de forma independiente con una tercera persona. Rota esta relación la hija ha vuelto a convivir al domicilio familiar con la madre y, además, padece una minusvalía que le impide acceder a un trabajo remunerado. ¿Puede presentarse una demanda de modificación de medidas para solicitar una pensión alimenticia a favor de esta hija?

No. En los procedimientos de modificación de medidas pueden revisarse las medidas que se adoptaron con anterioridad, tanto para reducir o aumentar su cuantía, si se trata de medidas de carácter económico, o para solicitar su extinción, pero nunca puede utilizarse para fijar medidas *ex novo*. Si la hija tiene necesidad de alimentos deberá presentar una demanda contra ambos progenitores.

I4 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Aunque inicialmente la custodia del hijo se atribuyó al padre, con el tiempo el hijo se ha ido a convivir con la madre.

¿Puede ésta interponer una demanda de ejecución y reclamarle la pensión alimenticia que se fijó en la sentencia de divorcio?

Aunque el hijo conviva con la madre, no procede que en ejecución de sentencia solicite alimentos al padre, ya que la sentencia de divorcio cuya ejecución se insta nada contiene al respecto y no es válido el argumento de «economía procesal», debiendo la ejecutante instar previamente el reconocimiento del derecho a pensión del hijo, bien mediante el divorcio o en un procedimiento de modificación de medidas.

15 RÉGIMEN DE VISITAS

La hija ha cumplido dieciséis años y no quiere tener ninguna relación con el padre, pero éste insiste una y otra vez judicialmente para que se cumpla lo establecido en la sentencia de divorcio. ¿Sería factible solicitar la emancipación de la hija para dar por finalizado judicialmente el conflicto paterno-filial?

Desde luego. El artículo 320 del Código Civil indica que «El Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años, si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres: 1.º Cuando quien ejerciere la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor. 2.º Cuando los padres vivieren separados y 3.º Cuando concurriere cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad». Estas tres causas tienen como característica común o general la existencia de una situación más o menos anormal entre los progenitores, que repercute o puede repercutir negativamente en el ejercicio de la patria potestad. Y como dicen los autores su razón de ser es evitar las posibles y desagradables consecuencias que

podieran derivar para los hijos de las crisis matrimoniales, siendo aplicable el núm. 2 tanto a la separación de hecho como de derecho y por tanto también en caso de divorcio o nulidad.

16 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Después de presentarse el escrito de oposición a la demanda de ejecución, el Juzgado ha resuelto de plano sin dar traslado al ejecutante. ¿Cabe la posibilidad de solicitar la nulidad de actuaciones?

Evidentemente, dicho traslado es preceptivo, tanto en la ejecución provisional (artículo 529.2.2.º LEC) como en la definitiva (artículo 560.1.º LEC) y por tanto se ha prescindido de normas esenciales del procedimiento que han podido causar indefensión a la ejecutante.

17 CUESTIONES PROCESALES

¿Puede recurrir la sentencia la esposa solicitando una cuantía superior de pensión compensatoria cuando en el fallo se estimó íntegramente su demanda reconvenzional y se fijó la cuantía de la pensión solicitada por ésta?

No procede, en la alzada, solicitar una pensión superior a la que fue pedida (en la demanda reconvenzional) y concedida en la instancia. La elevación que se pretende es extemporánea y es aplicable la doctrina de falta de interés legítimo para recurrir, al haberle sido concedido lo solicitado.

18 VIVIENDA FAMILIAR

Aunque la vivienda hace tiempo que no está siendo utilizada por los cónyuges, ¿puede solicitarse en la demanda de divorcio que se atribuya su uso al padre que es con quien convive el hijo mayor de edad?

Si el domicilio familiar no está ocupado desde hace años por ninguna de las partes, no procede su atribución de uso en la sentencia de divorcio, pues se considera que al momento del divorcio no existe ya domicilio familiar.

19 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Aunque la sentencia de modificación de medidas redujo la cuantía de la pensión alimenticia se han venido efectuando retenciones en la nómina del padre ya que hasta nueve meses después de la sentencia no solicitó éste que se librara el oficio reduciendo la cuantía de la retención. ¿Puede reclamar lo pagado indebidamente?

A pesar de que tenemos conocimiento de que existen resoluciones que han accedido a esta reclamación, otros tribunales la han desestimado basándose en que se suponen consumidas en las necesidades perentorias de la vida del hijo y, por otro lado, en que la tardanza en solicitar la reducción de la cuantía hace presumir que tal exceso lo abonó voluntariamente.

20 CUESTIONES PROCESALES

¿Puede tenerse por desistido al esposo de la demanda de divorcio al no haber

comparecido personalmente al acto del juicio?

En sede de Juicio Verbal, trámites por los que ha de discurrir el proceso de divorcio, no existe precepto alguno en la Ley de Enjuiciamiento Civil que exija de forma expresa que los litigantes hayan de comparecer —siempre y en todos los casos— personalmente —o por sí mismos— al acto de la vista; de hecho, el artículo 442, en sus dos apartados, no lo contempla, sino sólo los efectos de la falta de comparecencia al acto, comparecencia que puede efectuarse, de manera procesalmente hábil por medio de Procurador; y, así, el inciso final del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 440 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que «asimismo, se prevendrá —se entiende, en la citación— a demandante y demandado de lo dispuesto, en el artículo 442, para el caso de que no comparecieren a la vista», mas no se indica que tal comparecencia hubiera de ser necesariamente personal; luego, la comparecencia por medio de Procurador legalmente habilitado al acto de la vista evita tanto que se tenga por desistido de la Demanda al actor como que se declare la rebeldía del demandado, sin perjuicio —evidentemente— de las consecuencias que pudieran derivarse del hecho de que no asistiesen personalmente y se hubiera propuesto y admitido su declaración, en cuyos supuestos (tal y como establece el propio párrafo segundo del apartado 1 del artículo 440 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) podrían considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo dispuesto en el artículo 304.

21 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Pretende la esposa que se incluya en el activo de la sociedad de gananciales un crédito contra el esposo por el importe de todas las cotizaciones sociales que se

hicieron constante el matrimonio y que le han permitido en la actualidad cobrar la pensión de jubilación. ¿Puede acogerse esta pretensión?

No. Las cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social que se han deducido mensualmente del salario del esposo constituyen una carga de la sociedad de gananciales que no genera posteriormente ningún crédito. Además, tanto la esposa como los hijos se han ido beneficiando de prestaciones sociales durante la convivencia matrimonial precisamente por abonarse aquellas cotizaciones.

22 PENSIÓN ALIMENTICIA

La esposa ha presentado una demanda de separación en la que ha solicitado una pensión alimenticia ya que es consciente que ha existido un período de separación de hecho en el que ambos han vivido de forma independiente y que no procede la pensión compensatoria. ¿Puede atenderse a esta petición?

Aunque la mayoría de tribunales entiende que producida la crisis de la pareja ya no cabe pensiones alimenticias entre ambos, la

STS de 10 de octubre de 2008 ha señalado que, a pesar de que se haya dictado sentencia de separación, debe admitirse la posibilidad de que entre los esposos se reclamen pensiones alimenticias si uno de ellos acredita el estado de necesidad, no siendo obstáculo que en el convenio regulador ambos renunciasen expresamente a reclamarse pensión compensatoria.

23 PENSIÓN COMPENSATORIA

Es un criterio jurisprudencial reiterado que no procede fijar pensión compensatoria en matrimonios de escasa duración, pero ¿existen algunas excepciones a esta regla?

Evidentemente, y un ejemplo de ello fue el caso analizado en la SAP de Salamanca de 17 de julio de 2003 en el que a pesar de que por las circunstancias concurrentes la esposa —28 años de edad— no era merecedora de una pensión compensatoria, ante una duración del matrimonio de 2 años, con iguales capacidades para el trabajo, se le concedió dicha pensión al quedar con la custodia de una hija afectada de una grave enfermedad.

Revista de **Derecho de** **familia**

DERECHO COMPARADO

EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

MANUEL BERMÚDEZ TAPIA

ABOGADO. MAGÍSTER EN DERECHO. DOCENTE ESCUELAS DE POSGRADO. UNIVERSIDADES ANTENOR ORREGO (TRUJILLO), PEDRO RUIZ GALLO (CHICLAYO), HERMILIO VALDIZÁN (HUANUCO), ALAS PERUANAS

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. UNA PERSPECTIVA (CRÍTICA) INTERDISCIPLINARIA

II.1. Las críticas (feministas) al SAP

II.2. Las críticas personales al autor de la teoría

III. CUESTIONANDO LAS CRÍTICAS

IV. ANÁLISIS DEL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

IV.1. Definición del SAP

IV.2. Exteriorización del SAP

IV.3. Origen del SAP

IV.4. Elementos importantes para el análisis del SAP

IV.5. La separación y conflicto entre los progenitores

A) Factores condicionantes objetivos. B) Autopercepción de víctima. C) El contexto económico. D) Variación del estatus del hijo en el conflicto. E) Niveles de generación del SAP.

A) LA TRANSMISIÓN VERBAL DE INFORMACIÓN NEGATIVA SOBRE UN PROGENITOR. B) LA EJECUCIÓN DE ACCIONES CONDICIONANTES SOBRE EL HIJO.

F) Identificación de conductas alienantes.

A) LIMITACIÓN DEL VÍNCULO ENTRE EL PROGENITOR SIN TENENCIA CON EL HIJO. B) OBSTRUCCIÓN DEL VÍNCULO ENTRE EL PROGENITOR SIN TENENCIA CON EL HIJO. C) PLANTEAMIENTO

DE DENUNCIAS FALSAS Y ACCIONES JUDICIALES TEMERARIAS Y MALICIOSAS. D) CONFLICTO ABSOLUTO ENTRE LOS PROGENITORES. E) EXIGENCIA DE LOS PROGENITORES PARA QUE EL HIJO OPTE POR UNO DE ELLOS.

G) Niveles de reacción del hijo ante el SAP.

A) ASIMILANDO LA ALIENACIÓN. B) NO PERCIBIENDO LA ALIENACIÓN.

V. ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS DEL SAP

VI. DIFERENCIA ENTRE EL SAP Y OTRAS CONDUCTAS DE LOS PROGENITORES (ABUSO O DESCUIDO)

VII. PLANTEANDO REMEDIOS

VII.1. En los casos donde los progenitores separan sus intereses de sus obligaciones de protección y cuidado del hijo

VII.2. En los casos donde exista clima conflictivo

BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El Síndrome de Alienación Parental (SAP) es una patología nueva que se analiza en el ámbito de las relaciones conflictivas entre los progenitores, provocando en el hijo una alienación o conducta de rechazo sobre un progenitor en particular.

Por su novedad en el ámbito nacional, existe muy poca referencia nacional. Adicionalmente existe una mala sistematización de la información porque no la abordan jurídicamente, desvirtuando su real contenido de ser una manifestación de *violencia psicológica* al interior de las relaciones padre-hijo-madre.

En tal sentido, considerando su poco desarrollo, se ha tratado de acumular una información amplia y acreditable para analizar desde una perspectiva jurídica este problema social, que perjudica el desarrollo del niño y del adolescente, quien finalmente en el conflicto entre sus progenitores nunca es priorizado.

II. UNA PERSPECTIVA (CRÍTICA) INTERDISCIPLINARIA

Los problemas en el interior de una familia y los conflictos sociales judicializados no pueden entenderse ni resolverse si no se cuenta con el respectivo apoyo de disciplinas científicas complementarias al ámbito jurídico.

El necesario soporte objetivo de un informe, dictamen o pericia le facilitará al juzgador emitir o fundamentar su resolución judicial, a efectos de aproximarse en la medida de lo posible a una solución beneficiosa para el niño o adolescente (en primer lugar)¹ y justa para los progenitores (en segundo lugar y sin preferencia de género), para nuestro caso de análisis.

En situaciones judiciales específicas, la asesoría y apoyo de otras disciplinas han sido aceptados ampliamente por el sistema jurisdiccional por cuanto el informe o peritaje ha generado una convicción absoluta respecto de lo analizado, con lo cual la motivación de la resolución judicial se encuentra respaldada en forma objetiva.

Sin embargo, en el ámbito de los procesos de familia, la pericia proporcionada al Juzgador no necesariamente puede considerarse como un elemento que valide o justifique una resolución judicial. Se puede llegar a situaciones en donde se cuestione la resolución judicial y se plantee oposición a la pericia.

Las razones de esta situación responden a que en la actualidad la teoría psicológica provocada por Richard GARDNER, respecto del Síndrome de Alienación Parental, no cuenta con el respaldo unánime de la psicología.

La tendencia mayoritaria está en la línea de respaldar la propuesta teórica de GARDNER, en particular porque se ha acreditado científicamente los postulados y niveles de situaciones de conflictos personales al interior de una familia, perjudiciales para el niño y adolescente.

Las críticas a la teoría del SAP provienen sobre todo de teorías basadas en la defensa de la posición de «género», que si bien pueden encontrar y fundamentar una lógica que valide sus críticas, desconocen (no se sabe si a propósito o involuntariamente) que dicha posición vulnera y perjudica el desarrollo psicológico, familiar y social de sus propios hijos. En términos sencillos, se pondera la posición personal de la «madre», aun en perjuicio de su propio hijo, contraviniendo el vacío principio del «interés superior del niño» tipificado en el Código del Niño y Adolescente peruano.

Una de las mayores y fundamentadas críticas está en el hecho de que el SAP no ha sido admitido como *realidad clínica o patología* tanto por la Organización Mundial de la Salud como por la Asociación Americana de Psiquiatría, las dos principales categorizadoras del diagnóstico psicopatológico profesional a escala mundial.

Al respecto quepa señalar que debido a las contemporáneas investigaciones del SAP, es presumible que en el futuro la Organización Mundial de la Salud como la Asociación Americana de Psiquiatría terminen por aceptar el SAP como una patología psiquiátrica.

En forma semejante a la esquizofrenia, la obesidad, el alcoholismo, la fármaco-resistencia, el SARS, el Síndrome de *burn out* (fatiga laboral), el *mobbing* (acoso psicológico por éxito profesional), entre otros casos, el SAP correrá la misma suerte y será admitida científicamente en su total amplitud.

1. Lamentablemente en el país, los jueces consideran como primera opción favorecer a uno de los progenitores (en particular, a la madre) no valorando que quien debería estar más protegido es el niño, al estar en dos frentes de conflicto y no poder defenderse ni plantear su posición.

A efectos de comprender más detenidamente el SAP, detallaremos punto por punto algunos elementos importantes.

II.1. Las críticas (feministas) al SAP

Del conjunto de críticas encontradas en la bibliografía referencial, encontramos que mayormente los textos jurídicos y sociológicos son los que explican el SAP desde un punto de vista psicológico y desde una posición de género; en tal sentido podemos observar²:

1. El SAP es una «mala comprensión» del Síndrome de Medea; síndrome patológico que padecen algunas y específicas madres que abandonan, dañan e inclusive llegan a asesinar a sus hijos.

