

# CUADERNOS DE FAMILIA

REVISTA JURÍDICA DE DERECHO DE FAMILIA

DE LA

ASOCIACIÓN JUDICIAL

FRANCISCO DE VITORIA

**Director:**

**GUSTAVO ANDRÉS MARTÍN MARTÍN**

**Coordinador:**

**ALFONSO ALIAGA CASANOVA**

Síguenos en:



[www.ajfv.es](http://www.ajfv.es)

**JUNIO, 2018**

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

### **1.- POSIBILIDAD DE INCLUIR EN LA PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO ECONÓMICO POSIBLES ALTERACIONES DE CIRCUNSTANCIAS QUE PUEDAN PRODUCIRSE VOLUNTARIAMENTE POR LAS PARTES POSTERIORMENTE AL MOMENTO DE LA CRISIS MATRIMONIAL**

**STS del Pleno de 7 de marzo de 2018**

Nº de sentencia: 120/2018

Nº de recurso: 1172/2017

Comentario realizado por **Leticia Latorre Luna**, Abogada.

### **2.- LA FACULTAD DEL JUZGADOR DE CUESTIONAR JURÍDICAMENTE EL INFORME PSICOSOCIAL A LA HORA DE FIJAR EL RÉGIMEN DE CUSTODIA**

**STS de 24 de abril de 2018**

Nº de Recurso: 2556/2017

Nº de Resolución: 242/2018

Comentario realizado por **Cristina Mir Ruza**, Magistrada de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª y miembro de la Comisión de Civil de la AJFV

**1.- POSIBILIDAD DE INCLUIR EN LA PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO ECONÓMICO POSIBLES ALTERACIONES DE CIRCUNSTANCIAS QUE PUEDAN PRODUCIRSE VOLUNTARIAMENTE POR LAS PARTES POSTERIORMENTE AL MOMENTO DE LA CRISIS MATRIMONIAL**

**STS del Pleno de 7 de marzo de 2018**

Nº de sentencia: 120/2018

Nº de recurso: 1172/2017

**Leticia Latorre Luna**

Abogada

*El Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 120/2018 de 7 de marzo de 2018 modera el carácter riguroso de la doctrina jurisprudencial que considera que la existencia de desequilibrio debe apreciarse en el momento de la crisis matrimonial, al incluir en la pensión compensatoria el salario que dejaría de percibir la esposa en un futuro en caso de despido o reducción del mismo, debido a que los sus únicos ingresos en el momento de la ruptura matrimonial es el salario que percibe en calidad de empleada en una empresa regida por el esposo.*

**VOCES: matrimonio, separación, divorcio, pensión compensatoria, desequilibrio económico, único ingreso esposa, salario, relación laboral, voluntad de las partes, alteración circunstancias.**

## COMENTARIO

En el presente caso, nos encontramos ante un divorcio contencioso donde en el momento de la crisis matrimonial la esposa es a su vez una empleada en la empresa regida por el esposo. Por lo que la cuestión que se plantea es si consta acreditado en el momento de la ruptura conyugal el posible desequilibrio económico que pudiera producirse en el futuro por posibles alteraciones de circunstancias en la situación laboral – despido o reducción de salario – y por consiguiente, si debe incluirse en la pensión compensatoria el salario que dejaría de percibir a consecuencia de las citadas alteraciones, si tenemos en consideración la peculiaridad de que el mismo es el único ingreso que percibe la mujer en el momento de la crisis.

En un principio, el Juzgado de Primera Instancia desestima la pretensión de la demanda de divorcio a instancias de la esposa, donde se solicita, por un lado, la cantidad total de 500 euros en concepto de pensión compensatoria y, por otro lado, la incrementación de la misma en la cantidad total que percibe en concepto de salario en caso de despido o reducción del mismo.

Posteriormente, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso y revoca la sentencia estableciendo la suma de 500 euros en concepto de pensión compensatoria, cantidad que será modificada hasta el límite de 1.900 euros en caso de que la esposa perdiera en un futuro su trabajo o su salario sufriera una aminoración.