El origen del nombre proviene del mito de Medea, quien era hija de Eetes, rey de Cólquida. Medea en contra de la decisión de su padre se enamoró de Jasón (jefe de los argonautas), quien terminó apoderándose del vellocino de oro. A pesar de esta victoria mítica, Jasón terminó abandonando a Medea por Creusa, hija del rey de Corinto. Medea, en despecho, degolló a los hijos que había tenido con Jasón, vengándose de esta forma de su esposo que la había abandonado.

Para un ejemplo práctico de la actualidad, podríamos señalar que algunas mujeres pueden sufrir el Síndrome de Medea cuando abandonan a sus hijos recién nacidos en basurales o sitios apartados de la ciudad, o cuando realizan prácticas de violencia física, incluyendo las prácticas que provocan la muerte por envenenamiento por ingesta de raticidas cuando el cónyuge o la pareja ha optado por finalizar la relación o decide formalizar una nueva relación con una tercera persona.

2. No hay un criterio específico para analizar el SAP, pudiendo considerarse situaciones preexistentes al conflicto de los progenitores, como las fobias, pseudofobias, las dificultades escolares, depresiones, enuresis, miedos, etc., con lo cual todo estudio de alienación podría ser desvirtuado por otra pericia psicológica.

3. No existe una relación acreditable científicamente de que los problemas sociales no afecten la relación de los hijos con sus progenitores.

El supuesto síndrome de alienación parental no es una categoría diagnóstica clínica, ni en medicina ni en psicología, por lo que los síntomas y conductas que se describen no se corresponden con una causa única.

4. El SAP es un fenómeno «típicamente» de sistemas judiciales de países tercermundistas, ineficientes y corruptos³.

2. La bibliografía encontrada tiene estas características: la lengua es inglesa, la literatura no responde a parámetros psiquiátricos ni médicos, la gran mayoría de autores que critican la teoría son mujeres y varones son quienes la justifican, la tendencia de la redacción crítica es una posición feminista, las autoras no citan fuentes médicas ni psiquiátricas (por ello sólo citaremos el resumen de lo que manifiestan y no la referencia original), la literatura de Internet sobre el SAP figura sobre todo en «blogs» (diarios personales) y no de páginas científicas o académicas. En conclusión, las críticas cometen los mismos «errores» que la bibliografía cuestionada por las feministas.

3. La descripción ha sido obtenida de una serie de páginas feministas como www.redfeminista.org, entre otras.

La justificación de esta «verdad» radica en el hecho de que los peritajes en países como, por ejemplo, el Perú, pueden ser mal llevados por psicólogos inexpertos o no especializados en temas de violencia familiar. En este sentido, la crítica no es realizada por un psicólogo especialista en temas de conflictos familiares, sino por uno de especialidad general. Gráficamente podríamos comentar el hecho de que un médico residente cuestione a un cardiólogo un informe sobre el estado del corazón de un paciente.

La licenciada María José BLANCO BAREAS, en su intento por explicar esta «verdad», detalla sólo dos situaciones excluyentes en sus investigaciones: a) que un padre «extravió» un expediente judicial (aduce que le desapareció) y b) que el psicólogo cuando diseñó la pericia para un niño, sólo se limitó a realizar el Test HTP (la persona, el árbol y la casa; en relación a la proximidad).

Dado que la «objetividad» de esta afirmación es absolutamente subjetiva, dejaremos al lector que tome su propia decisión.

5. El SAP es una descripción sesgada y tendenciosa de un problema social, interpretado bajo el parámetro de una ideología legal patriarcal.

6. Se describen las conductas del progenitor alienante como «patológicas», cuando en realidad las conductas son adaptativas y están vinculadas a la situación de violencia que se produce cuando los progenitores no encuentran medios de comunicación idóneos para atender sus intereses personales y se incrementan cuando el conflicto personal se judicializa.

7. El SAP como patología provoca en los progenitores la necesidad de interponer denuncias falsas (desde acusaciones de violación sexual hasta omisión de alimentos).

8. Los resultados judiciales del SAP provocan «tratamientos legales» y no psicológicos ni médicos. Eliminiéndose derechos del niño y adolescente, del progenitor alienante y del progenitor «débil» vinculados al ámbito del tratamiento psicológico.

9. El SAP es una «ideología» pro pedofilia y sexista.

10. El SAP tiene una alta tasa de error en el ámbito jurisdiccional⁴.

11. El SAP pretende destruir la realidad legal de la promoción de los derechos de género, en particular, limitar los alcances de la legislación que protege a la mujer de la violencia social (presumimos de su pareja)⁵.

4. Para las feministas críticas, las investigaciones y pericias para acreditar el SAP están mal planteadas, pero si se realizan, sus resultados también serán equivocados. En resumen, la negación absoluta.

5. Uno de los mayores casos de análisis de la priorización de derechos «femeninos», inclusive en nivel superior a la del hijo, es el caso judicial Roe contra Wade, por el cual el 22 de enero de 1973 la Corte Suprema de los Estados Unidos resuelve el derecho al aborto de las mujeres americanas. Treinta años después Norma McCorvey (Jane Roe) afirma sentirse «seriamente utilizada» por las abogadas Sarah Weddington y Linda Coffe que hicieron de su caso una bandera política pro abortista.

12. El SAP «genera» una imagen de autoidentificación y que se fundamenta o en la paranoia, la locura, la ideología o la ignorancia⁶.

II.2. Las críticas personales al autor de la teoría

1. Sorprendió la temeridad de las críticas al autor de la teoría, pero la más radical de ellas es el hecho de acusarse a Richard GARDNER de idear una ideología pro pedofilia⁷.

Inclusive los ataques personales llegan a lanzar conjeturas que terminan desvinculándolo del objeto de estudio; así podemos observar la evaluación crítica de su actividad profesional en dos ámbitos específicos:

a) El ser psicólogo militar en la Guerra de Corea, especializándose en técnicas de «desprogramación» (de conductas) de soldados prisioneros norcoreanos⁸.

b) El ser perito psicólogo en casos judiciales de abuso sexual promovidos contra padres, profesores, feligreses de iglesias, etc. Criticándosele una eventual estrategia orientada hacia la desvalorización sistemática de la víctima del abuso, para generar pruebas a favor de la inocencia del perpetrador⁹.

En un exceso de una posición intransigente, se acusó a GARDNER de favorecer a los acusados de pedofilia y agresiones sexuales, cuando éste señalase que «las relaciones sexuales con los menores son algo normal, pues es la cultura la que determina cuándo una conducta es censurable o no»¹⁰, descontextualizando el contenido sobre la base de las realidades sociales en las cuales se involucran los menores.

Recordemos que, para la Ley peruana, los menores de edad pueden inclusive casarse y con ello obtener una condición de «adulto»; igualmente se debe considerar que el contexto multicultural de nuestro país nos permite observar que en el territorio nacional los jóvenes tienen una iniciación sexual inferior a la edad mínima para ser considerado «adulto».

Como último punto cuestionable, está el hecho de que GARDNER en el año 2003 tomase la radical decisión de suicidarse. Las feministas consideraron que lo hizo a razón de padecer un conflicto de conciencia, sin tomar en cuenta que padecía una enfermedad terminal.

6. Lo curioso de esta característica es que la mayoría de mujeres autoras de críticas al SAP nunca citan la fuente de donde obtienen sus informaciones. Presumimos que al igual que sus críticas a GARDNER, también autopublican sus textos para así «generar» fuente de información.

7. Posición encontrada en las páginas feministas de www.redfeminista.org, Asociación Renuka en su manifiesto publicado en: <http://padresdivorciados.blogspot.com/2007/11/el-sindrome-de-alienacin-parental-sap.html>; igualmente figura en <http://manifiestojuridicosocial.blogspot.com/>.

8. <http://bunnapub.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienacion-parental-aberracion-psicologica-con-tintes-judiciales.html>
Síndrome de Alienación Parental, aberración psicológica con tintes judiciales.

9. <http://bunnapub.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienacion-parental-aberracion-psicologica-con-tintes-judiciales.html>
Síndrome de Alienación Parental, aberración psicológica con tintes judiciales.

10. Página web citada. Síndrome de Alienación Parental, aberración psicológica con tintes judiciales.

Uno de las investigadoras que realiza las más severas críticas se llama María José BLANCO BAREAS¹¹ y es española; lo cuestionable de su posición, por ejemplo, es que desconoce que, en su propio país, la iniciación sexual de las niñas se produce a muy temprana edad. De esta situación refiere toda la literatura sociológica sexual de España, pero que omite clamorosamente BLANCO BAREAS.

Lamentablemente la posición de género nubló toda perspectiva de crítica objetiva a la posición de GARDNER y, por ello, no podemos considerarla siquiera válida, pero es necesario que el lector sí tenga conocimiento porque las feministas continúan con un discurso anacrónico en términos de psicología clínica.

2. El SAP es una teoría autoprovocada por su autor y para ello GARDNER se basó sólo en sus trabajos, autopublicados, evitando someter sus investigaciones a una crítica *peer review* (revisión de publicación académica de contraste por pares).

3. GARDNER no fue un académico propiamente dicho, es considerado por las feministas como un «simple voluntario en la Universidad de Columbia, sin derecho a una remuneración como investigador».

III. CUESTIONANDO LAS CRÍTICAS

Una vez resumidas las principales críticas al SAP, trataremos en la misma proporción de absolver algunas posturas, esta vez con fundamentos lógicos y objetivos.

1. Respecto del cuestionamiento de que el SAP no es ni siquiera un «Síndrome».

Al respecto, debemos señalar y reiterar que si bien en la actualidad el SAP no está aceptado en la Organización Mundial del Trabajo como una patología médica, existen múltiples estudios que fundamentarán su inclusión a dicho catálogo en un futuro cercano. El que no figure en un catálogo de patologías, no implica que no se le reconozca en el futuro.

2. Respecto de que es una variante de otro síndrome.

Al respecto, si bien en un inicio el SAP pudo ser considerado una variable, hoy existen elementos particulares que lo identifican como «autónomo». La principal de ellas es que el progenitor alienante no mata a sus hijos, con el objeto de «perjudicar» al otro progenitor.

3. El SAP no es un síndrome, es una variable de la violencia social (contra la mujer).

Primero, la posición es absurda y se justifica porque es el discurso feminista y, en segundo lugar, existen múltiples patologías producidas por la violencia social, las cuales sí son

11. Mayores referencias: *El Síndrome Inquisitorial Estadounidense de Alienación Parental* por María José BLANCO BAREA. <http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A2=indo412&L=grupo-analisis&F=P&P=2365>.

aceptadas preliminarmente por la OMS. En este contexto tenemos, por ejemplo, el Síndrome de Munchausen y el Síndrome de Estocolmo.

4. El SAP es sólo «tercermundista» y vinculado a sistemas judiciales corruptos.

Curiosa crítica si consideramos que GARDNER la planteó en los Estados Unidos y se propagó inicialmente en países de «primer mundo».

Respecto de los sistemas judiciales corruptos no se ha encontrado justificación a la crítica y por sí sola es descartada.

Eventualmente podríamos considerar que los sistemas judiciales no están capacitados para actuar eficientemente en la tutela de derechos de los niños alienados. Pero una cosa es ineficiencia o ignorancia en la práctica y otra corrupción.

5. El SAP es una ideología sexista y vinculada a la pedofilia.

Ningún investigador del SAP ha osado plantear la idea de ser una «ideología», porque una investigación científica no puede ser «politizada» para favorecer intereses particulares.

Respecto de la vinculación con la pedofilia, debemos considerar que es el intento de obtener un cuestionamiento social sobre una investigación científica, por tanto la crítica no sólo es absurda sino difamatoria, que cuestiona el carácter académico de los críticos.

6. El SAP genera una alta cifra de errores.

Si bien la crítica parte de una verdad, la causa verdadera es que pocos psicólogos prestan asesoría especializada en los juzgados de familia y éstos además no están preparados para realizar tests o pruebas de alienación a los niños o adolescentes.

El enfoque de la observación genera la subjetividad de los resultados objetivos.

7. Sobre las críticas personales a GARDNER.

Las críticas encontradas sólo pueden ser resumidas en un solo término: *absurdas*, por tanto no se ampliará el tema.

IV. ANÁLISIS DEL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

IV.1. Definición del SAP

Entendiendo la descripción que realiza sobre todo François PODEVYN¹², podemos señalar que el SAP es aquel proceso realizado por el progenitor («a») consistente en programar una conducta de rechazo al otro progenitor («b») sin una justificación objetiva.

12. <http://www.anasap.org/salud-mental/el-sindrome-de-alienacion-parental-pas-por-francois-podevyn/>.

IV.2. Exteriorización del SAP

La conducta alienante la realiza el progenitor con el derecho a la tenencia del hijo; sin embargo, el otro progenitor ante tal conducta, cuando tiene acceso al hijo (a través de su derecho a la visita) suele realizar la misma conducta criticable y comienza a generar en el hijo una situación de inestabilidad dado que le exigen una conducta de fidelidad/rechazo que le es imposible de cumplir (conflicto de lealtades).

En la mayoría de casos la conducta de los progenitores alienantes, provoca una reacción de temor en el otro, al cual consideramos «progenitor débil», por cuanto es víctima de violencia familiar (tanto física como psicológica).

Las características frecuentes de este progenitor «débil» son: se encuentra sujeto a un contexto económico de dependencia, por lo general no tiene seguridad personal para la ejecución de actividades sociales, profesionales o personales (incluyendo la toma de decisiones). Adicionalmente, como mecanismo de refugio suele «escondarse» en el ser protegido, buscando una vinculación afectiva y sentimental que enfrente el otro vínculo¹³.

IV.3. Origen del SAP

La causa general que la bibliografía referencial detalla sobre el SAP, se debe sobre todo a los procesos de separación conflictiva de los progenitores.

IV.4. Elementos importantes para el análisis del SAP

Antes de continuar con la descripción del SAP señalamos tres elementos importantes:

- Consideramos pertinente la mención del término «progenitor» frente a la mención del término «padre» o «madre», por cuanto existe la falsa creencia de que sólo la madre es la alienante, porque usualmente tiene la tenencia del hijo. Los actos de alienación no corresponden a un género específico, son realizados eventualmente por los dos progenitores.

- Consideramos dos tipos de progenitores: el «alienante» y el «débil». Cada progenitor puede desarrollar ambas características y la variación dependerá del grado y momento de vinculación con el hijo. Así podrá ser alienante cuando tenga un contacto con el hijo y cuando cese este contacto se convertirá en «débil».

- Se suele considerar que el momento de inicio del SAP es el «divorcio», afirmación que no compartimos porque las parejas no necesariamente llegan a contraer matrimonios o situaciones de vinculación temporaria (convivencia o concubinato) que les otorgue derechos, en términos legales.

13. Interpretando a Jayne MAJOR, «Parents who have successfully fought parental alienation syndrome», en: <http://www.livingmedia2000.com/lpas.htm>.

IV.5. La separación y conflicto entre los progenitores

Los factores que pueden provocar la separación de los progenitores los podemos separar en dos niveles:

A) Factores condicionantes objetivos

Estos factores son aquellos que las leyes sobre Violencia Familiar detallan como causales para interponer o una denuncia penal o un planteamiento de separación de cuerpos y posteriormente una solicitud de divorcio.

En el ámbito penal, la violencia puede ser tanto física como psicológica.

En el ámbito civil, un adulterio o una infidelidad, la injuria grave, la conducta deshonorosa u otras que detalla la ley constituyen elementos «objetivos» justificativos para el comportamiento del progenitor alienante.

B) Autopercepción de víctima

La autopercepción de «víctima» es un elemento condicionante para que el progenitor «débil» no asimile su verdadero estado crítico y omita alternativas de protección tanto legal como personal, como, por ejemplo, la continuidad o permanencia en el hogar con la ex pareja.

Si bien pueden existir elementos «objetivos» para la separación, el progenitor «débil» pondera como elemento de evaluación superior factores tan variados que en otros contextos no los consideraría.

Así, por ejemplo, para la «madre» un factor importante para continuar en el proceso victimante es la poca o limitada disponibilidad de recursos económicos o factibilidad del ejercicio de actividades laborales autónomas y para el caso de los «padres» la disponibilidad del tiempo para la atención directa del hijo o el prejuicio social de que «los varones no se encargan de los hijos».

La característica principal de este factor es el elemento «subjetivo» de la evaluación de factores que realiza un progenitor.

Igualmente la víctima construye conscientemente una realidad convincente y sustentable en argumentos que a medida de la evolución del conflicto se vuelve inconsciente.

Adicional a este factor y como elemento intermedio entre los niveles de conflicto de la pareja, consideramos que existe un tercer elemento que puede provocar la ruptura del buen trato entre los progenitores:

C) El contexto económico

Tanto en términos de la disolución de la relación misma como respecto de la instauración de la nueva relación legal o social conflictiva.

Los «alimentos» procurados para la atención del menor es motivo para ampliar la discordia entre los progenitores, quienes objetan tanto la asignación (a favor del «débil») como el criterio de cuantificación del mismo (a cargo del «alienante»).

Los criterios de interpretación de los alimentos varían dependiendo de quien realice la obligación o el disfrute del derecho.

El obligado a asumir el pago de alimentos suele admitir que le corresponde el derecho a sus hijos, pero los niega respecto del otro progenitor.

Como agravante a esta situación de rechazo, está el hecho de que todo gasto económico que realice el progenitor obligado con sus hijos, en particular los destinados a actividades lúdicas, no es considerado como alimentos, a efectos de que se incluya su cuantificación. Dicha situación provoca en el obligado la percepción de que es el único perjudicado con la exigencia de prestar alimentos y por tanto tratará de disminuir el vínculo económico con sus hijos.

Detonante de mayores problemas se produce cuando existe una nueva pareja en cualquiera de los progenitores. Para el obligado, le generará la necesidad de disminuir la cuota de asignación de alimentos a sus primeros hijos, porque eventualmente deberá asumir los gastos económicos de su nuevo núcleo familiar. Para el caso del progenitor beneficiado con los alimentos, una nueva pareja constituirá un elemento de crítica de parte del otro, en particular porque existirá la percepción de que el derecho del hijo disminuirá para beneficio de la nueva pareja.

Como elemento final en este punto, está el hecho de que el juzgador cuando cuantifica los alimentos no considera que la realidad social económica (en particular de la peruana) sea radicalmente distinta a lo que sucedía dos décadas antes. Hoy, la mujer en la sociedad peruana participa y forma parte de la Población Económicamente Activa. Participación que puede ser desde un punto de vista de una actividad formal o informal, desde una posición profesional o de servicios o desde una posición de dependencia laboral o autonomía laboral.

Lamentablemente y debido a la misma evolución del pensamiento colectivo, sobre todo nacional, el machismo no permite la equiparidad de derechos de la mujer con el varón en el ámbito económico; sin embargo, para el caso del presente análisis, lo mencionado no constituye un elemento justificante para continuar pensando que la mujer no puede generar sus propios recursos económicos, porque la realidad demuestra lo contrario.

Por tanto, el no evaluar esta situación en la asignación y garantía de los alimentos del hijo, constituye una omisión jurisdiccional a un contexto contemporáneo, en particular motivado por las críticas del feminismo obtuso. Posición que inclusive va contra la interpretación literal de la legislación, la cual detalla que la obligación de prestar alimentos corresponde a los *dos* progenitores.

D) Variación del estatus del hijo en el conflicto

La gran conclusión del resultado del conflicto entre los progenitores es la variación del «estatus» del hijo, de ser «sujeto de derechos» a ser un «objeto» por el cual se debe «luchar»

hasta una victoria, que puede ser manifestada en una Resolución Judicial o en una situación específica (rapto, sustracción o retención del menor en forma ilegal o ilegítima).

Los progenitores pierden la perspectiva de sus intereses e incluyen en este nivel a su hijo, pero no como titular de derechos (económicos y afectivos) sino como un elemento que justificará sus conductas y acciones, las cuales están encaminadas a la satisfacción de sus propias necesidades.

Por lo general, los progenitores no comprenden ni asimilan el hecho de que después de la separación con su ex pareja surgen tres niveles de relaciones:

- Entre los progenitores, respecto de la manutención del hijo, respecto de la educación (tanto matrícula como seguimiento) y crianza. Esta relación tiene un momento de finalización, el cual se puede resumir cuando el hijo asume su independencia económica o constituye su propia familia.

- Entre el progenitor «a» con el hijo.

- Entre el progenitor «b» con el hijo.

Como característica principal de este cambio de estatus, podríamos señalar que los progenitores no valoran el hecho del análisis de factores secundarios (el resto de la familia), factores humanos (el propio crecimiento del hijo) y factores temporales (no consideran la eventualidad de que el conflicto decaerá con el tiempo).

En esta perspectiva, los progenitores omiten considerar que sus hijos tienen el derecho de mantener el contacto con los otros miembros de sus familias. Los abuelos, tíos y sobrinos del progenitor, por lo general, no están considerados cuando surge el conflicto que provoca la separación entre los progenitores.

Igualmente también se omite la perspectiva de que el hijo desarrolla sus propios niveles de relaciones a medida que va creciendo.

La falsa sensación en los progenitores de que serán «enemigos» toda la vida, en particular, si la separación se produjo por una causal de divorcio legal (adulterio, por ejemplo) es un factor que impide ponderar y sopesar la necesidad de encontrar elementos comunes a favor del hijo y de esta manera aliviar la tensión existente.

E) Niveles de generación del SAP

Las conductas generadoras del SAP se dividen en dos contextos:

A) LA TRANSMISIÓN VERBAL DE INFORMACIÓN NEGATIVA SOBRE UN PROGENITOR

Actitud y comportamiento provocado por los dos progenitores, dependiendo de cuando tienen un vínculo cercano con el hijo. Frases como «tu papá no te quiere», «tu papá ya no

te quiere dar de comer», «tu papá ya no te quiere porque está con su novia», «tu mamá sólo quiere vengarse», «tu mamá es una floja y no trabaja», etc., constituyen expresiones que usualmente el progenitor alienante utiliza para denigrar al otro progenitor.

En forma complementaria las frases «Si no estás conmigo, no te compro lo que me pides», «si te vas con tu papá/mamá, es porque ya no me quieres», «¿Quién te quiere más?» son utilizadas para provocar el cuestionamiento del afecto sobre el progenitor y provocar como respuesta positiva las acciones alienadas del hijo a favor de quien las plantea.

Estas «gotas de veneno» son repetitivas, constantes, sutiles y con el tiempo son realizadas inconscientemente.

B) LA EJECUCIÓN DE ACCIONES CONDICIONANTES SOBRE EL HIJO

El chantaje del progenitor sobre el hijo es una práctica utilizada por éstos para provocar una acción «favorable» que genere en el otro progenitor la necesidad de realizar acciones semejantes.

De esta manera, ambos progenitores compiten por el afecto de sus hijos provocando acciones específicas, como la premiación de conductas impropias o majaderías contra el otro progenitor.

Por ejemplo, los progenitores con derecho a visitas suelen tener un comportamiento pasivo respecto de la crítica o corrección de conductas impropias en el hijo; esta conducta procura generar la imagen de ser el progenitor «divertido», «relajado» o «bueno» frente a la posición del progenitor con tenencia de ser el «inflexible», «rígido» o «exigente».

Como consecuencia, el hijo genera la falsa impresión de que el progenitor que le otorga o concede mayores beneficios inmediatos es el «mejor» y por quien debe tomar partido en la eventualidad de que se vea forzado a escoger.

La toma de decisión del hijo (desde la lógica de los estímulos superficiales), incrementa los niveles de conflicto entre los progenitores y puede provocar la limitación del contacto con el padre (por lo general).

Las expresiones de cómo se manifiestan estos dos niveles de conducta pueden ser descritos en:

- Manifestación de violencia.

Como la agresión física, la intimidación y otros comportamientos traducidos en el ejercicio de poder.

- Manifestación de miedo.

Puede provocar la negación a la realidad, que puede «justificar» las acciones del progenitor agresor.

A modo de ejemplificar los niveles de generación del SAP, ampliaremos la posición de François PODEVYN¹⁴ explicando situaciones específicas:

1. Rehusar de pasar las llamadas telefónicas a los hijos. «Ha salido con sus abuelos/amigos/tíos», «está haciendo la tarea», «está descansando».

2. Organizar varias actividades con los hijos durante el período que el otro progenitor debe normalmente ejercer su derecho de visita. En particular en épocas de vacaciones escolares, con la inscripción en actividades escolares extra curriculares que limitan el contacto del progenitor sin tenencia, forzando a que éste «ceda» su tiempo en aras del bienestar futuro del hijo.

3. Presentar a la nueva pareja a los hijos y exigirles un respeto o atención desproporcionada como si se tratase de su nueva madre o su nuevo padre. («padre/madre es quien cría» es la justificación que planifica el progenitor alienante).

4. Interceptar el correo y los presentes mandados a los hijos. La privacidad del hijo no es admitida por el progenitor alienador, quien sobre su falsa percepción intenta salvaguardar la integridad del menor. Sus acciones, por tanto, están justificadas ante el otro progenitor y ante su propio hijo.

Adicional al perjuicio que provoca en el menor y en el otro progenitor, el progenitor alienante suele autoprovocarse niveles de paranoia.

5. Desvalorizar, ridiculizar e insultar al otro progenitor delante de los hijos.

6. Omisión de información al otro progenitor sobre las actividades en las cuales los hijos desarrollen actividades protagónicamente (actividades deportivas, actuaciones teatrales, actividades escolares) procurando que el hijo tenga la percepción de que no existe interés del otro progenitor sobre sus actividades.

7. «Olvidar» u omitir información importante al otro progenitor de situaciones importantes para el hijo (visitas al dentista, médico, psicólogo, colegio, amistades), o situaciones especiales (atención médica de emergencia, llamada de atención por conducta en el colegio, llamadas de atención por conducta de parte de los vecinos o amistades en común).

8. Hablar de manera descortés del nuevo cónyuge del otro progenitor («el novio de tu mamá vende jugos»).

9. Impedir al otro progenitor ejercer su derecho de visita.

10. Generar un entorno alienante sobre el hijo, involucrando (conscientemente e inconscientemente) a los abuelos, familiares, amistades y, si la hubiera, a la nueva pareja.

14. El SAP por François PODEVYN, <http://www.anasap.org/salud-mental/el-sindrome-de-alienacion-parental-pas-por-francois-podevyn/>.

11. Tomar decisiones importantes a propósito de los hijos sin consultar con el otro progenitor (elección de la religión, elección de la escuela, elección de regalos importantes)¹⁵.

12. Cambiar (o intentar cambiar) los apellidos o los nombres de los hijos, en particular procurando incluir el apellido de la nueva pareja en el entorno del hijo.

13. Impedir al otro progenitor acceder a los expedientes escolares y/o médicos de los hijos. En España, los jueces han modificado la tenencia a favor del progenitor «débil» cuando se ha evidenciado la omisión de información importante sobre la salud del hijo, en los casos donde se ha internado clínicamente a éste, al acreditarse violencia psicológica respecto de la información del hijo en tratamiento médico.

14. Planificar vacaciones con los hijos sin considerar la posición del otro progenitor. En particular esta decisión está vinculada al hecho de salir del ámbito geográfico donde reside el otro progenitor.

15. Denigrar, criticar o cuestionar las compras y regalos entregados por el otro progenitor, con el objeto de valorar positivamente las compras y regalos dados por el alienante.

16. Restricción de la comunicación y/o vínculo paterno-filial, al nivel de llegar a los extremos de prohibir todo tipo de relación (obstrucción de vínculo paterno-filial)¹⁶.

17. Reprochar el comportamiento inadecuado de los hijos al otro progenitor. «Tú los engrías mucho»; en términos de Douglas DARNALL el progenitor alienante es el constructor de las ilusiones del hijo¹⁷.

F) Identificación de conductas alienantes

A) LIMITACIÓN DEL VÍNCULO ENTRE EL PROGENITOR SIN TENENCIA CON EL HIJO

Inconscientemente el progenitor con tenencia realiza acciones con respecto de la planificación del tiempo del hijo, en particular en épocas en las cuales tiene planificado tener una convivencia con el otro progenitor.

El progenitor sin tenencia, igualmente, procura ampliar su ámbito temporal de convivencia en perjuicio del otro progenitor, sobre la base de la escasez del tiempo de disfrute del contacto.

15. En Argentina, en la actualidad se viene ventilando judicialmente un proceso respecto de la autorización de una madre para circuncidar a su hijo, sin la autorización del padre. El conflicto se trasladó a la vía judicial cuando los médicos solicitaron el permiso expreso del padre, quien no lo proporcionó y la madre interpuso la acción judicial.

16. «Puedes ver al hijo cuando quieras, nunca se te negará verlo; pero lo verás cuando esté, con mis condiciones y bajo mi supervisión».

17. DOUGLAS DARNALL «Protecting your children from parental alienation», citado por MAJOR, p. 28.

B) OBSTRUCCIÓN DEL VÍNCULO ENTRE EL PROGENITOR SIN TENENCIA CON EL HIJO

Es la conducta extrema del anterior punto. El progenitor (con tenencia y sin dicho derecho) realiza acciones con las que trata de negar la presencia de su contraparte en la vida de su hijo.

C) PLANTEAMIENTO DE DENUNCIAS FALSAS Y ACCIONES JUDICIALES TEMERARIAS Y MALICIOSAS

Como resultado de las acciones de parte del progenitor perjudicado con las acciones del progenitor alienante, se genera una reacción natural: se judicializa el conflicto.

Sin embargo, las acciones iniciales de proteger al hijo pueden confundir al progenitor, ocultando su verdadera intención, que es la satisfacción de sus intereses por «recuperar» o «tener en exclusiva» a su hijo, provocando la justificación de realizar acciones temerarias y maliciosas en el ámbito judicial.