Finalmente, el esposo recurrió en casación por motivo de interés casacional, alegando vulneración del artículo 97 del Código Civil y, por otro lado, contradicción con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo dictada sobre la materia fijada en varias sentencias, entre otras en la STS núm. 720/2011, de 19 de octubre y, núm. 206/2014, de 18 de marzo de 2014. El recurso fue desestimado, siendo confirmada por el Pleno del Tribunal Supremo la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 24<sup>a</sup>).

El derecho personal de pensión compensatoria se encuentra regulado en los artículos 97 a 102 del Código Civil, donde se establecen los requisitos, supuestos, sustitución, modificación y cesación del mismo. El origen de la pensión

compensatoria en nuestro ordenamiento jurídico es de procedencia directa del Código Civil francés, concretamente de la reforma legislativa realizada en 1975<sup>1</sup>. Como afirma la profesora Saura Alberdi (2004) “en este sentido, Leveneur consideraba que el legislador francés de 1975 pretendió separar, claramente, esta entonces innovadora prestación compensatoria respecto a la de alimentos. Se trataba, según el autor de evitar la dramatización culpabilísima del divorcio, así como los posteriores conflictos derivados de esta obligación patrimonial periódica”<sup>2</sup>. En nuestro Código Civil, el derecho personal de pensión compensatoria se encuentra regulado en los arts. 97 a 101 donde se establecen los requisitos, supuestos, sustitución, modificación y cesación de la misma.

La finalidad de la pensión compensatoria es la de compensar a uno de los cónyuges que tras la separación o divorcio se encuentra en una situación de desequilibrio económico en relación con la posición del otro, implicando la crisis matrimonial un empeoramiento económico en comparación con la situación que disfrutaba durante el matrimonio. En concreto, consiste en una prestación a efectos de restituir el desequilibrio que puede causar la ruptura matrimonial, por lo que el art. 97 del Código Civil señala que *“el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.”*

Para Campuzano Tomé (1986), así como para Pereda y Vega Sala<sup>3</sup> la pensión compensatoria es “aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre – debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial – en una situación económica desfavorable en relación con la

<sup>1</sup>Arts. 270 a 285 Código Civil de Francia. Documento disponible en: [https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code\\_41.pdf](https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf)

<sup>2</sup> SAURA ALBERTI, B. (2004). *La pensión compensatoria: criterios delimitadores de su importe y extensión*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 32 – 33.

<sup>3</sup> PEREDA GÓMEZ, F.J.; VEGA SALA, F. (1994). *Derecho de familia*. Barcelona: Praxis, p. 157.

mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal”<sup>4</sup>.

Igualmente, según Luis Zarraluqui la pensión compensatoria “es la cantidad periódica que un cónyuge debe satisfacer a otro tras la separación o el divorcio, para compensar el desequilibrio padecido por un cónyuge (acreedor), en relación con el otro cónyuge (deudor), como consecuencia directa de dicha separación o divorcio, que implique un empeoramiento en relación con su anterior situación en el matrimonio”<sup>5</sup>.

La controversia a resolver por el Alto Tribunal en la presente causa radica en establecer el momento a tener en consideración a fin de apreciar y determinar la existencia de desequilibrio. De manera general, la doctrina jurisprudencial<sup>6</sup> asentada en relación a la pensión compensatoria establece que el momento a efectos de tener en cuenta para acreditar la existencia de desequilibrio económico de uno de los cónyuges generado a consecuencia del divorcio o la separación, deber ser el momento en el que surja la crisis matrimonial y, por consiguiente, los sucesos posteriores no darán lugar alguno al nacimiento del derecho de pensión compensatoria debido a la falta de acreditación en el momento de la crisis conyugal<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> CAMPUZANO TOMÉ, H. (1986). *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*. Barcelona: Bosch, p. 28.

<sup>5</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ – EZNARRIAGA, L. *La pensión compensatoria en la nueva ley de divorcio: su temporalización y sustitución*. Documento disponible en: [http://www.nuevodivorcio.com/pension\\_compensatoria.pdf](http://www.nuevodivorcio.com/pension_compensatoria.pdf) (visitado el 18 de mayo de 2018).

<sup>6</sup> STS núm. 162/2009, de 10 de marzo, núm. 790/2012, de 17 diciembre, núm. 106/2014, de 18 de marzo y núm. 704/2014, de 27 noviembre.

<sup>7</sup> Según comentario de la STS (Sala 1ª) 720/2011, de 19 octubre 2011 realizado por Magistrado D. Carlos González González: “en el caso, el TS señala que la Audiencia está atribuyendo una pensión compensatoria condicionada al caso de pérdida de un trabajo en un momento posterior al divorcio. Pero si ello ocurriera, dejando aparte las compensaciones laborales a que tendría derecho el cónyuge, el desequilibrio que hipotéticamente podría producirse no tendría lugar como consecuencia del desequilibrio producido por la ruptura matrimonial, sino que vendría provocado por el despido posterior. La Sala es consciente que la hipotética pérdida del trabajo en la empresa del marido puede resultar muy probable debido a la crisis matrimonial, pero el desequilibrio que da lugar a una pensión debe existir en el momento de la separación o el divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial.” (GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. (2012). *¿Pensión compensatoria por si me despide mi marido?* Revista Aranzadi Doctrinal núm. 3/2012 parte Fichas de Jurisprudencia. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2012).

Sin embargo, el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la presente Sentencia núm. 120/2018 de 7 de marzo de 2018 modera el carácter riguroso de la citada doctrina jurisprudencial incluyendo en la pensión compensatoria el salario que dejaría de percibir la esposa en un futuro en caso de despido o reducción del mismo, puesto que según entiende el Alto Tribunal nos encontramos ante una situación especial ya que los únicos ingresos que tiene la esposa en el momento de la ruptura matrimonial es el salario que percibe en calidad de empleada en una empresa regida por el esposo. En consecuencia, entiende el Alto Tribunal que a causa de la relación laboral existente entre los cónyuges, consta acreditado al momento de producirse la crisis matrimonial que posibles alteraciones de circunstancias que puedan producirse posteriormente por voluntad de las partes o de manera unilateral por el deudor – despido o reducción de salario – pueden dar lugar al nacimiento de una pensión compensatoria.

Ciertamente, en caso de que en un futuro se produzca un despido – indistintamente de que el mismo sea procedente o improcedente – o, bien, una reducción de salario de la esposa – imparcialmente de que sea una medida justificada por la empresa del marido - según interpretación de la Alta Sala consta acreditado que en el momento de la ruptura matrimonial la mujer sufre un desequilibrio económico generado a consecuencia del divorcio por dos vías diferentes, la matrimonial y la laboral, escenarios que no pueden ser ignorados en las presente causa. Debido a ello, la sentencia debe tener en consideración ambas situaciones, de un lado – la matrimonial – a efectos actuales en el momento del divorcio o de la separación y, de otro lado – la laboral – a efectos preventivos, debido a las posibles alteraciones de circunstancias que pueden producirse en sucesos posteriores por voluntad de cualquiera de las partes, que dan lugar a un nuevo desequilibrio económico en la esposa debido a que la integridad de sus ingresos dependen del salario que percibe como trabajadora de la empresa que rige su marido.

En conclusión, nos encontramos ante una sentencia preventiva con prospección de futuro teniendo en consideración posibles sucesos posteriores – despido o reducción de salario – que pueden darse por voluntad de las partes a consecuencia de la relación laboral existente entre los cónyuges y, a su vez de la crisis matrimonial. En concreto, el Pleno del Tribunal Supremo de manera innovadora, mitiga el carácter riguroso de la doctrina jurisprudencial que considera que la existencia de desequilibrio debe apreciarse en el momento de la crisis matrimonial, al tener en consideración el salario como una circunstancia de futuro relevante en la afección directa y cuantitativamente importante sobre la situación económica de la esposa en el momento del divorcio, al ser el único ingreso que percibe en concepto de contraprestación por el trabajo que realiza la beneficiaria en la empresa regida por el obligado, la cual puede desaparecer propia voluntad del deudor.