Denuncias como la omisión de alimentos (en particular, respecto de fechas, donde se suele exagerar y respecto de los alimentos entregados sin registro de recepción: «el padre nunca prestó alimentos»), violencia familiar (sobre todo maltrato psicológico: «el padre constantemente me humillaba»), constituyen herramientas recurrentes que terminan dilatando el proceso judicial y generan un sobre costo innecesario a los organismos jurisdiccionales, quienes por ley se verán obligados a tramitar dichas denuncias.

A pesar de que son acciones temerarias y maliciosas, los juzgados no suelen sancionar estas acciones y a pesar de que se exige una motivación de las resoluciones, respecto de las denuncias de acciones temerarias, se omite un pronunciamiento sobre lo planteado en forma negligente y deliberadamente.

Las quejas y denuncias a funcionarios judiciales por estas circunstancias, igualmente, son la segunda etapa de las acciones judiciales del progenitor perjudicado, pero esta vez sí cuentan con un elemento objetivo para la tramitación de sus recursos: o la inacción del órgano judicial o la omisión de pronunciamiento.

Bajo este contexto, el progenitor «débil» termina generando dos relaciones procesales: a) con el otro progenitor y b) con el juez (generalmente mujer), generando en la percepción del litigante (progenitor débil, sobre todo varón), de que la jueza es una «nueva abogada» en la causa principal.

A partir de esta percepción, en las audiencias, en las notificaciones y en todo trámite judicial, se deberá tener presente la animadversión del juzgador sobre el litigante que planteó la queja o la denuncia, respecto de la interpretación de sus resoluciones judiciales. El juzgador termina emitiendo resoluciones vacías, sin contenido ni referencia sobre lo planteado o sólo indicando «téngase presente en cuanto fuere de ley».

D) CONFLICTO ABSOLUTO ENTRE LOS PROGENITORES

La relación personal entre los progenitores tiene un nivel de rechazo absoluto.

E) EXIGENCIA DE LOS PROGENITORES PARA QUE EL HIJO OPTE POR UNO DE ELLOS

Entre la opción de ser «abandonado» y ser el «favorito» por cada progenitor, el hijo desarrolla un conflicto de fidelidad frente a sus progenitores.

Como reacción natural frente a este conflicto, el hijo desarrolla una nueva conducta, que puede ir desde la manipulación (aprovechando la necesidad de búsqueda de fidelidad del progenitor) hasta la depresión, que puede inclusive provocar el suicidio infantil¹⁸.

G) Niveles de reacción del hijo ante el SAP

El hijo puede reaccionar de dos maneras ante las manifestaciones del SAP realizadas por sus progenitores:

A) ASIMILANDO LA ALIENACIÓN

Traducida sobre todo en la búsqueda de la estabilidad emocional y fortaleciendo el vínculo con el progenitor alienante, caracterizado en la satisfacción de un interés, o del progenitor o del hijo.

Como consecuencia de esta asimilación existe una asignación de características personales equivocadas respecto del progenitor «débil», que con el tiempo se traducirá en una desvinculación afectiva.

MAJOR procura explicar la teoría de GARDNER, desarrollando los síntomas y conductas manifestadas por el hijo alienado:

- 1) Los argumentos del hijo alienado no justifican su conducta o proceder.
- 2) El hijo alienado manifiesta una seguridad exagerada en su relación con sus progenitores (confianza con el alienante y desconfianza y rechazo con el «débil»).
- 3) El hijo manifiesta una «independencia» en la toma de sus decisiones y «autonomía» en el desarrollo de su conducta social, inusuales y provocadas por el progenitor alienante.
- 4) El hijo no tiene conflicto de responsabilidades, es seguro en sus decisiones (equivocadas).
- 5) El hijo asimila «hechos» de conformidad a los argumentos del progenitor alienante; hechos que inclusive no necesariamente los ha vivido.

Estas conductas son analizadas en una perspectiva de tres niveles:

- 1) Nivel de alienación ligera. La conducta del hijo es variable según el progenitor.

18. Véase: *El Comercio* de fecha 18 de diciembre de 2006. Igualmente véase el diario *La República* de fecha 17 de diciembre de 2007.

2) Nivel de alienación medio. Asimilación de la personalidad del progenitor en forma excluyente y en términos opuestos (bueno/malo, positivo/negativo, comprensión/crítica).

3) Nivel de asimilación grave. Son los hijos fanáticos del progenitor alienante. Desarrolla paranoia y miedo exagerado.

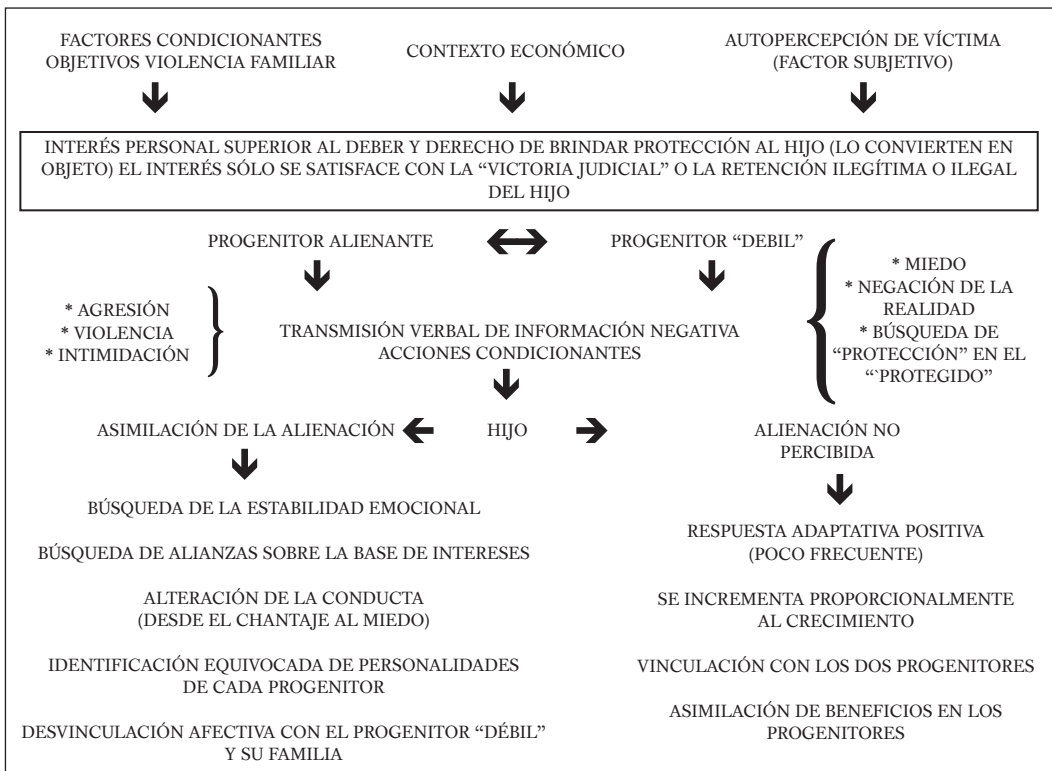
B) NO PERCIBIENDO LA ALIENACIÓN

En particular cuando el hijo se encuentra en una etapa de crecimiento (adolescencia) y cuando ya tiene un nivel de relaciones personales con terceras personas.

El hijo se «adapta» al contexto conflictivo que vive y procura no involucrarse en el conflicto de los progenitores no tomando en cuenta las conductas alienadoras de sus progenitores.

El nivel de madurez del hijo (no necesariamente frecuente) provoca en los progenitores la fatiga en el conflicto y cuando observan tal situación, asimilan su condición de progenitores y no «propietarios del bien llamado hijo».

Para explicar gráficamente todas estas descripciones, observamos el siguiente cuadro resumen:



V. ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS DEL SAP

a) En el ámbito nacional, no existen estadísticas oficiales respecto del porcentaje de progenitores alienadores, hijos alienados ni sobre la violencia familiar psicológica que se produce después de la separación de los progenitores, con lo cual se genera una cifra negra que no puede ser obviada en el estudio de los procesos judiciales de familia.

Las cifras que existen se limitan a Distritos Judiciales urbanos, a Cortes de Apelación (Segunda Instancia) y con facilidades logísticas, por tanto, los márgenes estadísticos no ofrecen una garantía para afirmar la objetividad de la investigación.

b) Los polos opuestos de los efectos del SAP van desde la desvinculación del vínculo entre un progenitor con su hijo hasta el suicidio infantil.

c) No existe una posición definida de los efectos y naturaleza del SAP en los psicólogos, al nivel inclusive que muchos de ellos no son conscientes de los efectos alienadores en las respuestas de los niños y adolescentes, cuando son sometidos a una prueba pericial, para determinar un régimen de visitas o concesión del derecho a la tenencia.

d) El origen del SAP se produce como consecuencia del rompimiento de la relación cordial y amable entre los progenitores (las rupturas no son fáciles) y se incrementa cuando se plantea en vía jurisdiccional la definición de la custodia y tenencia del menor.

e) En los niños se produce una «concientización» de las cualidades positivas del progenitor con quien tiene una relación directa, generalmente en su domicilio, en oposición a la percepción de los defectos personales del progenitor con quien el menor no tiene convivencia familiar.

f) El SAP puede ser provocado por cualquiera de los dos progenitores, sin embargo, suele convertirse mayoritariamente en «progenitor alienante» quien tiene la tenencia legal y física del menor. El progenitor sin este derecho, igualmente, puede convertirse en alienante al utilizar el tiempo disponible en el ejercicio de su derecho de visita en denigrar al otro progenitor.

g) El progenitor alienante, por lo general, basa su conducta y en deseos de obtener «justicia», «revancha» o «la protección de su hijo»; fundamentos que le «motivan» a evitar el contacto entre su hijo con el otro progenitor.

En esta perspectiva, las razones están vinculadas a contextos subjetivos y no a razones objetivas; razón por la cual los ámbitos de impartición de justicia del juzgador se limitan porque resulta complicado exigir tratamientos psicológicos o de asistencia social, en una sociedad, como la nuestra, donde los problemas económicos son una de las razones principales que provocan la separación de la convivencia familiar entre los progenitores.

h) Los problemas del SAP se incrementan si uno de los progenitores (o los dos) retoma/rehace su vida afectiva y tienen una nueva relación con una tercera persona. Adicional al natural rechazo del hijo, la conducta del otro progenitor ante esta nueva situación suele ser la de exacerbar los ánimos del hijo en el rechazo a la nueva pareja.

i) Frente al hecho de la nueva situación afectiva de los progenitores, en el niño o adolescente, se puede observar un conflicto de «lealtad», perjudicándose su propia percepción de los niveles de afecto («ya no me quieres, quieres a tu novio», «sólo a él lo atiendes», «no quieres jugar conmigo porque estás con tu novio», «no quieres ir donde la abuela porque vas a salir con tu novio»).

En este sentido, se debe diferenciar el natural rechazo del hijo a la nueva pareja que puede traducirse en una rabieta, el cual tiene un contexto de análisis «subjetivo», con la diligencia «objetiva» en el cuidado del menor, que no necesariamente será aceptado ni por el hijo ni por el otro progenitor.

j) La directa proporcionalidad entre la ausencia de convivencia familiar entre el progenitor sin tenencia con la «memoria» afectiva de éste.

A medida que el niño o adolescente crecen, muchos de los recuerdos positivos de la relación padre/madre-hijo se perderán. Si bien esto es un fenómeno natural en el desarrollo humano, el problema radica en que la ausencia de estos «recuerdos» provocarán la necesidad de rescatar vivencias que no necesariamente deberían permanecer, como, por ejemplo, las llamadas de atención o las peleas entre los progenitores «por su culpa», tal como suelen llamar a este proceso.

k) El niño o adolescente alienado suele asimilar el lenguaje y las expresiones del progenitor alienante, que lo descontextualiza de su entorno y de las relaciones afectivas con el progenitor sin tenencia y con la familia de éste.

El lenguaje y las expresiones son ajenos al entorno del progenitor «débil» y la rectificación o las sanciones disciplinarias para modificar tal conducta, suele incrementar la falsa percepción en el niño o adolescente de que existe una situación en la que es la «víctima» y le da la razón al progenitor alienante, porque no puede discernir su propio juicio.

l) En los conflictos donde se observa SAP suele advertirse que los progenitores son proclives a formular denuncias falsas o adulterar los hechos a efectos de favorecer su posición y de esta manera incrementar sus derechos y limitar los derechos del otro progenitor.

Las denuncias falsas, temeridad y malicia procesal suelen ser planteadas por los progenitores, tengan o no la tenencia, porque parten con la falsa premisa de que pueden provocar la suspensión y hasta la extinción de la patria potestad del «rival».

En este sentido, la «victoria judicial» sólo constituye un beneficio al progenitor que planteó la acción y un total perjuicio para el niño o adolescente, quien por la redacción del Código del Niño o adolescente se ve limitado en cuanto a sus derechos de opinar sobre su estado.

El solo «escuchar» y «tomar en cuenta» son expresiones vacías que no generan vinculación efectiva y que finalmente el juzgador no considera al momento de resolver y puede provocar la asignación de la tenencia al progenitor alienante, si el informe pericial está realizado por un psicólogo que no admite el SAP como problema en el interior de una familia desmembrada.

m) El SAP provoca tres niveles de relaciones y en todas éstas el resultado es el mismo: relaciones conflictivas.

- Progenitor «débil» (sin tenencia) con su hijo.
- Progenitor alienante con su hijo.
- Progenitor «débil» con el progenitor alienante.

En este nivel, inclusive, se desarrollan cuatro tipos de parejas, a criterio de Ignacio BOLAÑOS¹⁹:

Parejas	Conflicto	Ambivalencia	Comunicación
Enredadas ²⁰	Alto	Alta	Alta
Autistas ²¹	Bajo	Alta	Baja
Conflicto Abierto ²²	Alto	Baja	Alta
Desligadas ²³	Bajo	Baja	Baja

Como conclusión parcial de todas estas situaciones de relaciones humanas, se puede determinar que el gran perjudicado es el niño o adolescente.

Los progenitores no pueden separar los niveles de relación humana entre sí (problemas propios de la separación) con respecto de los intereses, garantías y derechos de sus propios hijos. Son dos niveles que los progenitores, tanto el alienante como el «débil», no logran percibir en su real dimensión, por cuanto operan bajo una percepción subjetiva justificante.

VI. DIFERENCIA ENTRE EL SAP Y OTRAS CONDUCTAS DE LOS PROGENITORES (ABUSO O DESCUIDO)

Después de la quiebra de la unión familiar, las conductas tanto de los progenitores como del hijo varían indefectiblemente.

Las conductas pueden variar desde el descuido (en directa relación a la situación económica o a la desidia en la atención) o al abuso (el cual siempre es pre existente a la quiebra de la unión familiar).

19. Ignacio BOLAÑOS, Tesis Doctoral: «Estudio descriptivo del Síndrome de Alienación Parental en procesos de separación y divorcio. Diseño y aplicación de un programa piloto de mediación familiar», Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2000, p. 48.

20. Las características de las parejas «enredadas» debaten intensa e interminablemente los pros y contras de la ruptura. Trasladan la ejecución de la ruptura a un período temporal indefinido. Suelen aceptar el decaimiento de la relación, pero no la separación.

21. Las características de la pareja «autista» radica en el nivel de aceptación del conflicto, al cual evitan tanto física como emocionalmente.

22. Esta pareja acepta el nivel de decaimiento de la relación, individualmente tienen mejores niveles de comunicación para con la otra parte y pueden generar mejores relaciones interpersonales.

23. La característica principal es la incomunicación existente entre la pareja por espacios temporales prolongados, lo cual no provoca reacciones emocionales exageradas.

La diferencia bien puede parecer sutil para los progenitores, sin embargo GARDNER desarrolla un cuadro (que ampliamos) en el que establece la diferencia entre el abuso o descuido de las conductas provocadas por el SAP²⁴:

Criterios	Manifestaciones
1) Respetto de los recuerdos del hijo	Caso de abuso o de descuido El hijo abusado recuerda muy bien lo que le ha pasado; Una palabra/hecho basta para activar la denuncia del abuso, proporcionando información detallada. Caso de síndrome de alienación El hijo programado no necesariamente ha vivido lo que el progenitor alienador afirma. Necesita más ayuda para «recordar» los acontecimientos. El progenitor y también el hijo responden contradiciéndose si las preguntas se realizan por separado.
2) Respetto de la percepción de conductas en el progenitor	Caso de abuso o de descuido El progenitor «débil» de un hijo abusado se da cuenta de los efectos que trae la destrucción progresiva del vínculo con su hijo; éste lo acusa de abandono o de desprotegerlo. En una negación de la realidad el progenitor «débil» tratará de reducir los niveles de los abusos y salvar la relación con el otro progenitor que abusa del hijo. Caso de síndrome de alienación El progenitor alienador no se da cuenta de sus acciones cuando ya existe el problema. Inicialmente planifica sus acciones pero «justifica» su proceder en base a la satisfacción de sus intereses.
3) Respetto de la patología del progenitor	Caso de abuso o de descuido En el caso de comportamientos psicopatológicos, un progenitor que abusa de sus hijos presenta también estos comportamientos con el otro progenitor, terceras personas y en otros contextos en los cuales se relaciona. Caso de síndrome de alienación El progenitor alienador no traslada esta patología a otros contextos.
4) Respetto de las víctimas complementarias del abuso	Caso de abuso o de descuido Un progenitor que acusa al otro de abuso de sus hijos lo acusa en general también de acciones de abuso contra su persona. Caso de síndrome de alienación Un progenitor alienante también sufre las consecuencias de su proceder, porque provoca la reacción del progenitor «débil», quien se convierte también en alienante.

24. Richard GARDNER, «March 2000 addendum», <http://rgardner.com/refs/addendum2.html>.

Criterios	Manifestaciones
5) Respetto del momento del problema	Caso de abuso o de descuido Las quejas de abuso se expresan o se judicializan antes de la separación. Caso de síndrome de alienación La campaña de alienación empieza después de la separación, se incrementa en la judicialización del conflicto y explota cuando uno de los progenitores tiene una nueva pareja.

VII. PLANTEANDO REMEDIOS

VII.1. En los casos donde los progenitores separan sus intereses de sus obligaciones de protección y cuidado del hijo

a) En una separación de los progenitores, sea cual fuese la causa que lo haya provocado, no podrá plantearse ningún método que garantice un crecimiento psicológico «normal» al niño o adolescente, si los adultos no tienen *madurez y personalidad* para afrontar directamente sus problemas.

Si los adultos ceden en sus pretensiones absolutas respecto de la vinculación con sus hijos, eventualmente el camino para garantizar la protección y satisfacción de las necesidades del niño pueden encontrar un camino que permita no sólo la vinculación de los progenitores con sus hijos, sino una relación amable entre los adultos, porque finalmente y aunque no lo quisieran, deberán estar involucrados en una serie de situaciones hasta prácticamente la autonomía personal del hijo.

b) Una vez garantizada la voluntad de los progenitores de ceder sus posiciones frente a las de sus hijos, es recomendable que en las familias en las que el niño conviva se generen vínculos afectivos entre sus integrantes, para garantizar el desarrollo social, la identificación familiar y la autopercepción de elementos culturales (como la identidad étnica o lingüística, por ejemplo).

c) Si bien, el crecimiento en dos hogares implica una distorsión de la realidad familiar del niño o adolescente, se debe entender que esta situación responde a un hecho progresivo y no a una situación inmediata.

En tal sentido y de conformidad a la cesión de posiciones de los progenitores, la convivencia familiar del menor con cada progenitor le permitirá no sólo un contacto directo con ellos, sino que, además y de acuerdo a su propio desarrollo físico y psicosocial, un mayor nivel de percepción de las relaciones entre adultos, facilitándole su incorporación como miembro a la sociedad.

d) La factibilidad de acordar una tenencia compartida de parte de los progenitores exige que cuando hagan uso del período de disfrute de sus hijos, no lo desperdicien tratando de disminuir la percepción o imagen que el hijo tiene del otro progenitor.

Adicional es un tiempo perdido de convivencia familiar que eventualmente generará la disolución del convenio entre los progenitores y la judicialización del conflicto familiar.

Por tanto, el progenitor debe considerar la calidad y proporcionalidad del tiempo de vinculación que cuenta a su favor, frente a las diferentes realidades económicas, sociales y familiares que pudieren rodearle. En múltiples ocasiones lo recomendable será vincular a la familia ascendente, incrementándose los efectos positivos en el desarrollo psicosocial y familiar del hijo, por cuanto los abuelos, con otra perspectiva de vida, le brindarán al menor una atención diferente a la que usualmente le dan sus progenitores.

e) El diálogo entre los progenitores respecto de la atención de las necesidades del hijo permitirá que éstos puedan coordinar métodos de control y disciplina en la educación y crianza, evitando situaciones de aprovechamiento malicioso, chantaje emocional o toma de posición a favor del progenitor «más consentidor o flexible».

f) Los progenitores nunca deben considerar como primera opción la opinión de sus hijos en forma exclusiva para la toma de decisiones. En particular, porque esta opinión no se sujetará a garantizar las necesidades en términos de largo plazo sino sólo los intereses inmediatos.

VII.2. En los casos donde exista clima conflictivo

g) En estos casos, ni el juez ni terceras personas que pueden ser mediadoras, pueden plantear que las decisiones respecto de la crianza, educación y bienestar del hijo sean colectivas, porque nunca habrá acuerdo favorable ni positivo.

Se debe esperar la mejora de las relaciones entre los progenitores para recién plantear los mecanismos de toma de decisiones colectivas.

En este sentido, el juez deberá encargar la toma de decisiones a un solo progenitor y conminar la garantía de que se cumplirá la ejecución de tal decisión. Por ejemplo, en la toma de decisión de la matrícula escolar.

h) Las terapias y apoyos psicológicos no deben plantearse al inicio o en plena situación de conflicto entre los progenitores, quienes deben darse cuenta de su posición intransigente y perjudicial, para así iniciar cualquier tipo de terapia, de lo contrario no sólo será un gasto (humano, económico y familiar) innecesario sino que además se incrementarán las tensiones por el fracaso de ésta.

i) En términos legales, el juzgador debe plantear un mecanismo progresivo de vinculación del hijo con sus dos progenitores, si se puede solucionar el conflicto en el corto plazo y si el conflicto se basa en cuestiones no negociables, se debe plantear primero una separación progresiva del vínculo entre el hijo alienado y el progenitor alienante, el cual puede llegar a una suspensión del derecho de visitas o variación de la tenencia (según sea el caso) a favor del progenitor «débil» (sin importar consideraciones de género).

La imposición de sanciones legales debe ser planteada proporcionalmente a las acciones alienantes, de este modo GARDNER propone:

- 1) Reducción o incremento de la cuota alimentaria.
- 2) La imposición de obligaciones: asistencia a sesiones de terapia, asistencia a actividades escolares del hijo, etc.
- 3) El planteamiento de variación de residencia para el progenitor «débil».
- 4) Suspensión de visitas.
- 5) Limitación y restricción al régimen de visitas (imposibilidad de convivencia en el hogar del otro progenitor y la posibilidad de pernoctar en dicho domicilio).

BIBLIOGRAFÍA

La bibliografía referencial peruana no aborda directamente el problema del SAP, por ello se ha tenido que tomar en cuenta referencias de Internet, validadas con referencias bibliográficas explícitas.

- Alfred LOWENSTEIN, «Parent alienation syndrome, a two step approach toward a solution», 1998, en <http://www.fact.on.ca/Info/pas/loweng8.htm>.
«Parental alienation and the judiciary», 1999, en <http://www.fact.on.ca/Info/pas/loweng9a.htm>.
- Alison WHITMER TUMAS, «What judges want (and children dream)», en Linda GUNSBERG y Paul HYMOWITZ, *The handbook of divorce and custody*, The analytic press, Hillsdale, New York, 2005.
- Amy BAKER, *Adult children of parental alienation syndrome. Breaking the ties that bind*, Norton, New York, 2007.
- Andrew GUMBEL, «Child Psychiatrist Who Developed the Theory of Parental Alienation Syndrome», en Kathleen SULLIVAN, *Unshackled: a survivor's store of mind control*, Dandelion Books, Tempe-Arizona, 2003.
- Brian FRIENDLANDER y otros, «Therapeutic Work with alienated children and theories families», *Family Court Review. An interdisciplinary Journal*, núm. 39 (3), 2001, pp. 316-333.
- «Childalienation. Brainwashing children against fathers», en <http://childalienation.com>.
- Douglas DARNALL, *Divorce casuality: protecting your children from parental alienation*, Taylor Publication, Dallas, Texas, 1998. Información adicional en Internet en: <http://www.parentalalienation.com/PASfound2.htm>.
- Fancois PODEVYN, «El Síndrome de Alineación Parental», traducido por Paul Willekens, revisado y corregido por Joaquín José Veloso. 2001, en <http://www.psicologiajuridica.org>.
- Graciela MANONELLAS, *La responsabilidad penal del padre obstaculizador: Ley 24.270, Síndrome de Alienación Parental (SAP)*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

- Ignacio BOLAÑOS, Tesis Doctoral: *Estudio descriptivo del Síndrome de Alienación Parental en procesos de separación y divorcio. Diseño y aplicación de un programa piloto de mediación familiar*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2000.
- Jayne MAJOR, «Parents who have successfully fought parental alienation syndrome», en <http://www.livingmedia2000.com/pas.htm>.
«Parents who have successfully fought parental alienation syndrome», en <http://www.livingmedia2000.com/pas.htm>.
- John DEWAR y Stephen PARKER, *Family Law. Internacional Society on Family Law. World Conference*, Hart Publishing, Oxford, 2003.
- Judith WALLERSTEIN, *Padres e hijos después del Divorcio*, Vergara, Buenos Aires, 1989.
- Judith WALLERSTEIN y Sandra BLAKESLEE, *Los Niños... ¿Qué? Cómo guiar a los hijos antes, durante y después del divorcio*, Grupo Editorial Norma, Buenos Aires, 2002.
- María José BLANCO BAREA, «El diagnóstico Diferencial del Enigmático. Síndrome de Alineación Parental», en <http://cvu.rediris.es/pub/bscw.cgi/101564713>.
«El Síndrome Inquisitorial Estadounidense de Alienación Parental», en <http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A2=indo412&L=grupo-analisis&F=P&P=2365>.
- Joseph Bouchard, Mary Thorton y otros, *Officials describe «cult rituals» in child abuse case*, Washington Post, Washington, 1987.
- Meter JAFFE, Nancy LEMON y Samantha POISSON, *Child custody & domestic violence*, Sage Publications, California, 2003.
- Mónica RINCÓN ACEREDA, «A propósito del síndrome de alineación parental», en <http://www.psico-logiajuridica.org/psj144.html>.
- Pamela RICHARDSON, *A Kidnapped mind: a mother's heartbreaking store of parental alientation syndrome*, Dundurn, Toronto, 2006.
- Richard GARDNER, «Recommendations for dealing with parents who induce a parental alienation syndrome in their children», 1998, en <http://rgardner.com/refs/ar3.html>.
«Differentiating between the parental alienation syndrome and bona fide abuse/neglect», en <http://rgardner.com/refs/ar1.html>.
«Family therapy of the moderate type of parental alienation syndrome», 1999, en <http://rgardner.com/refs/ar2.html>.
The Parental Alienation Syndrome, Cresskill, Creative Therapeutics, New York, 1992,
«March 2000 addendum», en <http://rgardner.com/refs/addendum2.html>.
«Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation. Which diagnosis should evaluators use in child custody disputes?», *American Journal of Family Therapy*, núm. 30 (2.º semestre), 2002, pp. 93-115.
«Misinformation versus facts about the Contributions», publicado en la página web personal de Gardner en el año 2002: www.rgardner.com http://www.rgardner.com/refs/misperceptions_versus_facts.html.

- Richard GARDNER y Alfred LOWENTIN, *El libro para los chicos de padres separados, con una introducción para padres*, Galerna, Buenos Aires, 1978.
- Richard GARDNER y Richard SAUBER, *The internacional handbook of parental alienation syndrome: conceptual, clinical and legal considerations*, Charles Thomas, Springfield-Illinois, 2006.
- Richard WARSHAK, *Divorce poison*, Harper Collins, New York, 2002.
- Thomas FABIAN y otros, *Nuevos caminos y conceptos en la psicología jurídica*, Lit Verlag, Berlín, 2006.
- Thomas GORDON, *Parent Effectiveness Training. The tested new way to raise responsible children*, Wyden, Michigan, 1970.
- Página web de la Red Feminista: www.redfeminista.org.

Revista de **Derecho de** **familia**

TRIBUNA ABIERTA

LOS PAGOS PARCIALES EN EL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES

MERCEDES DE LOS RÍOS GONZÁLEZ

ABOGADA

Un sector jurisprudencial viene entendiendo que en el delito de impago de pensiones, a diferencia de lo que ocurre en otros delitos y plasmado en el artículo 227 del CP que, una vez, existiendo sentencia firme civil no es tan necesaria la prueba respecto a los medios económicos del imputado en este tipo de infracciones, pero ante esta postura se tiene que alegar la que se basa en que el Juez Penal no está sometido a los efectos prejudiciales de las sentencias civiles ya que los principios que rigen ambos procedimientos son totalmente diferentes y las propias exigencias que derivan del Estado de Derecho que exigen que la prueba en el proceso penal sea plena y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia ya que, en caso contrario, supondría volver a la denostada prisión por deudas, expresamente prohibida por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, precepto que se integra en nuestro ordenamiento jurídico conforme a lo dispuesto en los artículos 10.2 y 96.1 de la CE, habría que plantearse sobre si se está o no ante la comisión del mencionado delito en aquellos supuestos en los que se podría excluir por imposibilidad de incumplimiento, solución a la que podría llegarse desde la propia naturaleza jurídica del comportamiento omisivo, conforme a la cual el delito se comete cuando se omite la conducta debida pudiendo hacerla. De todo este planteamiento inicial se van a delimitar los supuestos en los que no se ha omitido la conducta debida y la falta de concurrencia de los requisitos exigibles por el artículo 227 del CP permiten excluir la condena ante determinados impagos.