Por último, siempre que sea posible y el Derecho lo permita, las sentencias además de enjuiciar hechos acaecidos e instantáneos deben tener en consideración - como en el presente caso – circunstancias de futuro relevantes. Y es que, como bien decía el filósofo José Ortega y Gasset “*sólo cabe progresar cuando se piensa en grande, sólo es posible avanzar cuando se mira lejos.*”

**REFERENCIA CENDOJ:** [STS del Pleno de 7 de marzo de 2018 \(Roj: STS 675/2018 – ECLI:ES:TS:2018:675\)](#)

#### **BIBLIOGRAFÍA:**

- Código Civil de Francia. Documento disponible en: [https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code\\_41.pdf](https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf)
- SAURA ALBERTI, B. (2004). *La pensión compensatoria: criterios delimitadores de su importe y extensión*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PEREDA GÓMEZ, F.J.; VEGA SALA, F. (1994). *Derecho de familia*. Barcelona: Praxis
- CAMPUZANO TOMÉ, H. (1986). *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*. Barcelona: Bosch.



- ZARRALUQUI SÁNCHEZ – EZNARRIAGA, L. *La pensión compensatoria en la nueva ley de divorcio: su temporalización y sustitución*. Documento disponible en: [http://www.nuevodivorcio.com/pension\\_compensatoria.pdf](http://www.nuevodivorcio.com/pension_compensatoria.pdf) (visitado el 18 de mayo de 2018).

- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. (2012). *¿Pensión compensatoria por si me despide mi marido?* Revista Aranzadi Doctrinal núm. 3/2012 parte Fichas de Jurisprudencia. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2012.

## **1.- POSIBILIDAD DEL JUZGADOR DE CUESTIONAR JURÍDICAMENTE EL INFORME PSICOSOCIAL A LA HORA DE FIJAR EL RÉGIMEN DE CUSTODIA**

**STS de 24 de abril de 2018**

Nº de Recurso: 2556/2017

Nº de Resolución: 242/2018

**Cristina Mir Ruza**

Magistrada de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª

Miembro de la Comisión de Civil de la AJFV

*En un procedimiento de Modificación de medidas, el Tribunal Supremo recuerda que se requiere que el progenitor que solicite la variación del sistema de guarda y custodia debe acreditar que es lo más beneficioso para el menor. Anula la sentencia de la Audiencia Provincial que estimó el recurso de apelación en base al informe del equipo psicosocial de familia, al entender que lo más conveniente para el menor es que siga bajo la custodia de ambos progenitores en la forma que acordaron en el momento de la ruptura conyugal.*

**VOCES: custodia compartida, informe psicosocial, conflictividad parental, comunicación entre progenitores, distancia geográfica.**

### **COMENTARIO**

#### **1.- Hechos enjuiciados:**

La Audiencia Provincial revocó la sentencia del juzgado ateniéndose sustancialmente al informe del equipo psicosocial, según el cual: «*confluyen múltiples factores de mal pronóstico para garantizar el éxito de un sistema de custodia compartida: elevada conflictividad interparental con no aislamiento del menor a la misma, escasa comunicación y nula colaboración para la gestión de cuestiones de interés para el proceso socializador del menor, percepción negativa de la figura del otro, inconsistencia en las prácticas de crianza y distanciamiento geográfico entre los domicilios. Se detecta además que a la hora de distribuir los*

*tiempos del menor con cada uno de los progenitores, no se han tenido en cuenta de forma adecuada sus necesidades psicoevolutivas y tampoco posibilita la implicación y participación de ambos progenitores en las atenciones diarias ni en el contexto socializador del mismo de una forma equitativa».*

## **2.- Fundamentos Jurídicos Relevantes:**

Se puede cuestionar, como se dice en el informe psicosocial, que la distribución de los tiempos del menor con cada uno de los progenitores en cumplimiento de este régimen de custodia no es el más acertado, pero ello no lo elimina sin más.

Se han invocado asimismo las malas relaciones entre ambos padres, pero de estas malas relaciones, que tienen posiblemente su origen en la denuncia penal, no existe constancia alguna y menos aún que, de ser ciertas, hayan repercutido en contra del interés del menor.