En primer lugar, habrá que estar al Comportamiento del acusado. Dicha conducta ha de ser situada dentro de unas concretas circunstancias personales determinadas y en el marco de determinados datos a partir de los cuales se infiere de una manera razonada que no se actuó dolosamente y con ánimo malicioso de abandonar sus deberes familiares. Diferentes serían de aquellos comportamientos que implican ciertas irregularidades en el pago, es decir, habría que plantearse qué carácter ha de ser atribuido a los mismos y aquellos otros gastos que han venido a hacer frente al sostenimiento de la familia y a los que el acusado ha venido haciendo frente sin que existiera obligación de pago en la resolución judicial.

Existen casos en la práctica en los que no se deja abandonada a la familia al hacer frente a una serie de pagos consistentes en ingresos en cuenta que no se corresponden con

el *quantum* establecido en concepto de pensión alimenticia y/o compensatoria, abono de seguros de la vivienda familiar, sanitarios, actividades escolares de los hijos, etc.

Por lo que se debe dejar a un lado la postura de quien ejerce la acusación en este tipo de procedimientos y pretende que el artículo 227.1 sea interpretado de una manera extensiva en contra del reo, y, ello, es así, porque tratándose de un precepto penal sus términos y contenido han de interpretarse estrictamente y nunca de forma extensiva. El elemento definidor del delito es que el que lo comete «es el que dejare de pagar cualquier tipo de prestación»; dejar de pagar equivale a omitir pero no se puede extender a quien ha hecho frente a cargos correspondientes a deudas familiares, IBI, aseguradoras, etc.

Existen supuestos, y sobre todo en estos tiempos de crisis que ahora soplan, en los que el obligado al pago no puede hacer frente a la cantidad completa de lo estipulado en la resolución judicial dictada en el procedimiento de familia, es decir, o no se pueden abonar las pensiones completas haciéndose frente a pagos parciales o, incluso, supuestos en los que durante tres meses consecutivos no se abona cantidad alguna, sin que estemos ante un efectivo incumplimiento en los términos que expresa el artículo 227.1, sin que a la defensa le sea posible probar hechos negativos correspondiendo dicha carga a la acusación ya que no puede exigirse al condenado mayor actividad probatoria de descargo, la acusación por contra debe probar la existencia de todos los elementos que integran el tipo penal y si se estima que el acusado dispone de mayores medios se debe probar su existencia, pues de lo contrario se está exigiendo a quien está amparado por la presunción de inocencia que efectúe prueba de un hecho negativo, cual es que no tiene ingresos.

Y todo este planteamiento se debe a que habría que tener en cuenta el concepto de alimentos del artículo 142 del Código Civil, en el que se han de comprender incluido todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación. Por lo que se entendería que ha sido satisfecha la obligación alimenticia en aquellos supuestos en los que si bien no se han realizado los abonos de las pensiones alimenticias de forma íntegra pero sí cuando se satisface los colegios privados de los hijos en solitario, los viajes de estudios, gastos de alojamiento a hijos que estudian fuera, etc. Y si bien es cierto que todo este conjunto de gastos realizados no llegan a lo que previene la sentencia civil, también es cierto que la doctrina jurisprudencial viene apreciando la inexistencia de delito, compensación unilateral de deudas; deducir de la suma establecida a favor del cónyuge en concepto de pensión compensatoria aquellos gastos correspondientes a pagos que el acusado hubo de afrontar y cuya satisfacción correspondía a la beneficiaria de la pensión; inexistencia de efectiva afectación del bien jurídico protegido.

Es necesario también analizar el comportamiento de la acusación cuando es esta parte procesal la que desarrolla a lo largo de la existencia de una previa ejecución forzosa un comportamiento omisivo, es decir, serían aquellos supuestos en los que a pesar de contar con un Auto por el que se despacha ejecución, los únicos bienes objetos de embargo sería el 50% de los bienes gananciales y sin que a veces ni siquiera se haya procedido por la perjudicada a la Anotación Preventiva de Embargo en el registro de la propiedad, dejando, incluso, caducar la instancia y ello a pesar de haber obtenido por esa vía la tutela judicial efectiva de

sus derechos e incluso se presenta la denuncia penal con la única intención de obtener una sentencia condenatoria sin que exista una verdadera lesión del bien jurídico protegido.

En relación con la doble utilización de la vía civil y la penal se ha de traer a colación el llamado Principio de Intervención Mínima cuya aplicación impide el mero incumplimiento de una obligación civil, como es pagar una prestación económica establecida judicialmente en una sentencia de separación, divorcio o nulidad del matrimonio. La utilización de la doble vía no puede ser amparada por los tribunales ya que no es procesalmente posible que las mismas pretensiones puedan ser solventadas en dos procedimientos civil y penal distintos entrando, además, en colisión con los principios de litispendencia y cosa juzgada máxime si se tiene en cuenta que el artículo 227.3 del CP, al establecer que la reparación del daño procedente del delito de impago de pensiones comportará siempre el pago de las cantidades adeudadas, puede implicar la posibilidad de que una misma ejecución, con un contenido y un objeto procesal idéntico, pueda ser objeto de dos procesos de ejecución distintos, el que se ha iniciado en el ámbito del proceso civil y el que se puede iniciar en el correspondiente proceso penal entrando esta situación en colisión con los principios de litispendencia y cosa juzgada, con el riesgo de que se produzcan resoluciones contradictorias. Y ésta es la postura que han venido siguiendo nuestra Audiencias Provinciales, plasmadas, entre otras, en la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Valladolid de 13 de diciembre de 2005; Sentencia de 24 de abril de 2002 de la Sección 3.^a de Audiencia Provincial de Zaragoza.

El propio Tribunal Supremo ha venido en mencionar las consecuencias inherentes al principio de intervención mínima que es básico en el campo del derecho penal la obligada interpretación de las normas legales de conformidad con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y la existencia en el campo civil de unos cauces adecuados para resolver en la medida en que ello es humanamente posible los problemas derivados de las situaciones en crisis matrimonial que impone como lógica consecuencia una aplicación restrictiva o estricta de las normas penales correspondientes, de modo particular del delito de abandono de familia.

En aplicación de tales principios y estando abierta la vía civil, queda plenamente satisfecho el derecho a la tutela judicial efectiva a través de la ejecución civil y que, en virtud del principio de intervención mínima del derecho penal, el recurso a la pena es lo último sólo para el caso en que no exista otro modo de satisfacer el derecho del perjudicado existiendo en este caso otro modo y es la vía civil.

La postura entre otras de la Sentencia de Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de abril de 2002 recoge «la absolución del delito de impago de pensiones cuando se trabó embargo en vía civil para cubrir el importe de las pensiones no abonadas. Estando abierta la vía civil en la que se ha efectuado el embargo de bienes inmuebles con la correspondiente anotación registral podía haber proseguido la vía de apremio hasta hacerse pago de la deuda que se reclama, por lo que resulta inadecuado el ejercicio simultáneo de la acción penal en virtud del antedicho principio de intervención mínima del derecho penal, siendo el recurso a la pena, lo último, sólo para el caso de que no exista otro modo de satisfacer el derecho del perjudicado».

En los pagos parciales no existe involuntariedad en el impago por lo que no se puede probar la concurrencia del elemento subjetivo del delito imputado, no existe dolo, no exis-

te lesión del bien jurídico protegido por el delito, la seguridad de la familia. No existe dolo y no existe ataque al bien jurídico protegido, tampoco existe antijuricidad y los hechos no pueden ser constitutivos de delito.

La Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 23 de octubre de 2000 absuelve por el delito de impago de pensiones al haberse acreditado imposibilidad económica para abonar la pensión, siendo indiferente que dicho cambio de circunstancias haya sido desestimado en un procedimiento de medidas seguido en la vía civil.

No puede admitirse, por lo tanto, de forma completa que el delito de impago de pensiones tenga una naturaleza jurídica objetiva ya que y como bien hace la Sentencia de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Málaga de 11 de octubre de 2008: «no puede admitirse una naturaleza objetiva del delito de impago de pensiones que llegue a excluir por completo la necesidad de concurrencia del elemento subjetivo del injusto que configura la infracción penal, esto es, la voluntad consciente, voluntaria y deliberada de incumplir el pago de pensiones convencional o judicialmente acordadas, de suerte que no puede apreciarse la infracción cuando el acusado se encuentra en una situación de absoluta penuria económica, determinante del incumplimiento, con independencia de la voluntad del mismo, o cuando el pago de las prestaciones se realiza de manera irregular pero que excluyen desde luego esa voluntad consciente y deliberada de incumplir el pago al que viene obligado el ex cónyuge. Y en el presente caso se aprecia dicha conducta en el acusado ahora recurrente que si bien es cierto que no cumple de forma puntual y organizada como sería su obligación con el pago mensual de las cantidades que se reconocen en la sentencia como satisfechas, existen otras cantidades de cuantía elevada, documentalmente acreditadas, que desde luego deben computarse por tratarse en definitiva de pagos complementarios de tales pensiones, cantidades que han de ser tenidas en cuenta dado el principio de averiguación de la verdad material que rige en el proceso penal».

REFLEXIONES SOBRE EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

JOSÉ LUIS SARIEGO MORILLO

ABOGADO Y MEDIADOR FAMILIAR

Llevo más de 25 años dedicado al Derecho de Familia, cuando quienes se ocupaban de todo esto eran sólo abogadas, porque era una rama del Derecho muy feminizada, al igual que en otras profesiones, tales como las de enfermería o la asistencia social.

En todos estos años de experiencia y de ver muchas cosas, la verdadera violencia llegó a los Tribunales de Familia cuando por motivo de la crisis en el sector de la abogacía mercantil, civil y otras se reguló de forma anacrónica la violencia intrafamiliar, poniéndose en marcha todo un despropósito legal, cual es la Ley Integral de Violencia de Género.

Abogados puramente adversariales se introdujeron en un mundo, el del Derecho de Familia, donde el concepto de ganador-perdedor no existía, sino que sólo era posible trabajar con un perder lo menos posible, pero siempre se perdía. Estos abogados, y más tarde abogadas adversariales, sacaron a relucir sus armas para ponerse a ganar pleitos. De ahí que el nivel de conflictos y de contenciosos se disparase en los Juzgados de Familia desde comienzos de los años 90, pero mucho más a raíz de la Ley Integral.

Mientras los conflictos de otra índole disminuían, los de divorcio y familia se incrementaban cada año en casi 6 puntos referenciales cada año. Ahí estaba el negocio, y ahí que aparecían compañeros y compañeras con poca experiencia y pocas habilidades conciliadoras, a conflictivizar aún más el pleito, muchas veces por ignorancia, otras, simplemente porque no sabían hacerlo de otra manera.

A todo esto hay que añadir la aparición de dos fenómenos sociales indiscutibles, a saber: la incorporación de las mujeres al mundo laboral y la mayor implicación de los hombres en la paternidad.

Todo ello ha dado lugar a mayores luchas por el poder no sólo en seno de la pareja (motivo fundamental de la mayoría de las separaciones) sino a la lucha por el poder en la familia tras el divorcio o separación de la pareja.

Para establecer quién tiene poder en un conflicto, hay varios ítems a tener en cuenta:

¿Quién se queda con los niños? Y por ende.

¿Quién se queda con la casa? Y por ende.

¿Quién se queda con mayor capacidad económica (pensión)?

A final todo nos conduce al dinero, poderoso caballero.

Pero el eslabón clave y más débil de esta cadena de ítems es el de los menores. Quien controla a los hijos/as, controla la situación.

En todos estos años, nunca he tenido la necesidad de utilizar palabras tales como síndrome de alineación parental, tan cuestionada ahora, ni tampoco he tenido que usar la de violencia de género, etc. Pero ambas cosas existían y siguen existiendo, llamémoslas como queramos.

A nivel legal, ya en el año 1999 se definió el SAP por un Tribunal de Nueva York como una situación en la que un progenitor intenta deliberadamente alienar (alejar) a su hijo o hija del otro progenitor, envenenando su mente, normalmente con éxito (1).

El síndrome de alienación parental ha sido reconocido en los casos de custodia en Nueva York desde 1980, cuando se sostuvo que una interferencia del progenitor custodio en la relación entre un niño y un progenitor no custodio es «un acto tan inconsistente con los mejores intereses del niño que suscita *per se* una fuerte probabilidad de que la parte ofensora no sea la idónea para ser el progenitor custodio» (2).

Esto es, que el SAP fue una construcción jurisprudencial, al igual que en nuestro país donde encontramos jueces que definen esta situación, sin darle ningún nombre específico, como es la sentencia ejemplar de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Rollo 2740/2007-A.

Los psicólogos y psiquiatras de la Corte de New York en este caso de 1980 (Entwistle v. Entwistle), no lo definieron como SAP (PAS en inglés) sino simplemente como una interferencia inaceptable para el desarrollo armónico de un menor.

Para aquellos que critican y ponen en duda la existencia del SAP, basándose en leyendas negras y oscuras sobre quién puso nombre a este fenómeno, Profesor GADNER (3), debemos recordarles que éste definió el SAP de una forma clara y precisa bastante después que una Corte Suprema de un Estado de los EEUU afirmase su existencia aunque, como decimos, sin ponerle nombre específico.

Para los críticos del Profesor GADNER al que le atribuyen males tales como ser un científico que apoya a pedófilos, les recuerdo que éste fue impulsor en los Estados Unidos de América de la Ley de Megan, que permite a las comunidades conocer la presencia en su medio de pedófilos que han sido liberados de la cárcel.

Si el argumento de los negativistas de la existencia del SAP es simplemente porque no está reconocido por la OMS o en el DMS-IV, debemos recordarles que el síndrome de la mujer maltratada que tanto es usado en nuestro país tampoco aparece reconocido, ni en el DMS-IV ni en la OMS como enfermedad.

Llama poderosamente la atención que si uno entra en la página oficial de la OMS (<http://www.who.int/es/>) no se hace mención alguna a los niños u hombres que mueren en guerras genocidas, o simplemente en el tajo.

En el apartado sobre situaciones de riesgo para la salud (que es para lo que está la OMS) se incluye un apartado en el que se llega a afirmar que incluso el síndrome de estrés post-traumático tampoco es una enfermedad, y me gustaría saber qué opinan de ello las familias de los pobres chicos y chicas norteamericanos que han regresado de la guerra de Irak, o simplemente, para vernos más cerca, las familias de nuestros soldados y soldadas que están en Afganistán, Líbano, Congo, etc., en las eufemísticas denominadas «misiones de paz».

Pero lo más llamativo de la OMS es lo siguiente: tiene un apartado sobre las diez situaciones de mayor riesgo para la vida de la mujer y en una de ellas se habla del maltrato doméstico, y cuán precisa es la afirmación de ello, que nos dicen que «Entre un 15% y un 71% de las mujeres han sufrido violencia física o sexual infligida por su pareja en algún momento de sus vidas. Estos abusos, que se dan en todas las clases sociales y en todos los niveles económicos, tienen graves consecuencias para la salud de la mujer».

Por favor, seamos sensatos y sensatas. ¿Cómo puede un organismo oficial internacional dar un dato tan impreciso, entre el 15 y el 71%. Bastaría decir sólo que un uno por ciento de las mujeres lo ha sufrido, para que fuera fiable y atendible y preocupante. Pero como estamos en una vía a nivel internacional donde se ha creado todo un negocio en torno al tema de los malos tratos, como en torno al tema del cambio climático, pues hay que agrandar las cifras como sea.

Así cualquier conferenciante puede decir en un foro que según la OMS un 71% de mujeres ha sufrido un maltrato en su vida, y es cierto, lo dice la OMS. Pero si hubiera dicho que sólo era un 15% también hubiera sido cierto. Y las cifras serían muy dispares.

Pues en un organismo con datos tan «serios» como el indicado, se basan los negativistas de la existencia del SAP.

No se puede ser tan vulgar (impropio de personas cultas y educadas, según la RAE) como negar la existencia de un fenómeno como el SAP, salvo que detrás de todo ello existan intereses económicos, políticos y estratégicos claros.

Pero demos más explicaciones a aquellos que niegan la existencia del SAP.

Éstos/as (los negativistas) afirman que no existe el SAP porque no aparece en el DMS-IV. Lo único que aparece en el DMS-IV parecido al supuesto síndrome de la mujer maltratada es el codificado como 309,21 denominado «Trastorno de ansiedad por la separación conyugal o familiar» que, consultado con psiquiatras y psicólogos colaboradores me manifiestan desde hace años que no tiene nada que ver con la violencia intrafamiliar, y menos

aun con la construcción de la supuesta violencia de género, que tampoco está reconocida por el DMS-IV ni por la OMS.

Por ende, los que niegan la existencia del SAP porque no aparece en el DMS-IV, estarán conmigo de acuerdo en que tampoco existe el síndrome de la mujer maltratada definida por el Instituto de la Mujer del Ministerio de Igualdad, ya que tampoco aparece en el DSM-IV.

Por ello, creemos que es necesario hacer notar que el DSM IV (4), que fue publicado en 1994, avisa de que «el DSM IV refleja un consenso sobre la clasificación y diagnosis de los trastornos mentales identificados en el tiempo de su primera publicación». Los nuevos conocimientos científicos conducirán, indudablemente, a la identificación de nuevos trastornos.

En relación al SAP, debo precisar que cuando la animosidad del niño o la niña puede justificarse, como sucede en casos de existir un abuso o negligencia parental real, el diagnóstico de Síndrome de Alienación Parental no resulta de aplicación para explicar la hostilidad del menor. El término sólo es aplicable cuando el progenitor objeto de la hostilidad no ha mostrado ningún grado de comportamiento alienador que pudiera justificar la campaña de engredar rechazo a la que el otro progenitor ha sometido al niño.

En el caso de JF vs JF en 1980, el Tribunal de Familia de Nueva York fue el primer Tribunal en debatir sobre el PAS en profundidad, en relación con una decisión sobre la custodia. Señaló que la teoría es controvertida e hizo notar que, de acuerdo con uno de los peritos que testificaron, el síndrome no es un término aprobado por la Sociedad Americana de Psiquiatría y no figura en el DSM-IV como un diagnóstico psiquiátrico.

El Tribunal de Familia destacaba que en estos casos no han debatido sobre el PAS como una teoría, sino en términos de si un niño ha sido o no programado en perjuicio del padre no custodio, garantizando con ello un cambio en el régimen de custodia.

El Tribunal observó que los niños resultaron muy inteligentes y coherentes. Pero que cuando conversaban sobre su padre y su familia se mostraban «en ocasiones de manera surrealista, con una pseudo-madurez poco natural, cuando no chocante». Parecían «pequeños adultos». El Tribunal notó que las opiniones de los niños sobre su padre eran muy poco realistas y muy crueles. Hablaban de él, y le hablaban a él, de manera que evidenciaba malicia. Ambos niños usaban idéntico lenguaje a la hora de menospreciar los buenos momentos que vivieron con su padre, que se probaban en una cinta de vídeo y en un álbum de fotos, usando el término «momentos Kodak». Negaban que hubiera nada positivo en su relación con su padre hasta límites antinaturales. El Tribunal concluyó que no había nada en el comportamiento del padre que justificara ese comportamiento.

Tres peritos testificaron que los hijos habían sido alienados de manera insana por la madre y su familia. Un experto testificó que «La madre ha ganado claramente la guerra sobre la mente de los niños y sus corazones, y el padre ha quedado indefenso para contrarrestarlo. Los niños, por todos los indicios, han quedado vinculados de manera simbiótica con su madre... El padre ha quedado dibujado de manera altamente derogatoria y negativa, absolutamente desproporcionada en relación con cualquier deficiencia que éste pudiera tener. Esto constituye claramente un mecanismo mental rayano en lo patológico, propio

de la psicología de la madre, que ha sido claramente duplicado en los niños. En general, el pronóstico respecto a un cambio relevante en la actitud de los niños es bastante improbable por ahora, incluso con asistencia psiquiátrica».

Los psicólogos designados por el Tribunal concluyeron con que el síndrome (SAP) era «claro» y «nítido» respecto a ambos niños. El experto del padre remitió un informe al Tribunal en el cual manifestó que la alienación respecto al padre era probablemente el caso más severo de alienación que jamás había presenciado en su carrera de psiquiatra infantil.

El Tribunal aceptó el peritaje de los profesionales de salud mental incluyendo la conclusión de que la madre había alienado a los hijos respecto del padre. Concluyó que los niños no podrían mantener relación alguna con el padre si permanecían bajo la custodia de la madre, y que continuarían sufriendo daño psíquico si permanecían con ella. Su visión negativa hacia su padre era absolutamente desproporcionada respecto a la realidad. El Tribunal reconoció que la madre había tenido éxito en causar la alienación parental de los niños hacia su padre, hasta tal punto que ellos no sólo deseaban dejar de tener visitas frecuentes y regularmente, sino que no deseaban en absoluto saber nada de él. Concedió al padre la custodia exclusiva y suspendió su derecho de visita. El Tribunal no basó su decisión específicamente en la concurrencia del SAP. En vez de eso, se basó en la ley aplicable al caso, que requiere al padre custodio a fomentar la relación de los hijos con el no custodio, asegurando el acceso de este último a los hijos (5), y señalando que el interferir en la «relación con el padre custodio resulta claramente tan inconsecuente con los mejores intereses de los hijos como para plantearse *per se* la seria posibilidad de la no-idoneidad de quien la fomenta» (6).

Apoyo las tesis del Profesor WARSHAK (7) de la Universidad de Texas, cuando nos dice que «no existe controversia sobre el hecho de que algunos niños sufren ciertamente el alejamiento o alienación del otro progenitor tras el divorcio, alejamiento que no tiene su base en la historia previa de las relaciones entre el padre y el niño. Y que a menudo el otro progenitor contribuye al alejamiento a través de una amplia gama de manipulaciones. Si el niño sucumbe o no a estas manipulaciones y si, en tal caso, puede aplicarse el diagnóstico de SAP para describir la perturbación que el niño sufre, hay acuerdo en la literatura científica en el sentido de que está muy claro que exponer al niño a la hostilidad no resuelta de sus padres le produce un gran estrés (EMERY, 1982; GRUCH & FINCHAM, 1990; KURDEK & BERG, 1983; SHAW & EMERY, 1987) (8, 9, 10 y 11).

Sigue afirmando el Profesor WRASHAK que CARWRIGHT (12) mostró que los desacuerdos financieros, así como otros relativamente triviales, también pueden provocar SAP.

En otro orden de cosas, es interesante destacar que, según mi experiencia profesional, he detectado que el SAP suele darse con muchísima frecuencia cuando uno de los progenitores contrae nuevo matrimonio, o constituye una nueva pareja, especialmente cuando quien lo hace es el progenitor no custodio, en la mayoría de los casos el padre.

Este fenómeno se incardina dentro de lo que REICH (13) definió como motivo fingido, que consiste, según su teoría, en manifestar que la propia rabia surge de la preocupación sobre los trastornos que el nuevo matrimonio puede causar a los hijos.

Así REICH en 1949 nos dice que «el verdadero motivo es la venganza de la pareja, robándole el placer del hijo» y que «La carencia de cualquier consideración hacia el niño se expresa en el hecho de que el amor del niño por el otro miembro de la pareja no se tiene en cuenta en absoluto».

Esto es, que ya desde 1949, hace más de 60 años, se viene estudiando este fenómeno del SAP.

Nos dice WRASHAK (7) que en el progenitor alienador que vuelve a casarse, en la mayoría de los casos estudiados, han resultado ser las madres con custodia exclusiva sobre sus hijos, existen tres dinámicas claves, adicionales a la búsqueda de la venganza que, a menudo, desatan los intentos para alejar al niño del padre.

1. El deseo de eliminar la influencia del otro padre en la vida del hijo, para «hacerle hueco» al padrastro.
2. Sentimientos de competitividad entre el ex esposo y el padrastro.
3. Los intentos de la nueva pareja de unirse frente a un enemigo común.

Los progenitores que vuelven a casarse, en la mayoría de los casos la madre, a menudo creen que ahora es cuando tienen el contexto de familia perfecta en el que criar a sus hijos. Pero una cosa cuestiona esta imagen: el antiguo esposo. Y ahí comienza la manipulación de los hijos.

Nunca he visto en estos casos que los progenitores alienantes piensen mucho en el futuro de sus hijos, y menos aun que quieran lo mejor para éstos.

Así los datos nos demuestran que los niños y niñas que han perdido el contacto con un padre tras un divorcio tienen más probabilidades de tener problemas en sus relaciones interpersonales y menor autoestima (BILLER, 1993; HETHERINGTON, 1972) (14 y 15). Los problemas de los niños pueden, por el contrario, disminuir la calidad de sus relaciones con los progenitores custodios o con sus padrastros.

Es importante, en este punto, considerar también lo que ocurriría si el segundo matrimonio de la madre fracasase (algo nada improbable, dado que los segundos matrimonios muestran tasas de divorcio mayores que los primeros). En la mayor parte de estos casos los niños y niñas pierden todo contacto con su antiguo padrastro, incluso cuando éste ha sido una figura central en su desarrollo (BRODY, NEUBAUM, & FOREHAND, 1988) (16). Mantener un vínculo cercano con el padre es un buen seguro contra tal pérdida.

Desde los Juzgados y Equipos Psicosociales de nuestro país se recomienda que en estos casos cuando el menor se niega a ver al progenitor no custodio, debe someterse a una terapia e ir posponiendo el contacto habitual del menor con su padre, hasta tanto la terapia no avance lo suficiente. Y ello es del todo muy perjudicial para los menores, ya que no hay en toda la literatura científica ni un solo caso estudiado de tratamiento efectivo contra el SAP, desde los más severos hasta los más moderados, que no pase por reforzar, desde el mismo instante en que se detecta, el contacto entre los hijos y el padre alejado (CLAWAR & RIVLIN, 1991; DUNNE & HEDRICK, 1994; GARDNER, 1998; LAMPEL, 1986) (17, 18, 3 y 20).

CONCLUSIONES

El SAP existe, lo llamemos como lo llamemos. Existe literatura científica desde 1949 sobre ello, y que se discuta sobre si la denominación del SAP es o no una construcción psicológica, aunque sí su base científica, que es una construcción jurisprudencial es incuestionable. En aquellos países en los que, por su cultura del divorcio mucho más arraigada en sus sociedades, se ha comprobado su existencia y se ha reconocido como fenómeno que da lugar a consecuencias jurídicas tan claras como el cambio automático de custodia del menor alienado, ya que el progenitor alienador no favorece el normal desarrollo del menor alienado, la existencia del SAP no se pone en duda. Otra cosa es que los profesionales de nuestro país estén poco preparados para afrontar este nuevo síndrome, como lo estuvieron para afrontar el problema de las mujeres maltratadas hasta hace más bien poco. En particular hasta hace menos de seis años.

Me apena que existan profesionales en este país que nieguen lo evidente, pero también en la Alemania Nazi se negaba la existencia de los campos de exterminio hasta que fue demasiado tarde. No caigamos en el mismo error histórico, porque hay muchos niños y niñas que mañana pasarán factura a esta sociedad que no les ha sabido ayudar.

El Holocausto del SAP esta aquí, se desarrolla, se multiplica y ojalá deje de hacerlo porque nuestros políticos y políticas se tomen de una vez por todas en serio este fenómeno social y tomen medidas necesarias para su desaparición.

A modo de sugerencia final, propongo que se regule de una vez por todas la custodia compartida o conjunta (corresponsabilidad parental) de los hijos en el divorcio y separaciones de una forma preferente, para dar menos caldo de cultivo (custodias exclusivas) a este fenómeno tan preocupante que afecta a tantos miles de niños y niñas en nuestro país.

REFERENCIAS

1. R.B. v. S.B., *New York Law Journal*, 3-31-99, p. 29, col. 5, Sup. Ct., NY Co. (Silberman, J).
2. Entwistle v. Entwistle, 61 AD2d 380, 384-5 Sup. CT., NY 1980.
3. GARDNER, R.A., *The Parental Alienation Syndrome*, segunda edición (1998).
4. American Psychiatric Association, *Manual para el Diagnóstico y Estadísticas de enfermedades mentales*, cuarta edición, 1994, at p. XXIII.
5. Dagher v. Dagher, 1982 AD2d 191, aff'd 56 NY2d 938.
6. Maloney v. Maloney, 208; Young v. Young, 212 AD2d 114, 115; Entwistle v. Entwistle, idem. Ct., NY.
7. WARSHAK, Richard A. University of Texas, Southwestern Medical Center at Dallas, Dallas, Texas, USA, *Periódico Americano de Terapia Familiar*. Número 28, pp. 229-241. Año 2000.

8. EMERY, R.E. (1982). «Interparental conflict and the children of discord and divorce». *Psychological Bulletin*, 92, pp. 310-330.
9. GRYCH, J.H. & FINCHAM, F.D. (1990). «Marital conflict and children's adjustment: A cognitive-contextual framework». *Psychological Bulletin*, 108, pp. 267-290.
10. KURDEK, L.A. & BERG, B. (1983). «Correlates of children's adjustment to their parents' divorces» in L.A. Kurdek (Ed.), *Children and divorce* (pp. 47-60). San Francisco: Jossey-Bass.
11. SHAW, D.S., & EMERY, R.E. (1987). «Parental conflict and other correlates of the adjustment of school-age children whose parents have separated». *Journal of Abnormal Child Psychology*, 15, pp. 269-281.
12. CARTWRIGHT, G.F. (1993). «Expanding the parameters of parental alienation syndrome». *The American Journal of Family Therapy*, 21, pp. 205-215.
13. REICH, W. (1949). *Character analysis*. New York: Farrar, Straus and Giroux.
14. BILLER, H.B. (1993). *Fathers and families: Paternal factors in child development*. Westport, CT: Auburn House.
15. HETHERINGTON, E.M. (1972). «Effects of father absence on personality development in adolescent daughters». *Developmental Psychology*, 7, pp. 313-326.
16. BRODY, G.H., NEUBAUM, E. & FOREHAND, R., (1988). Serial marriage: «A heuristic analysis of an emerging family form». *Psychological Bulletin*, 103, pp. 211-222.
17. CLAWAR S.S. & RIVLIN, B.V. (1991). *Children held hostage: Dealing with programmed and brainwashed children*. Chicago: American Bar Association.
18. DUNNE, J. & HEDRICK, M. (1994). «The parental alienation syndrome: An analysis of sixteen selected cases». *Journal of Divorce and Remarriage*, 21, pp. 21-38.
19. LAMPEL, A.K. (1986). «Post-divorce therapy with highly conflicted families». *The Independent Practitioner*, 6, pp. 22-26.