Tiene declarado la sala que las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien la sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos (sentencias; 135/2017, de 28 de febrero, 296/2017, de 12 de mayo, entre otras).

## **3.- Comentario personal:**

Mantiene la guarda y custodia compartida habiendo informe psicosocial desfavorable.

Lo llamativo no es que para el Supremo las conclusiones del informe psicosocial deban ser analizadas y cuestionadas jurídicamente por el tribunal como las de cualquier otro informe (ya lo ha dicho en otras ocasiones, además de las citadas, podemos mencionar la Sentencia de fecha 9 de septiembre de 2015, ROJ: STS 3707/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3707), sino que lo único que descarta es que en el supuesto de autos exista conflictividad entre los progenitores que haya repercutido en contra del interés del menor, pero no hace mención alguna al resto de “factores” que desaconsejan este sistema de guarda según el informe pericial.

No explica el Tribunal Supremo los motivos por lo que ha considerado que, de existir- tales factores, éstos no son suficientes para rechazar el mantenimiento de la guarda y custodia compartida. Veamos lo que ha venido diciendo al respecto.

En cuanto a la escasa comunicación, nula colaboración para la gestión de cuestiones de interés para el proceso socializador del menor, y percepción negativa de la figura del otro, ya en sentencias de 22 de julio de 2011 ( ROJ: STS 4924/2011 - ECLI:ES:TS:2011:4924) y 15 de octubre de 2014 (ROJ: STS 3900/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3900), mantuvo que *“las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”*. Aunque en la Sentencia 143/2016, de 9 de marzo de 2016 ( ROJ: STS 1159/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1159 ), el alto tribunal recuerda que la adopción del sistema de custodia compartida requiere una mínima capacidad de diálogo, para no perjudicar el interés del menor, *«y en el presente caso no se puede pretender un sistema compartido de custodia cuando las partes se relacionan solo por medio de SMS y de sus letrados, lo que abocaría al fracaso de este sistema que requiere un mínimo de colaboración que aparque la hostilidad y apueste por el diálogo y los acuerdos»*, es lo cierto que los últimos pronunciamientos vuelven a aquella línea. Así en sentencia de 12 de mayo de 2017 ( ROJ: STS 1792/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1792 ), de nuevo, declara que *“es cierto que la sentencia de 30 de octubre de 2014, RC. 1359/2013 , a que hace mención la de 17 de julio de 2015, RC. 1712/2014 , afirma que «Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad»*. Pero ello no empecé a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos. Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial ( STS de 16 de octubre de 2014, Rc. 683/2013)”.

En conclusión, la comunicación no es el fin del régimen de guarda y custodia compartida sino que constituye un instrumento para que dicho régimen pueda llevarse a efecto en el interés superior de los hijos, y es un aspecto que deben los progenitores procurar o mejorar en interés de los menores, teniendo responsabilidad los dos progenitores en así hacerlo, por lo que la falta de comunicación entre los progenitores no es un obstáculo. Es más, en la sentencia que comentamos, parece resaltar que se genera la mala relación a los solos efectos de dejar huella procesal de ella, y evitar por esta vía de excepción excluirla. Por último, respecto al distanciamiento geográfico entre los domicilios de las partes, si bien es cierto que en su Sentencia de 10-01-18 ( ROJ: STS 21/2018 - ECLI:ES:TS:2018:21), el Tribunal Supremo nos recuerda la jurisprudencia según la cual la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida, operando en contra de su interés, al someter al menor a una existencia nómada, desprovista de un marco estable de referencia, también lo es que, en ese caso concreto, el menor viajaba cada tres semanas de San Sebastián, donde vivía con su padre, a Cádiz donde residía con su madre recorriendo mil kilómetros cada vez y asistiendo a dos colegios distintos. Vemos, por tanto, que el Tribunal Supremo en general deniega la custodia compartida en caso de residencia de los progenitores en distintas ciudades, pero no es obstáculo el simple distanciamiento geográfico entre los domicilios, que es lo que se menciona en el informe psicosocial.

**REFERENCIA CENDOJ:** [STS de 24 de abril de 2014, Roj: STS 1478/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1478](#)