Revista de **Derecho de** **familia**

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

INTERÉS LEGAL DEL DINERO

Año	%
1985	11
1986	10,50
1987	9,50
1988	9
1989	9
1990	10
1991	10
1992	10
1993	10
1994	9
1995	9
1996	9
1997	7,5
1998	5,5
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)	5,5
2009 (desde el 1-IV hasta el 31-XII)	4

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (SMI) PARA 2009

20,80 euros/día o 624 euros/mes.

ÍNDICE DE PRECIOS DE CONSUMO (DATOS INTERANUALES)

Año	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiem.	Octubre	Noviem.	Diciem.
1984	12,1	11,9	12,2	11,2	11,3	11,4	12,7	12,0	11,4	10,5	10,0	9,0
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			

**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	1.170,5	1.369,1
3.200	726,4	1.053,3	1.198,6	1.402,0
3.275	743,4	1.078,0	1.226,7	1.434,8
3.350	760,5	1.102,7	1.254,7	1.467,7
3.425	777,5	1.127,3	1.282,8	1.500,5

TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS
(CUANDO EXISTE UN SOLO HIJO Y AMBOS PROGENITORES PERCIBEN INGRESOS)

	900	1.050	1.200	1.350	1.500	1.650	1.800	1.950	2.100	2.250	2.400	2.550	2.700	2.850
600	190	225	259	293	327	361	395	429	463	497	531	565	599	633
650	190	224	258	292	326	360	394	428	462	496	530	564	598	632
700	188	222	257	291	325	359	393	427	461	495	529	563	597	631
750	187	221	255	289	323	358	392	426	460	494	528	562	596	630
800	186	220	254	288	322	356	390	424	459	493	527	561	595	629
850	185	219	253	287	321	355	389	423	457	491	526	560	594	628
900	184	218	252	286	320	354	388	422	456	490	524	558	592	627
950	183	217	251	285	319	353	387	421	455	489	523	557	591	625
1.000	182	216	250	284	318	352	386	420	454	488	522	556	590	624
1.050	180	215	249	283	317	351	385	419	453	487	521	555	589	623
1.100	179	213	247	281	316	350	384	418	452	486	520	554	588	622
1.150	178	212	246	280	314	348	382	417	451	485	519	553	587	621
1.200	177	211	245	279	313	347	381	415	449	484	518	552	586	620
1.250	176	210	244	278	312	346	380	414	448	482	516	550	585	619
1.300	175	209	243	277	311	345	379	413	447	481	515	549	583	617
1.350	174	208	242	276	310	344	378	412	446	480	514	548	582	616
1.400	173	207	241	275	309	343	377	411	445	479	513	547	581	615
1.450	171	205	239	274	308	342	376	410	444	478	512	546	580	614
1.500	170	204	238	272	306	341	375	409	443	477	511	545	579	613
1.550	169	203	237	271	305	339	373	407	442	476	510	544	578	612
1.600	168	202	236	270	304	338	372	406	440	474	508	543	577	611
1.650	167	201	235	269	303	337	371	405	439	473	507	541	575	609
1.700	166	200	234	268	302	336	370	404	438	472	506	540	574	608

NOTA: Los valores deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos, 1,65 si hay tres hijos y 1,93 si hay cuatro hijos. Los valores de la primera columna corresponden a los ingresos del progenitor custodio, y los valores de la primera fila corresponden a los ingresos del progenitor no custodio.

Revista de Derecho de familia

AVANCES JURISPRUDENCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

Debe aplicarse la legislación española para resolver el divorcio dado que la residencia en Milán que siguió a la celebración del matrimonio apenas llegó a dos meses y medio, fijándose posteriormente la residencia en nuestro país.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de julio de 2009.

PATRIA POTESTAD

Se deja sin efecto la privación de la patria potestad que se acordó en la sentencia de divorcio dado el interés demostrado por el padre biológico de mantener una relación con el menor, para lo que en estos momentos se considera capacitado, tanto por haber superado sus problemas personales como porque al tener el niño una edad de once años.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 1 de julio de 2009.

Se condena al centro docente y a la aseguradora a abonar una indemnización a los padres y hermana de una alumna que falleció durante el recreo cuando al ser empujada por otro alumno perdió el equilibrio y se golpeó contra un banco fracturándose el lado izquierdo del cráneo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de junio de 2009.

GUARDA Y CUSTODIA

Atribución de la custodia de los hijos al padre al haber sido la madre privada de su custodia en resolución penal por un presunto maltrato de aquélla hacia sus hijos.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 3 de julio de 2009.

Detectado un caso de alienación por parte de la madre, aunque se mantiene la custodia, se acuerda el ingreso de la menor en un centro de acogida por un plazo de tres meses con la finalidad de que reciba la terapia y el control adecuado por parte de los profesionales del Centro, iniciándose los contactos con el padre de forma progresiva y suspendiéndose por el momento los contactos con la madre.

AP Almería, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de mayo de 2009.

RÉGIMEN DE VISITAS

Teniendo en cuenta la distancia existente entre Oviedo y la ciudad italiana donde reside el padre, se fija una visita de fin de semana al mes que deberá notificar con suficiente antelación el padre a la madre.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de julio de 2009.

No existe ningún obstáculo para que un menor de dos años y medio no pueda pernoctar con su padre durante el período que se ha fijado como régimen de visitas.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 1 de abril de 2009.

VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

Se califica como precario la cesión gratuita realizada por una hermana a favor de otra no pudiendo considerarse que estamos ante un comodato.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de junio de 2009.

PENSIÓN ALIMENTICIA

A pesar de que los padres reciben ayudas sociales, se fija una pensión alimenticia de 150 euros a favor de la hija común de 8 años de edad.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de julio de 2009.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La separación de hecho no es un obstáculo para la fijación de la pensión compensatoria ya que durante ese período el esposo asumió los gastos familiares e ingresaba su pensión en la cuenta común.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 21 de julio de 2009.

Se fija una limitación temporal de 2 años a la pensión compensatoria que se estableció en el procedimiento de separación hace 16 años, en base a las circunstancias que concurren en la esposa.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de julio de 2009.

Si bien es cierto que la esposa cuenta con 29 años de edad y el matrimonio tuvo una duración de 6 años, no lo es menos que durante el tiempo de la convivencia la familia subsistió con los ingresos del esposo habiéndose dedicado la esposa al cuidado de la casa y del hijo menor de ambos.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 10 de julio de 2009.

CUESTIONES PROCESALES

Se desestima la petición de retorno del menor a la ciudad donde residía antes de que, junto con la madre, se trasladasen a Valladolid, dado que estando el niño escolarizado no se entiende que exista causa de urgencia para acordar la medida por vía del artículo 158 del CC, siendo más procedente acudir a un procedimiento de modificación de medidas.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Auto de 14 de julio de 2009.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Aunque en la sentencia no se fijara índice de actualización de la pensión alimenticia, pueden reclamarse por vía de ejecución de sentencia las cantidades resultantes de dichas actualizaciones.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Auto de 22 de julio de 2009.

Habiéndose fijado la pensión alimenticia en un porcentaje de los ingresos del padre, procede incluir dentro de sus ingresos las dietas que perciba descontando la retención del IRPF.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Auto de 21 de julio de 2009.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Al haber comparecido el procurador del esposo a la diligencia de inventario, la falta de comparecencia personal no puede sancionarse con la conformidad del inventario presentado por la esposa.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 22 de julio de 2009.

Debe incluirse en el pasivo de la sociedad el crédito de la apelante frente a ésta por las cantidades abonadas en concepto de derramas por obras extraordinarias en el edificio donde se ubica la vivienda familiar, así como por el IBI abonado y las primas de seguro que grava el inmueble.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 22 de julio de 2009.

No constituye partida del pasivo de la sociedad de gananciales ni de la sociedad posganancial el derecho de uso de la vivienda atribuido a la ex mujer al tiempo de la separación.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 22 de julio de 2009.

La sociedad posganancial es susceptible de generar derechos y obligaciones, cuya liquidación se rige de forma analógica por las normas de la sociedad de gananciales, siendo procedente su liquidación en el mismo proceso, sin necesidad de remitir a los integrantes a un procedimiento diferente.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 22 de julio de 2009.

Carácter ganancial de las pensiones que percibió el esposo durante el período en el que estuvieron separados hasta que se dictó la sentencia de separación.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 13 de julio de 2009.

Carácter ganancial de la vivienda adquirida por la esposa antes de contraerse el matrimonio dado que la escritura pública se otorgó a nombre de ambos cónyuges. No obstante, se reconoce un crédito de la esposa frente a la sociedad de gananciales por las cantidades que abonó para el pago de la vivienda antes de contraerse el matrimonio.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 13 de julio de 2009.

No se incluye en el activo un crédito de la sociedad frente al esposo por haber dispuesto de parte del importe de un premio de lotería, al no acreditarse por la esposa que lo destinase a usos privativos.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 13 de julio de 2009.

Se condena a la ex esposa a devolver al ex esposo las cantidades que aquél le entregó constante el matrimonio al declararse que existió un contrato verbal de préstamo sin que pueda entenderse que hubiese existido donación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de mayo de 2009.

Se condena a una entidad bancaria a abonar a un matrimonio una indemnización de daños y perjuicios al acreditarse la existencia de un comportamiento negligente por parte de aquélla al tiempo de la concesión del préstamo hipotecario sobre una finca (privativa de la esposa) en la que se había construido la vivienda familiar, no contando aquella operación con el consentimiento del esposo. Se entiende que hubo negligencia al no haber adoptado la entidad bancaria las cautelas mínimas exigibles para esclarecer la titularidad y situación de la vivienda construida sobre la finca hipotecada, propiciando así, en adecuada relación causal, la privación a la familia de la hipotecante del uso y disfrute de la vivienda que constituía el domicilio conyugal y familiar, con los perjuicios anejos a tal circunstancia.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de mayo de 2009.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Suspensión de las visitas de la menor con la madre biológica, ya que si bien es cierto que aquélla ha mejorado su situación al convivir con otra pareja y tener un piso alquilado con ayudas públicas, no existe ninguna garantía de que esa situación sea estable y, por el contrario, la situación de la menor ha mejorado notablemente, al convivir con una familia que le ha dado el cariño y la estabilidad que precisaba y que le ha permitido una notable mejoría en todos los aspectos, habiendo interesado un acogimiento familiar preadoptivo.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de julio de 2009.

UNIONES DE HECHO

Nulidad por simulación de la compraventa concertada entre dos convivientes de hecho no considerándose que existiese ninguna donación remuneratoria encubierta.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de mayo de 2009.

CUESTIONES PENALES

Se inadmiten diversas cuestiones de inconstitucionalidad dado que el artículo 172.2 del CP en su redacción actual no vulnera el principio de igualdad, en relación con los valores de justicia y dignidad de la persona; del derecho a la presunción de inocencia, en relación con el principio de culpabilidad; del principio de legalidad; de la promoción de la igualdad real, en relación con la interdicción de la arbitrariedad, y del principio de proporcionalidad.

Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 127/2009, de 26 de mayo.

Nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que condenó al acusado por un delito de maltrato físico y psíquico habitual del artículo 173.2 del CP cuando fue absuelto por el Juzgado de lo Penal, al haber modificado el tribunal de segunda instancia los hechos probados sin oír personalmente al acusado, testigos y peritos, dado el carácter personal de estos medios de prueba.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 118/2009, de 18 de mayo.

Se desestima el recurso de amparo interpuesto por un hombre que fue condenado como autor de un delito de malos tratos en el ámbito familiar, al reiterar el Tribunal Constitucional que no se vulnera el derecho de igualdad.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 107/2009, de 4 de mayo.

Es contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 54/2009, de 23 de febrero.

SUCESIONES

Revocación de la donación efectuada por los padres a un hijo al haberse incumplido por éste la condición de convivir en la misma casa y mantener una explotación agrícola. No es obstáculo para la revocación que partes de las fincas donadas fuesen privativas del esposo y que éste hubiese fallecido con anterioridad a la interposición de la demanda.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de julio de 2009.

Nulidad de la donación efectuada por un hijo a su favor y a su vez de su hija respecto de unos bienes que pertenecían a sus padres al haberse extralimitado el hijo en el uso del mandato que tenía de aquéllos.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de junio de 2009.

Habiendo concurrido todos los legitimados a la adjudicación y partición de la herencia otorgando al efecto la oportuna escritura pública, se desestima la acción de nulidad interpuesta por la viuda en base a que, con carácter previo a la partición, no se liquidó la sociedad de gananciales.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 12 de junio de 2009.

Validez del documento privado suscrito por los padres y los hijos en los que se acuerda la partición de los bienes propiedad de los primeros condicionándola al cumplimiento de determinadas condiciones, incluyendo pactos próximos al contrato de vitalicio, no siendo obstáculo para su eficacia que, después de fallecido el padre, la madre otorgase testamento.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2009.

Hay que respetar la voluntad del causante que incluyó en el testamento una relación de bienes que debían adjudicarse a cada uno de los hijos, no pudiendo atacarse la partición realizada por el contador-partidor nombrado por el causante, por considerar que los bienes adjudicados tienen menos valor, ya que el testador contempló la posible desigualdad imputando lo que pueda favorecer a un hijo al tercio de libre disposición.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de mayo de 2008.

OTRAS CUESTIONES

Se reconoce una indemnización por daños morales al padre a quien la madre impidió la relación personal con el hijo a pesar de que se le atribuyó judicialmente la custodia.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de junio de 2009.

Nulidad de la compraventa realizada entre madre e hijo al considerarse simulada declarándose al mismo tiempo la invalidez de la donación del inmueble encubierta bajo la forma de compraventa por faltar el requisito *ad solemnitatem* de constar la donación, y no cualquier otro negocio, en escritura pública y figurar también en ella la aceptación del donatario.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2009.

Análisis de los requisitos para declarar la incapacidad de una persona y repaso a la legislación internacional en la materia.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de abril de 2009.

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 en español e inglés.** Los artículos deben acompañarse de un breve resumen de un máximo de 10 líneas en español e inglés. Si el resumen se presenta sólo en castellano, la Revista lo 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.

